

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

LARISSA MAIRA COSTA

**ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL
DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS DE SANTA CATARINA, RIO
GRANDE DO SUL E PARANÁ, ENTRE OS ANOS DE 2005 À 2011, EM FACE AO
PRINCÍPIO DA IGUALDADE DISPOSTO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.**

CRICIÚMA

2013

LARISSA MAIRA COSTA

**ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL
DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS DE SANTA CATARINA, RIO
GRANDE DO SUL E PARANÁ, ENTRE OS ANOS DE 2005 À 2011, EM FACE AO
PRINCÍPIO DA IGUALDADE DISPOSTO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof. (a) Mônica Abdel Al

CRICIÚMA

2013

LARISSA MAIRA COSTA

**ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL
DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS DE SANTA CATARINA, RIO
GRANDE DO SUL E PARANÁ, ENTRE OS ANOS DE 2005 À 2011, EM FACE AO
PRINCÍPIO DA IGUALDADE DISPOSTO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente.

Criciúma, 04 de julho de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Mônica Abdel Al- UNESC - Orientadora

Prof. Marja Mariane Feuser - UNESC

Prof. Adriane Bandeira Rodrigues – UNESC

Dedico este trabalho aos meus avós paternos e maternos, Luiz (*In Memoriam*) e Tíloca (*In Memoriam*), Valmor e Maria (*In Memoriam*), pela existência de meus pais, César e Alba, pois sem eles este trabalho e muitos dos meus sonhos não se realizariam.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus, pela força, coragem e disposição durante toda esta longa caminhada.

Semelhantemente, dedico este trabalho, bem como todas as minhas demais conquistas, aos meus amados pais Cesar e Alba, meus irmãos Vitor e Gabriel e ao meu avô Valmor.

Agradeço também a todos os professores que me acompanharam durante a graduação, em especial a Profa. Mônica Abdel Al, responsável pela realização deste trabalho e que aceitou de imediato o meu convite em ser minha orientadora. Agradeço muito pelo incentivo, apoio e carinho. Sua orientação sempre segura e objetiva, foi primordial para a conclusão deste trabalho.

Enfim, agradeço à todos que, de forma direta e indireta, prestaram sua colaboração para que este trabalho fosse realizado.

“Porque o amor, do jeito que pode ser, é o caminho da liberdade e da grandeza – é a nossa única possibilidade de salvação.”

Lya Luft

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso possui como foco o estudo da possibilidade jurídica da adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos, tendo em vista os princípios atinentes ao tema. Do mesmo modo, será analisada a jurisprudência dos Tribunais de Justiça do Estado de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, a fim de averiguar a possibilidade de conceder a adoção por pares homoafetivos. Considerando que a família brasileira sofreu várias transformações ao longo dos anos, dando origem a novas entidades familiares, dentre elas a família formada por pessoas de mesmo sexo, é muito importante que o Direito acompanhe e tutele essa evolução. O método utilizado foi o dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Adoção; Criança; Casais Homoafetivos; Igualdade.

ABREVIATURAS

CC Código Civil

CF Constituição Federal

ECA Estatuto da Criança e do Adolescente

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DO DIREITO DE ADOTAR	9
2.1 CONCEITO DE ADOÇÃO	9
2.2 A ADOÇÃO NO CÓDIGO DE MENORES – LEI 6697/79	9
2.3 A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL.....	11
2.4 A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	12
3 DA ADOÇÃO	13
3.1 DA ACEITAÇÃO X PRECONCEITO	14
3.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS NORMAS INFRA-CONSTITUCIONAIS.....	16
4 DOS PRINCÍPIOS DIRIGIDOS À ADOÇÃO	25
4.1 PRÍNCIPIO CONSTITUCIONAL	25
4.2 PRINCÍPIOS ATINENTES AO TEMA.....	27
4.2.1 Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescente e da Proteção Integral	27
4.2.2 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana	30
4.2.3 Princípio da Igualdade.....	32
5 A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS	35
5.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE ACÓRDÃOS JUNTO AOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS DE SANTA CATARINA, RIO GRANDE DO SUL E PARANÁ, ENTRE OS ANOS DE 2005 À 2011, ACERCA DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS EM FACE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	35
5.2 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	35
5.3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ.....	41
5.4 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA	46
6 CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo trata da possibilidade legal de adoção por casais homoafetivos. Trata-se de um tema pertinente, já que, atualmente temos assistido diversas mudanças no ordenamento jurídico acerca da composição familiar, sobretudo a partir da regulamentação da instituição do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Dessa forma, a discussão sobre a adoção por casais homoafetivos é uma necessidade premente e um reflexo do panorama social e histórico observado em nosso país, além de ser um anseio vivenciado por muitas pessoas que requerem esse direito.

Assim, o presente estudo primeiramente abordará o conceito de adoção, demonstrando que o mesmo já passou por algumas reformulações atendendo as demandas da sociedade, refletindo a ideia de um direito construído na práxis cotidiana e obedecendo aos princípios que o norteiam.

No segundo capítulo será explanado o que os doutrinadores abordam sobre o tema, enfatizando a aceitação e o preconceito. O que está na Constituição Federal e nas normas infra-constitucionais, bem como dos princípios dirigidos ao assunto.

Por fim, no terceiro e último capítulo será explanado e analisado as jurisprudências encontradas acerca do tema.

Para realização deste estudo, utilizou-se o método bibliográfico, onde através de pesquisa bibliográfica e documental, analisou-se publicações acerca do tema, bem como jurisprudência dos Tribunais de Justiça do Estado de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, com o intuito de averiguar a possibilidade de conceder a adoção por pares homoafetivos.

2 DO DIREITO DE ADOTAR

2.1 CONCEITO DE ADOÇÃO

De início, torna-se imprescindível conceituar a palavra adoção e sua significação no âmbito jurídico. A adoção é um ato jurídico complexo, que possui o fim de estabelecer um vínculo de filiação. Torna-se um ato jurídico, porque procede da vontade autônoma das pessoas envolvidas. Vale ratificar, que nem sempre as vontades são convergentes, tendo em vista que os pais do adotando ou seus responsáveis podem oferecer resistência, como também o próprio Ministério Público. Sendo assim, um ato complexo, pois exige o concurso de várias vontades, com o objetivo de um fim comum, por intermédio de um processo judicial (SILVA FILHO, 2009).

Não obstante, Lotufo (2002) afirma que adoção, nos moldes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990), possui o fim de integração dos menores, privados de um convívio com suas próprias famílias, para passar a conviver em uma família substituta. Atuando como se fossem filhos biológicos, com o objetivo de proporcionar-lhes condições adequadas, de uma vida saudável.

Para Neves (1994) a adoção é um instituto jurídico que um casal ou uma pessoa apenas, aceitam em sua família uma criança ou adolescente como filho.

2.2 A ADOÇÃO NO CÓDIGO DE MENORES – LEI 6697/79

O Código de Menores era dividido em dois tipos de adoção: a adoção simples e a adoção plena. O Código de Menores surgiu com a Lei 6.697 e instituiu a adoção plena, como também corrigiu as falhas da legitimação adotiva, admitindo a adoção simples (LOTUFO, 2002).

Com o surgimento do Código de Menores, representando uma fase avançada ao Código de 1916, surgiram dois tipos de adoção: adoção plena e a adoção simples:

[...] deve-se privilegiar a adoção plena, sempre que se tratar de adoção conjunta. Entretanto, por ser irrevogável a adoção plena, impor-se-á a adoção simples nas hipóteses da adoção por estrangeiro ou em que é

deficiente o estudo psicossocial ou incompleto o estágio de convivência. De resto, na adoção simples trata-se, em regra, de menor abandonado, isto é, de menor sem família. Há ainda nas duas modalidades de adoção a intervenção do Estado, mediante o órgão jurisdicional. Faltaria então à adoção simples, a relação de parentesco entre o adotado e os ascendentes do adotante, o que não envolveria o aspecto afetivo e espiritual, que é, na verdade, a nota específica da paternidade adotiva. Nesse sentido, as duas modalidades de adoção pontualmente se coincidem, e atingem ambas ao propósito da humanização de suas normas. Sob essa perspectiva, as duas espécies de adoção de menor unificariam adoção tradicional com a adoção moderna, ou melhor, a adoção clássica evoluiu para dois tipos de adoção moderna: a adoção simples e a adoção plena, como hoje distingue a legislação positiva. (ALBERGARIA, 1990, p. 30 e 31)

A adoção plena consistia na ideia de que os cônjuges fossem casados há mais de cinco anos; tendo um deles idade igual ou superior a trinta anos e pelo menos mais que dezesseis anos em relação ao adotado; fossem casados há cinco anos ou mais, salvo se um deles fosse estéril; tivesse o adotado não mais de sete anos, salvo se este já se encontrasse, à época em que completou tal idade, sob a guarda dos adotantes; e houvesse estágio de convivência entre adotantes e adotado de, ao menos, um ano, salvo se o adotado fosse recém-nascido. Nessa época, não era permitido aos solteiros, estrangeiros, viúvos ou separados adotar (ALBERGARIA, 1990).

Porém, pode-se verificar que com a introdução do Código de Menores no ordenamento jurídico nacional, compreende-se uma relevante evolução ao tratamento do tema da adoção.

Com relação aos menores de sete anos em situação irregular, a maneira de adoção, era a adoção plena. Nesses termos, o Código de Menores impôs através do art. 28 condições específicas, tais como: dependeria sempre de autorização judicial, mediante requerimento por parte do interessado, onde se indicaria os apelidos de família que o adotante a partir daquele momento usaria, onde constaria no alvará do juiz e da escritura de adoção (LOTUFO, 2002).

De acordo com Neves (1994), com relação à adoção simples, o menor em situação irregular tinha a adoção ajustada pela lei civil. Esse tipo de adoção dependia de autorização judicial, sendo que o requerimento o interessado necessitaria indicar os apelidos de família que seriam usados pelo adotado. Após o deferimento do pedido, os apelidos constariam do alvará e da escritura que serviria para a averbação de nascimento do menor.

2.3 A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL

Em relação aos requisitos para a adoção, Gonçalves (1999, p. 118-119), elucida os principais, presentes no Código Civil anterior a 2002:

a) idade mínima de trinta anos para os adotantes; b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado; c) consentimento do adotando; d) escritura pública. Como o Estatuto da Criança e do Adolescente restringiu a adoção civil aos maiores de dezoito anos, tacitamente, a idade mínima dos adotantes foi elevada para trinta e quatro anos, porque devem ser dezesseis anos mais velhos que o adotando. Este, se maior, manifestará o consentimento, no ato da lavratura da escritura. Se tiver entre dezoito e vinte e um anos, deverá consentir assistido por seu representante legal. Se interdito, será representado pelo curador. Se o próprio curador for o adotante, o juiz dar-lhe-á curador especial. Enquanto não der contas de sua administração, e saldar o seu alcance, não pode o tutor, ou o curador, adotar o pupilo, ou o tutelado (CC, art. 371). A falta de consentimento do representante legal só pode ser arguida pelos próprios interessados, constituindo nulidade relativa, porque de interesse meramente privado.

Márcia Neves (1994, p. 660-661-662), faz referência quanto ao tema, também anterior ao Código Civil de 2002 da seguinte forma:

Sobre a matéria da adoção dispõem concomitantemente as normas estabelecidas pelo Código Civil e aquelas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, só que com algumas diferenças. Pelo Código Civil se faz a adoção dos maiores de dezoito anos e menores de vinte e um anos. Essa adoção é realizada por escritura pública, sem que seja preciso autorização judicial. Adotante e adotando devem comparecer em cartório para elaborar uma escritura pública. Desde que estejam presentes os requisitos legais do adotante e do adotando, o ato se formalizará. Aos menores de dezoito anos aplica-se as normas presentes no estatuto, a não ser que estes já estejam sob a guarda ou tutela dos adotantes. [...] A adoção feita pelo Código Civil é revogável por convenção das partes ou por deserdação. Deserdação é a retirada da sucessão de algum herdeiro necessário, por qualquer motivo previsto em lei. [...] O adotando terá os mesmos direitos e deveres dos filhos legítimos que o adotante possa ter, inclusive sucessórios. [...] A adoção prevista pelo Código Civil dedica-se aos maiores de dezoito anos e aos nascituros.

A fim de complementação, para estabelecer as diferenças dos requisitos exigidos pelo Código Civil, Artur Marques Filho, na sua Obra Adoção de 2009 (p. 81) estabelece os requisitos atuais:

O Código Civil de 2002, em seu art. 1618, estabelece a idade mínima para o adotante em 18 anos, enquanto no Código revogado era de 30 anos e no ECA permitia-se a adoção apenas aos maiores de 21 anos. [...] Isso porque, com a idade cronológica de 18 anos estipulada pelo atual Código

Civil, a pessoa alcança a capacidade plena, compreendendo a de gozo ou de direito e a de exercício ou de fato, na forma do caput do art. 5º do CC.

Ainda de acordo com Silva Filho (2009), no tocante ao estado civil, o Código Civil de 2002 não faz menção a este dispositivo, permitindo apenas, no parágrafo único do art. 1.618, a adoção por ambos os cônjuges ou companheiros, que poderia ser formalizada desde que um deles tivesse completado 18 anos.

2.4 A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com o intuito de efetivar o princípio da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA, passou a cuidar das adoções dos menores de 18 anos, assegurando-lhes todos os direitos possíveis. Outro requisito que o ECA passou a exigir, foi a diferença de idade de 16 anos entre adotante e adotado (DIAS, 2011).

Ainda de acordo com Dias (2011), além do citado acima, qualquer pessoa pode adotar. Sendo pessoas sozinhas, sejam elas, solteiros, divorciados ou viúvos. Conforme art. 42 ECA. Em virtude da lei não proibir que somente uma pessoa adote, entende-se que o que não é proibido, é permitido (DIAS, 2011).

Arnaldo Rizzardo, em sua obra Direito de Família, com relação ao tema esclarece que:

Com o Código Civil de 2002, passou a adoção a submeter-se às suas regras, ficando o Estatuto derogado nos assuntos que aquele diploma legal disciplinasse. Isto até o advento da Lei nº 12.010, que revitalizou o Estatuto, pois revogou os arts. 1.620 e 1.629 que tratavam da adoção, e ficando em vigor apenas os artigos 1.618 e 1.619. Unicamente quanto aos maiores de dezoito anos, o procedimento para a adoção é mais de jurisdição voluntária, mas havendo o interesse público, e seguindo também as linhas da Lei 8.069, nos termos do art. 1.619 do Código Civil, na redação que lhe deu a Lei nº 12.010. Assim, em ambas as modalidades, o caminho é judicial, com a constituição do ato por meio de sentença. Tanto que o art. 8º da Lei nº 12.010 revogou o inc. III do caput do art. 10 do Código Civil, que previa a averbação no registro público dos atos judiciais e extrajudiciais de adoção. (RIZZARDO, 2011, p. 463)

Presente o exposto, nota-se que houve modificações na legislação relativa à adoção.

3 DA ADOÇÃO

Maria Berenice Dias, em sua Obra União Homoafetiva: O Preconceito & a Justiça, de 2009, analisa a possibilidade legal da adoção por casais homoafetivos da seguinte forma:

Nem o Estatuto da Criança e do Adolescente e nem o Código Civil trazem qualquer restrição quanto ao sexo, ao estado civil ou à orientação sexual do adotante. A faculdade de adotar é outorgada tanto ao homem como à mulher e a ambos, em conjunto ou isoladamente e independente do estado civil. Assim, desimporta a opção de vida de quem quer adotar. Na ausência de impedimentos, deve prevalecer o princípio consagrado pelo Estatuto, que admite a adoção quando se funda em motivos legítimos e apresenta reais vantagens do adotado (DIAS, 2009, p. 213- 214).

E ainda, a título de finalização, vale destacar a seguinte complementação:

Diante da preocupação do legislador com o bem-estar da criança, nenhum motivo legítimo existe para deixá-la fora de um lar. Constituindo os parceiros – ainda que do mesmo sexo – uma família, é legítimo o interesse na adoção, não se podendo deixar de ver a existência de reais vantagens a quem não tem ninguém (DIAS, 2009, p. 214).

A adoção é um instituto com forte caráter de ficção jurídica, que cria vínculo parental que não corresponde à realidade biológica. A adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta na pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva (DIAS, 2009).

Desta forma, Dias (2009), aponta a necessidade da Justiça se posicionar:

O que é preciso é que a Justiça retire o véu do preconceito para garantir a crianças e adolescentes os direitos que se encontram constitucionalmente tutelados. Não se pode esquecer que têm eles, com absoluta prioridade, direito à convivência familiar. E negar o vínculo de filiação é vetar o direito à família, lugar idealizado onde é possível, a cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade. (p. 216)

Em análise última, avaliando o panorama histórico desse instituto, verifica-se uma gradual evolução histórica, onde passamos da era tradicionalista a era moderna.

3.1 DA ACEITAÇÃO X PRECONCEITO

Luciana Faísca Nahas, advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina, em sua obra *União Homossexual Proteção Constitucional*, aduz que:

O preconceito moral já impediu por muitas décadas o reconhecimento, como família, das uniões livres, hoje reconhecidas como união estável, e dos filhos de pessoas não casadas, que com estes convivem, conhecida como família monoparental. Há pouco tempo as pessoas que não casavam e viviam juntas, ou as pessoas que criavam seus filhos sozinhos eram vítimas de preconceito moral e excluídas de amparo jurídico. A maior razão para o não-reconhecimento das uniões de pessoas do mesmo sexo está calcada no preconceito e na intolerância, travestidos em razões formais ou inócuas. No entanto, impera o reconhecimento da pluralidade de entidades familiares, sem preconceitos, sob pena de desrespeito ao próprio texto constitucional (NAHAS, 2008, p. 128).

Luiz Carlos de Barros Figueiredo corrobora com o entendimento supracitado, exigindo a relevância que qualquer forma de discriminação surte:

A Constituição Federal proíbe toda forma de discriminação, inclusive a decorrente de opção sexual. A lei pune severamente o discriminador. Há bastante tempo que a homossexualidade foi retirada da lista de “doenças” do Classificador Internacional de Doenças – CID, em louvável iniciativa do Conselho Federal de Medicina, no ano de 1985, tornando sem efeito o código 302 do CID, o qual considerava a homossexualidade como desvio ou transtorno sexual, antecipando-se, assim, à própria Organização Mundial de Saúde (FIGUEIREDO, 2001, p. 84).

Das variadas minorias discriminadas no Brasil, não restam dúvidas de que a que sofre maior discriminação é a dos homossexuais. Os mesmos são mortos apenas por ser homossexuais. O Brasil é apontado como campeão mundial dos crimes contra homossexuais, pois nem nos países mulçumanos africanos, onde a homossexualidade é considerada crime, são registradas tantas mortes violentas (FIGUEIREDO, 2001).

Tem valor jurídico superior o princípio da não-discriminação, por meio do objetivo fundamental de construção de uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária. Se a dignidade da pessoa humana é o centro axiológico de toda a ordem constitucional e condiciona a aplicação do direito positivo vigente, público ou privado, a pessoa humana é considerada valor-fonte fundamental do Direito, adquirindo primazia sobre o Estado e, conseqüentemente, sobre as instituições (DIAS, 2009).

Desde o cristianismo, os homossexuais convivem com a intolerância. Até então a bissexualidade, em termos sociais, era uma prática aceitável. Com o relaxamento dos laços entre o Estado e a Igreja, cessou o condicionamento a uma estreita obediência às normas ditadas pela religião, onde o descumprimento dos dogmas de fé sujeitava o pecador à ira divina, eterna e implacável (DIAS, 2009).

A Dinamarca foi o primeiro país do mundo a reconhecer o direito a casais homoafetivos registrados à adoção. Desde 1999, está também autorizado a um deles em adotar filhos biológicos do outro, exceto no caso de a adoção ser de criança estrangeira (DIAS, 2009).

Mudanças sociais significativas levaram o surgimento de uma sociedade menos homofóbica. A decadência da influência da Igreja fez diminuir o sentimento de culpa, e o prazer sexual deixou de ser criminoso. O afeto passou a ter maior valoração, e a orientação sexual começou a se caracterizar como uma opção, e não como um ilícito ou uma culpa. Mais do que uma opção, faz referência a um direito, que pode ser exercido de forma livre e sem culpa (DIAS, 2009).

Apesar dos homossexuais manterem relacionamentos marcados por um elo de afetividade – tanto que passaram a ser chamadas suas uniões de homoafetivas -, o preconceito resiste em identificá-los como entidade familiar. Com isso, restam à margem do direito das famílias e do direito das sucessões, acabando os parceiros por experimentar situação de absoluta fragilidade jurídica (PEREIRA, OLIVEIRA, 2009).

A total invisibilidade imposta às uniões homoafetivas não provoca restrições meramente de natureza patrimonial. As mais significativas restrições são de ordem existencial. Ao não serem identificados como entidade familiar, não há quaisquer prerrogativas de natureza parental ou assistencial aos parceiros do mesmo sexo (PEREIRA, OLIVEIRA, 2009).

Assim justifica o Conselho Federal de Psicologia a não aceitação da concessão do benefício da adoção por casais homoafetivos:

Existe outra razão para se justificar o não reconhecimento legal de famílias homoafetivas: a crença generalizada de que essa configuração familiar poderá ser prejudicial ao desenvolvimento psicossociológico “normal” das crianças. Questiona-se se a ausência de modelo do gênero masculino e feminino, pode, eventualmente, tornar confusa a própria identidade sexual, havendo o risco de a criança tornar-se homossexual. Aí se confunde sexualidade com função parental, como se a orientação sexual das figuras parentais fosse determinante na orientação sexual dos filhos. A função

parental não está contida no sexo, e, sim, na forma como os adultos que estão no lugar de cuidadores lidam com as questões de poder e hierarquia no relacionamento com os filhos, com as questões relativas a problemas disciplinares, de controle de comportamento e de tomada de decisão (ADOÇÃO..., 2006, p. 24).

Então, considerando todo este panorama, assevera Maria Berenice Dias:

A mais tormentosa questão que se coloca e que mais tem dividido as opiniões, mesmo entre os que vêem as relações homossexuais como uma expressão da afetividade, é a que diz com o direito à adoção por parceiros do mesmo sexo. Como as relações sociais são marcadas predominantemente pela heterossexualidade, é enorme a resistência face à crença de haver um dano potencial futuro por ausência de referências comportamentais e, por consequência, a possibilidade de ocorrerem sequelas de ordem psicológica. Ao se buscarem subsídios na legislação alienígena, um dado chama a atenção: em nenhum país do mundo é permitida a adoção, nem nos que deferem todos e iguais direitos às uniões homo e heterossexuais. Como o legislador brasileiro se nega a emprestar juridicidade às relações homoeróticas, nenhuma previsão legal há autorizando ou vendando a adoção (DIAS, 2000, p. 71).

Não havendo, como já esclarecido nos comentários anteriores, vedação total a quem quer que seja para adotar, qualquer pessoa pode, em tese, pleitear a adoção de criança e/ou adolescente, sendo a análise do seu pleito feito à luz das regras genéricas do art. 29 do ECA e se levando em conta os atributos de preferência previstos nos parágrafos do art. 28 do mesmo Diploma Legal (FIGUEIREDO, 2001).

Para Dias (2009), de um modo geral, os casais heterossexuais candidatos à adoção buscam crianças que sejam à imagem e semelhança de quem não consegue ter filhos, como forma de encobrir a incapacidade procriativa do par. Assim, há um grande contingente de crianças que jamais serão adotadas, permanecendo em abrigos até atingirem a maioridade, quando então serão despejadas sem terem para onde ir.

3.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS NORMAS INFRA-CONSTITUCIONAIS

O preâmbulo da Constituição de 1988 é o ponto de partida para uma análise unitária do texto constitucional, pois demonstra os princípios que direcionam a leitura de cada artigo (NAHAS, 2008).

Corroborando com o preceito acima mencionado, Luciana Nahas ensina sobre a questão que:

Através do preâmbulo é possível identificar que a Constituição deve ser o fundamento de um Estado democrático, garantidor de direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento e da justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. (NAHAS, 2008, p. 127)

Por conseguinte, no próprio texto constitucional, nos parágrafos do art. 226, os mesmos delimitam tipos determinados de entidade familiar, a fim de assegurar certas consequências jurídicas, onde o próprio caput do artigo e os parágrafos que se seguem dão a possibilidade de uma interpretação mais ampla:

Art. 226, caput. - 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.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à **família na pessoa de cada um dos que a integram**, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (**grifos nossos**) (SILVA JÚNIOR, 2007, p. 50):

Tendo em vista a Constituição Federal de 1988, nota-se que, mesmo diante dos preconceitos, havendo ligamento afetivo sólido e comunhão de vida notória, uma relação homossexual deve ser reconhecida como entidade familiar, à luz da Carta Maior (JÚNIOR, 2007).

Luciana Faísca Nahas, em sua obra União Homossexual Proteção Constitucional, ao iniciar o comentário acerca da evolução das Constituições Brasileiras, preceitua que:

O processo de democratização, vivido pela sociedade brasileira no momento em que antecedeu a promulgação da Constituição de 1988, e a participação popular, durante a Constituinte, conferiram ao campo normativo uma quantidade de direitos e garantias aos cidadãos a ponto de torná-la conhecida como “Constituição Cidadã”. A Constituição de 1988 efetivamente alterou a concepção do Estado brasileiro nos mais diversos aspectos, mudando paradigmas da ordem jurídica que a antecedeu, e não foi diferente em relação à família (NAHAS, 2008, p. 88).

Verdade seja esta, que diante da abertura constitucional, o instituto família deve ser norteado no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente à luz dos princípios da igualdade, do respeito à dignidade da pessoa humana e da afetividade. (JÚNIOR, 2007).

Por conseguinte, Luciana Faísca Nahas, na mesma obra acima citada complementa o que garante a Constituição Federal:

O art. 5º da Constituição garante, em seus setenta e sete incisos, os direitos e garantias fundamentais, especificamente os direitos e deveres individuais e coletivos. Destaca-se a igualdade plena entre todos, especialmente entre homens e mulheres, a legalidade, a liberdade de pensamento, de crença, de consciência e de expressão, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, entre outros, alguns já conhecidos pela sociedade, outros conquistados durante a evolução social (NAHAS, 2008, p. 89).

A Constituição Federal, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de entidades familiares fora do casamento, mas, na tentativa de exercitar certo controle social, restringiu-se a emprestar juridicidade às relações heterossexuais. Por absoluto preconceito de caráter ético, deixou de regular certas espécies de relacionamento que não têm como pressuposto a diversidade de sexos (DIAS, 2000).

A primeira tentativa legiferante – o projeto de regulamentação da união civil, de autoria da então Deputada Marta Suplicy – omitiu-se em abordar tal questão, sob a justificativa de que o tema possui foro próprio de abordagem. No substitutivo aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação, foi introduzido o § 2º ao art. 3º, do seguinte teor: “São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.” (DIAS, 2009, p. 213)

Entre os princípios fundamentais da Constituição Federal, aplicáveis ao tema a ser estudado, é de suma importância ressaltar que já no artigo primeiro da Constituição, ao caracterizar a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, destaca-se a cidadania e a dignidade à pessoa humana como alguns dos seus fundamentos. Tratando-se dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil no artigo terceiro, inciso II e IV, destaca-se, dentre eles, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, assim como o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação. (FIGUEIREDO, 2001)

De acordo com Nahas (2008), ainda, para que se proceda à interpretação do texto constitucional, se faz necessária uma análise do art. 226 na íntegra, caput e parágrafos, a fim de reconhecer os seus limites interpretativos. Enlaça ainda a autora:

Não restam dúvidas de que o caput optou por uma abertura, no que diz respeito à família, ao não delimitar diretamente quais as entidades assim

consideradas. Porém, resta a dúvida se houve a restrição da interpretação às entidades familiares previstas nos parágrafos, se é exaustivo ou meramente exemplificativo (NAHAS, 2008, p. 131).

A sacralização do casamento com finalidade exclusivamente reprodutiva é que impõe a condenação às uniões de pessoas do mesmo sexo. Como gays e lésbicas não podem gerar filhos, são considerados pecadores, o que lhes impõe perversa rejeição social. Alvos do ódio são vítimas de todo tipo de manifestações homofóbicas, restando à margem tanto do convívio familiar como do sistema jurídico (PEREIRA; OLIVEIRA, 2009).

O Conselho Federal de Psicologia compreende que houve relativa modificação na família moderna. Por sua vez aduz que:

A família contemporânea passa, na atualidade, por significativas alterações em sua estrutura e funcionamento. Essas modificações podem ser visualizadas em diferentes modelos. [...], recomposta, casais sem filhos, pessoas morando sozinhas, sistema de co-parentabilidade, entre outros arranjos e configurações. Às instituições governamentais e não-governamentais cabe dar legitimidade e funcionabilidade às diferentes estruturas familiares, sejam elas tradicionais ou contestadoras dos modelos hegemônicos. (ADOÇÃO..., 2008, p. 29)

Nos moldes da Constituição Federal, a família brasileira apresenta-se plural, eudemonista, distante do modelo patriarcal, reinante no Código Civil de 1916. Esse novo contorno possibilita o reconhecimento das chamadas famílias alternativas, pois o que importa é o valor socioafetivo. O atual desenho jurídico do Direito de Família comporta as famílias homossexuais, pois a via do matrimônio não é mais única. O cenário contemporâneo prevê, além do casamento, a união estável, a união livre e a monoparentalidade (PERES, 2006). Sobre a aplicabilidade da lei, Maria Berenice Dias diz que:

A restrição constante do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, só reconhecendo como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, a união estável entre um homem e uma mulher, configura verdadeira afronta tanto ao cânone do respeito à dignidade humana como ao princípio da igualdade, que são os vetores do perfil democrático do Estado. Diante desse aparente confronto entre a norma constitucional e os princípios que a norteiam, até por uma questão de coerência interna, a conclusão só pode ser uma: desde que uma norma constitucional, há de prevalecer o princípio. (DIAS, 2000, p. 84)

No panorama jurídico, é possível deferir o pedido de adoção singular ou conjunto feito por homossexuais, por ter a Lei Maior contemplado a família

monoparental e, implicitamente, a união livre, apresentando a adoção como um novo *status* familiar. No entanto, mostra-se necessário que o legislador infraconstitucional regulamenta a matéria, delimitando o alcance dessa proteção constitucional, de modo que venha a garantir a segurança jurídica que a vida em sociedade requer. Até lá, faz-se importante o papel desenvolvido pela jurisprudência e doutrina, fornecendo contribuição para a futura legislação (PERES, 2006).

Em face de todos esses ônus, é a família considerada a base da sociedade e merecedora de especial proteção. No entanto, esse tratamento diferenciado se consubstancia na imposição de obrigações aos seus membros: deveres conjugais, poder familiar e a solidariedade parental (PEREIRA, OLIVEIRA, 2009).

Com a promulgação da Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, na senda evolutiva aberta pela Constituição Federal de 1988, o princípio da proteção integral encontrou no vínculo jurídico afetivo da filiação, através da adoção – como modalidade de colocação de menores em famílias substitutas -, um reflexo de especial destaque, já que não há paternidade, nem maternidade sem amor. De fato, o refúgio do afeto, a liberdade e o companheirismo, comprometidos com a estabilidade familiar (elementos caracterizados da família hodierna), bem como o dever de igualdade, no tratamento e na qualificação dos filhos, encerram, no ECA, as bases constitucionais delineadoras do instituto da adoção, cujos requisitos e exigências indispensáveis – para que haja o deferimento do pedido – representam um avanço jurídico normativo considerável, que transcende preconceitos de qualquer natureza (JÚNIOR, 2007).

Ademais, à respeito do casal adotante Maria Berenice Dias ensina:

Face à determinação de que, no registro de nascimento do adotado, sejam os adotantes inscritos como pais (§ 1º do art. 47 do ECA), não há como não se intuir que o legislador supôs a diversidade do sexo dos adotantes para a concessão da adoção. Como o registro traz a identificação dos genitores e na adoção ocorre simples substituição da filiação biológica, afigura-se, em princípio, impossível que os pais registrais sejam do mesmo sexo. Tal impossibilitaria a adoção por dois homens ou duas mulheres, que não poderiam constar como pais no registro de nascimento. Mais: a concepção só pode decorrer da comunhão de um óvulo e um espermatozoide, materiais reprodutivos que pertencem a pessoas de sexos distintos, função procriativa que, ao menos por enquanto, pertence a um homem e uma mulher. Mas cabe lembrar que a adoção é um instituto com forte caráter de ficção jurídica, pelo qual se cria um vínculo de pai e filho e mãe e filho que não existe na realidade. O distanciamento da verdade também ocorre no próprio assento de nascimento, quando o registro é levado a efeito somente

pela mãe, como se o registrando não tivesse pai. Em ambas as hipóteses, o consignado não é espelho da realidade, e, dentro dessa linha de raciocínio, nenhum óbice poderia haver para alguém ser registrado por duas pessoas do mesmo sexo. (DIAS, 2000, p. 95)

O Estatuto da Criança e do Adolescente não traz qualquer restrição à possibilidade de adotar e tampouco faz referência à orientação sexual do adotante. Limita-se o art. 42 a dizer: “Podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil”. A faculdade de adotar é outorgada tanto ao homem como à mulher, bem como a ambos conjunta ou isoladamente. A capacidade para a adoção nada tem a ver com a opção de vida de quem quer adotar, bastando que sejam preenchidos os requisitos legais (DIAS, 2000).

A Constituição, além de ser um conjunto de normas, constitui antes e acima de tudo um conjunto de princípios, aos quais se devem afeiçoar as próprias normas constitucionais. Ao constatar-se essa paradoxal realidade, cabe indagar se uma lei poderia violar a si mesma, principalmente em se tratando de regra de assento constitucional (DIAS, 2009).

O outro fundamento que faculta seu deferimento é de órbita constitucional. Não é possível excluir o direito individual de guarda, tutela e adoção – garantido a todo cidadão – face a sua preferência sexual, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem. Merece lembrar também o art. 227 da Constituição Federal, que atribui ao Estado o dever de assegurar à criança, além de outros, o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade, o que certamente não encontra na rua, e sim em uma convivência familiar, independente da orientação sexual de seus membros (DIAS, 2000).

O Estado, apesar de assegurar assistência, na pessoa de cada um de seus membros, para coibir a violência no âmbito de suas relações, coloca-se em posição para lá de confortável, assumindo posição subsidiária no que diz com crianças, adolescentes e pessoas idosas (PEREIRA, OLIVEIRA, 2009).

Assim assevera Maria Berenice Dias com respeito a assecuridade do Estado, enfatizando o que pronuncia a Constituição Federal de 1988:

A regra maior da Constituição Pátria é o respeito à dignidade humana, verdadeira pedra de toque de todo o sistema jurídico nacional. Esse valor implica dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. Frente a

esse compromisso, cabe investigar se, na distinção estabelecida no § 3º do art. 226 da Constituição Federal – exigindo a diversidade de sexos para o deferimento da proteção estatal à entidade familiar -, há congruência entre a distinção de regime estabelecida e a desigualdade de situações correspondentes. Esse questionamento, sugerido por Celso Antônio Bandeira de Melo para a avaliação de eventual afronta ao princípio da igualdade é por ele mesmo respondido: é agredida a igualdade quando o fator gerencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou a exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto. (DIAS, 2000, p. 71)

De forma expressa, a Constituição diz ser dever da família, da sociedade e do Estado – nesta ordem – assegurar, com absoluta prioridade, a convivência familiar das crianças e dos adolescentes. Igualmente é atribuído à família o dever de cuidado para com os portadores de necessidades especiais e os idosos (PEREIRA, OLIVEIRA, 2009).

Não há como reconhecer a possibilidade de, no mesmo feixe normativo, conviverem normas que elejam a diferenciação do sexo como elemento discriminante para merecer a proteção estatal. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, nesse modo está incluída a opção sexual que se tenha (DIAS, 2000).

Desta forma, é facultado ao magistrado aplicar, por analogia, a legislação pátria que rege a união estável, com relação a união homoafetiva (JÚNIOR, 2007).

Tanto o § 3º do art. 226 da Constituição Federal como as leis que o regulamentam afrontam o espírito e a letra da Constituição de 1988, quando restringem a proteção legal apenas às uniões estáveis de pessoas de sexo diferente, fazendo uma distinção que os princípios supraconstitucionais, albergados no art. 5º, não autorizavam, nem mesmo como exceção (DIAS, 2000).

A par disso, a constitucionalização com relação ao direito de família exige uma interpretação sistemática da legislação disponível, principalmente, pela Constituição Federal, pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, quando se objetiva o delineamento das famílias, em face ao princípio do respeito à dignidade humana (JÚNIOR, 2007).

O silêncio constitucional e a omissão legiferante não podem levar à negativa de se extraírem efeitos jurídicos de tais vínculos, devendo o juiz fazer uso da analogia, atendendo à determinação constante no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil (DIAS, 2000).

Leciona Maria Berenice Dias:

A verdadeira aversão da doutrina dominante e da jurisprudência majoritária em se socorrer das leis que regem a união estável ou o casamento tem levado tão-só ao reconhecimento de uma mera sociedade de fato. Sob o fundamento de evitar enriquecimento injustificado, invoca-se o Direito das Obrigações, o que acaba subtraindo a possibilidade de concessão, para o mesmo suporte fático, de um leque de direitos que existem na esfera do Direito de Família (DIAS, 2000, p. 75- 76).

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que acaba por fortalecer estigmas sociais e causar sentimento de rejeição (DIAS, 2000).

Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana (DIAS, 2000).

Ensina Maria Berenice Dias:

A chamada Constituição cidadã, pretendendo integrar no laço social todos os cidadãos, foi enfática e até repetitiva em vetar discriminações de qualquer ordem. Ainda que festejada por seus ares de modernidade, acabou restringindo a proteção estatal à entidade familiar formada por um homem e uma mulher, olvidando que a heterossexualidade não é a única opção de vida em comum que existe. Assim, não assegurar qualquer garantia nem outorgar quaisquer direitos às uniões homoeróticas infringe o princípio da igualdade e revela discriminação sexual. A omissão configura violação aos direitos humanos, pois afronta o direito ao livre exercício da sexualidade, liberdade fundamental do ser humano que não admite restrições de quaisquer ordem (DIAS, 2000, p. 77).

Enfatiza Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira em sua Obra *Cuidado e Vulnerabilidade*, 2009, p. 310:

A Constituição Federal, ao consagrar os princípios da igualdade e da liberdade, não permite discriminações e preconceitos com relação à significativa parcela da população por ter orientação sexual de incidência minoritária. A diferença não pode ser fator de exclusão. Deve, isso sim, servir para justificar a adoção de ações afirmativas como mecanismos protetivos. Afinal, o maior dever do Estado é o de cuidar e proteger seus cidadãos, cada um deles, pois todos têm o direito constitucional à felicidade, que só pode ser alcançada quando assegurado o direito de amar.

A Constituição consagra o princípio da proteção integral, atribuindo ao Estado o dever de assegurar a crianças e adolescentes, além de outros, o direito ao respeito à dignidade, à liberdade e à igualdade. (DIAS, 2009)

De igual forma, Maria Berenice Dias exalta a visão do jurista Ingo Sarlet sobre a dignidade da pessoa humana:

(...) dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, em complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (DIAS, 2009, p. 102- 103)

Ela então complementa com o que foi explanado pelo legista:

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitucionais de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no art. 1º, III, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais; promete a promoção positiva de suas liberdades. (DIAS, 2009, p. 103)

Para Dias (2009) o valor da pessoa humana assegura o poder de cada uma exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade. Representa fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da existência humana.

4 DOS PRINCÍPIOS DIRIGIDOS À ADOÇÃO

4.1 PRÍNCIPIO CONSTITUCIONAL

Inicialmente, é importante elucidar o conceito de princípio. Bonavides (2006) cita Picazo (1983), colocando que o conceito de princípio possui origens na linguagem utilizada na geometria, designando as verdades primeiras, sendo que através deste conceito são considerados princípios, enquanto pressupostos que se desenvolvem no more geométrico. O referido autor também traz as contribuições de Crisafulli, onde afirma que:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém (CRISAFULLI, 1952 apud BONAVIDES, 2006, p.257)

O conceito de princípio também é discutido por Robert Alexy, que o afirma da seguinte forma:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a existência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos- caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 117 - 188)

O referido autor também infere que os princípios podem ser compreendidos como ordenações, dos quais se irradiam sistemas de normas. Citando Canotilho e Moreira (1991 apud SILVA, 2011), o autor aponta os princípios como núcleos de condensações, através dos quais são confluídos valores e bens constitucionais, sendo os mesmos, base de normas jurídicas, e podendo estar incorporados positivamente, transformam-se em normas princípio e preceitos

básicos da organização constitucional.

Jacinto (2006 apud MELLO, 2006, p. 59,), conceitua princípio como:

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Nesse sentido, Bonavides (2006), conclui que os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo sistema normativo.

O autor citado reconhece a importância dos princípios em nosso ordenamento jurídico, afirmando que:

Tudo quanto escrevemos fartamente acerca dos princípios em busca de sua normatividade, a mais alta de todo o sistema, porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica, se resume no seguinte: não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie (BONAVIDES, 2006, p.288)

A partir dessa premissa, com base em Gomes Canotilho, os princípios constitucionais resumem-se basicamente em suas categorias, princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais, descritos da seguinte maneira:

Princípios político constitucionais- Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli *normas –princípio*, isto é, “normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social”. Manifestam-se como *princípios constitucionais fundamentais*, positivados em *normas princípio* que “traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição”, segundo Gomes Canotilho, ou de outro quadrante, são decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da nação, na concepção de Carl Schmitt. São esses princípios fundamentais que constituem a matéria dos arts. 1º a 4º do Título I da Constituição, cujo conteúdo geral veremos mais abaixo.

Princípios jurídico- constitucionais- São *princípios constitucionais gerais* informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos, o da proteção social dos

trabalhadores, fluente de declaração dos direitos sociais, o da proteção da família, do ensino e da cultura, o da independência da magistratura, o da autonomia municipal, os da organização e representação partidária, e os chamados princípios garantias (o do *nullum crimen sine lege* e da *nulla poena sine lege*, o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório entre outros, que figuram nos incs. XXXVIII a LX do art. 5º, os quais serão destacados e examinados nos momentos apropriados (SILVA, 2011, p.93).

Canotilho (2002, p. 1145), salienta o ponto partida fundamental acerca do tema, dá seguinte forma: o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios.

Como se verifica, Jacintho (2006, p. 68), ao tratar da função dos princípios aduz que:

[...] temos a função regulativa ou de integração, chamada a atuar em ocorrendo lacunas. Nesse caso, os princípios funcionam como regras de conduta, normas primárias, portanto, postas para a situação concreta carecedora de regulação.

A partir disso, decorre a seguinte descodificação: primeiro, é considerado um sistema jurídico, pois é um sistema dinâmico de normas, segundo, é considerado um sistema aberto, pois possui uma estrutura dialógica (CANOTILHO, 2002).

Ao ensejo da conclusão deste item, importante ressaltar a visão de Jussara Maria Moreno Jacintho, em seu livro *Dignidade Humana Princípio Constitucional*, 2006, p. 57, com relação a importância dos princípios:

Contemporaneamente, já se pode falar em uma concepção principal do direito, colocando-se os princípios como uma superfonte de direito, sobrepondo-se à lei e aos costumes, e servindo-lhe como fonte das fontes. Apenas em razão dos princípios é que se pode pensar, verdadeiramente, em uma unidade teleológica dos diversos sistemas constitucionais, e em sua legitimação axiológica. Os princípios assumem hoje a função de oxigenar as Constituições.

4.2 PRINCÍPIOS ATINENTES AO TEMA

4.2.1 Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescente e da Proteção Integral

Interessante é lembrar, que o direito da criança e do adolescente delimitou um campo próprio no ordenamento jurídico. Entende-se que a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, certificou-se crianças e adolescentes

como sujeitos de direito. Foi estabelecido direitos, fundamentais e de proteção aos mesmos (CUSTÓDIO, 2008, p. 115).

Custódio e Leme (2011, p. 252-253) ao se referirem sobre o avanço com relação à proteção e garantia de direitos a crianças e adolescentes, ensina que:

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, aprovado pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, trouxeram um incomparável avanço no que diz respeito à proteção e garantia de direitos a crianças e adolescentes. Superando um histórico de leis infraconstitucionais que, por décadas, tutelavam a infância de forma estigmatizante, a adoção da Teoria da Proteção Integral mudou radicalmente a concepção anterior, alçando crianças e adolescentes à condição de sujeitos de direitos, que passaram a ter seus direitos protegidos pela família, pela sociedade e pelo Estado, conforme os princípios que norteiam essa teoria.

Para a aplicabilidade do princípio do melhor interesse do menor, deve ser levado em consideração o que é melhor para criança.

A origem do princípio do melhor interesse do menor, esta presa ao instituto do *parens patriae*, empregado na Inglaterra como uma vantagem do Rei e da Coroa, com o objetivo de proteger aqueles que não podiam fazê-lo (PEREIRA, 2000).

O *parens patriae* é determinado por Griffith (apud PEREIRA, 2000, p. 01 - 02) como a “autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica”.

Aduz Custódio (2008, p. 120), que:

Diante dessa complexa realidade, o Direito da Criança e do Adolescente assegura direitos fundamentais e estabelece limites de proteção contra a exploração do trabalho infantil doméstico, representando uma ruptura com as tradicionais intervenções do Estado, da sociedade e da família no universo da criança e do adolescente. Isso porque, assegura direitos fundamentais, com base no princípio da Teoria da Proteção Integral, reconhecendo a criança e o adolescente como pessoas em processo de desenvolvimento, instaura novos valores e promove a transformação das práticas institucionais, criando um sistema especializado de garantias de direitos.

E ainda complementa:

O Direito da Criança e do Adolescente internalizou novos princípios jurídicos, dentre os quais merecem destaque: a desjudicialização, as mudanças de conteúdo, método e gestão, a descentralização político-administrativa, a democratização, o acesso à justiça, vinculação à doutrina

da proteção integral, a universalização, o interesse superior da criança, a prioridade absoluta, a humanização no atendimento, a ênfase nas políticas públicas, a descentralização político-administrativa e a participação popular. Está, portanto, orientado para o fortalecimento dos movimentos sociais, da condição de cidadania, de uma lógica pautada na política de direitos e do controle das políticas públicas pela sociedade, consubstanciando um espaço jurídico participativo, e, configurando uma nova ética, uma nova técnica e uma nova estética. Parte, da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais atribuindo responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado.

O referido princípio deve ser sopesado em cada caso em questão, quando se tratar sobre a guarda da criança. Em verdade, se a criança for suficiente madura, quer dizer que os Tribunais devem considerar a sua vontade (PEREIRA, 2000).

No entanto, apenas esta manifestação da criança não é satisfatória. É necessário levar em consideração, também, a estabilidade, continuidade e a permanência da família (PEREIRA, 2000).

O Direito da Criança e do Adolescente determina um conjunto de táticas para a proteção aos direitos fundamentais com base no princípio do melhor interesse e com uma interpretação própria para a proteção integral, instaurando responsabilidades compartilhadas entre os diversos atores (CUSTÓDIO, 2008).

Quando se trata do princípio do melhor interesse da criança, na sua maioria, faz referência à guarda de crianças. Atualmente, quase todas as discussões judiciais tem início com a afirmação de que a guarda deverá ser dada à pessoa que possa averiguar qual é o melhor interesse da criança (PEREIRA, 2000).

Pereira (2000, p. 53), ao fazer ligação entre o princípio explanado e o instituto da adoção, ensina que:

A Adoção, sem dúvida, destaca-se entre as medidas de colocação familiar. Dentro de uma nova perspectiva, a Adoção se apresenta como uma família para uma criança, abandonando a concepção tradicional do instituto, como parentesco civil, onde se destacava sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família. Seja nacional ou, excepcionalmente, internacional, o instituto da Adoção, após a sua regulamentação pelo ECA, tem se apresentado como importante possibilidade de acolhimento de crianças abandonadas e institucionalizadas.

E ainda complementa:

Esgotadas todas as possibilidades de permanência na família biológica, a Adoção rompe cada dia com os preconceitos dos que a consideram como

“filiação de segunda classe”, e representa a mais nobre iniciativa daqueles que se propõem a assumir com responsabilidade crianças e adolescentes marcados pelo estigma do abandono e dos maus-tratos (PEREIRA, 2000, p.53).

De acordo com Custódio (2000) integra o sistema de garantias de direitos a política de proteção à criança e ao adolescente, visando assegurar a proteção integral à criança e ao adolescente contra qualquer forma de ameaça ou violação dos seus direitos.

4.2.2 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (ART. 1º, III, CF)

Como se sabe, a Constituição brasileira, com relação à dignidade da pessoa humana está expressamente fundamentada na República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III, do art. 1º, art. 170, III e art. 226, parágrafo 7º e assumiu aspecto claro, não apenas o regime dos direitos fundamentais, mas também de todo o Estado brasileiro (JACINTHO, 2006).

Na obra “Curso de Direito Constitucional” de André Ramos Tavares, ao tentar definir o conceito de dignidade humana, o autor cita Sarlet (2002 apud TAVARES, 2008, p.539) onde o mesmo preceitua:

Já no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontrava intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.

É de se verificar, que no que diz respeito aos direitos fundamentais do homem, cabe reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana, transformou-se no epicentro de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (TORRES, 2006).

Entende-se que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo. De acordo com José Afonso da Silva, em sua obra “Curso de Direito Constitucional Positivo”, o conceito de dignidade da pessoa humana é definido da seguinte forma:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-la para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana (SILVA, 2001, p.105).

Jacinto (2006, p. 19) acredita que o princípio da dignidade da pessoa humana possua duas dimensões, se não vejamos:

A primeira, uma dimensão axiológica, em que o princípio da dignidade humana assume a posição de eixo hermenêutico de toda ordem constitucional, funcionando como o valor que vai conferir unidade material à Constituição. Na sua segunda dimensão, a dignidade humana apresenta-se como direito fundamental, de natureza jusfundamental, cujo núcleo essencial é integrado por várias prestações positivas e negativas.

Quando a Constituição Federal refere-se a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Isso porque, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, sem referência de credo, raça, cor, origem ou status social (BULOS, 2008, p. 392)

Nesse sentido Martins (2003, p. 63), leciona:

Assim, o exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz, em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo o sistema jurídico), obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio, sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado. Por óbvio que a dignidade não será o único parâmetro, mas, sem dúvida alguma, por força de sua proeminência axiológica, será o principal. Podemos, nesse contexto, até mesmo falar que a dignidade da pessoa humana confere racionalidade ao sistema constitucional, visto que a unidade pretendida não é meramente lógica ou mecânica, mas uma unidade axiológica-normativa.

O princípio da dignidade humana, nada mais é que um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. O seu conteúdo jurídico está ligado às liberdades públicas, abrangendo aspectos individuais, coletivos,

políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos culturais, entre outros (BULOS, 2008).

A dignidade da pessoa humana acaba fornecendo ao intérprete um leque essencial à adequada aplicação da norma e à justa solução no caso em que se é analisado (MARTINS, 2003).

Ainda para Martins (2003) o valor da dignidade da pessoa humana é constituído pelo valor-guia do ordenamento constitucional brasileiro, em verdade, cumpre ressaltar, que ele foi expressamente positivado pelo constituinte no ano de 1988.

Por conseguinte, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana como comando de dever, apresenta-se em uma dimensão dupla. Tanto como princípio de hermenêutica, como direito material, expresso por intermédio de um princípio ou por intermédio de uma regra. (JACINTHO, 2006).

4.2.3 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade está disposto na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, I, “igualdade de todos perante a lei”, assim como ressalta o artigo VII, da Declaração Universal dos Direitos Humanos: —“Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Desde a antiguidade a igualdade é integrada à democracia. Desse modo, não se pode caracterizar a democracia, sem antes abrir um lugar para a igualdade, embora esse lugar não seja sempre o mesmo (FERREIRA FILHO, 2008).

O Brasil adotou uma atitude mais liberal, quando já na Constituição de 1891 disse o seguinte: “Todos são iguais perante a lei”. Na época, o objetivo desse termo era revogar os privilégios de nascimento, os foros de nobreza, determinando os privilégios e diferenças por qualquer motivo (PINTO FERREIRA, 1996, p. 127).

A Constituição Federal aplica a igualdade perante a lei. Afirma o texto constitucional, que todos desfrutam de igualdade de direitos, seja entre nacionais e estrangeiros, seja entre brasileiro nato e brasileiros naturalizados, tem de ser, exposta ou tacitamente, prevista na Constituição (FERREIRA FILHO, 2008).

O direito a igualdade, está na relação dos direito fundamentais da primeira dimensão juntamente com o direito à vida, à liberdade, à propriedade. Estes direitos, são de selo individualista, direitos do indivíduo frente ao Estado, limitando uma zona de não-intervenção do Estado e autonomia individual frente ao seu poder (SARLET, 1998).

Verdade seja esta que os homens são desiguais sob diversos aspectos, tais como: naturais; físicos; políticos, mas se faz necessário tê-los como iguais, porque se assim não fosse, não significariam da mesma espécie. Embora não se busque uma igualdade que complete as desigualdades que tornam a vida humana tão pluralística. O que se busca é uma igualdade jurídica. O fato de haver desigualdades faz procurar à igualdade real ou material que traga condições para igualização das condições desiguais (SILVA, 2011).

Como se depreende, Carmen Lúcia Antunes da Rocha (1990, p. 213) cita Silva (2011) ao explicar que:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é o modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.

O direito à igualdade está presente na afirmação da “igualdade perante a lei” e da “igualdade na lei”. Esta faz referência a igualdade material, que exige igualdade de tratamento nos casos iguais e a distinção em face de hipóteses diferentes. Aquela seria a igualdade formal, que tratada aplicação do direito sem distinção com base no destinatário da norma. Assim, a igualdade perante a lei é como uma obrigação do aplicador da norma, tratando todos conforme a lei; a igualdade na lei como dever de apreciar as semelhanças e diferenças da instituição dos regimes jurídicos (RIOS, 2002, p.32).

Nessa noção, Rios (2002) se refere à expressão “igualdade perante a lei”, alegando que há respaldo na concepção formal de Estado de Direito.

Com relação à essa expressão Hesse define com clareza:

Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei. Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente em favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como

postulado fundamental do estado de direito. (HESSE, 1998 apud, RIOS, 2002, p. 37)

Convém notar, outrossim, que a igualdade na lei, encontra respaldo do Estado de Direito material, que tem por atributo a preocupação com o conteúdo e orientação da atividade estatal, não apenas ressaltando normas jurídicas, sendo o poder estatal vinculado a certos princípios historicamente contextualizados (RIOS, 2002).

É sobretudo importante analisar Roger Raupp Rios, quanto a fundamentação da igualdade na lei. Se não vejamos:

Igualdade material reside na determinação da característica a ser levada em conta no juízo de equiparação ou diferenciação, para os fins da instituição de um tratamento jurídico. A igualdade na lei, ao atentar a par as inúmeras e multifacetadas diferenças existentes entre as pessoas e situações, objetiva reconhecê-las e a elas empregar desigual consideração jurídica na proporção destas distinções. [...] É necessário, portanto, identificar as semelhanças e as diferenças, adentrar no conteúdo, naquilo que se considera relevante para fins de diferenciação (RIOS, 2002, p. 49).

A propósito disso Ávila (2011), ao se referir da aplicação da igualdade da lei, o mesmo explica que depende de um critério diferenciador e de um fim a ser adquirido. A partir disso, surge a conclusão de que para fins diversos se utiliza critérios distintos, isso pelo simples fato de alguns critérios servirem para a realização de determinado fim, e outros não.

A partir do exposto pode-se ter em mente a noção de princípios, a qual influencia diretamente a compreensão acerca do tema tratado no presente trabalho.

5 A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

5.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE ACÓRDÃOS JUNTO AOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS DE SANTA CATARINA, RIO GRANDE DO SUL E PARANÁ, ENTRE OS ANOS DE 2005 À 2011, ACERCA DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS EM FACE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

5.2 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Para exemplificar o exposto sobre a doutrina brasileira, opta-se pela análise dos julgados dos Tribunais de Justiça dos Estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Paraná, entre os anos de 2005 à 2011, com o intuito de verificar seus posicionamentos acerca deste tema tão atual e divergente que ainda não encontrou respaldo na legislação brasileira.

Para elucidar, inicia-se com os julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Segue a ementa da decisão do Desembargador Luis Felipe Brasil Santos, no ano de 2006:

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ementa: 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). Recurso de apelação, n.º 70013801592. Ministério Público e LI. M. B. G. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Acórdão: 05/04/2006. Sétima Câmara Cível.

No caso supracitado, trata-se de um recurso de apelação, interposto pelo Ministério Público, contrariado com a sentença que concedeu a adoção dos menores

P.H. R.M. (3 anos e 6 meses) e J.V.R.M. (2 anos e 3 meses), na época, a LI. M. B.G., companheira da mãe adotiva dos menores L. e R.M. Desde o nascimento dessas crianças, as mesmas foram entregues pela mãe biológica ao casal de lésbicas e a partir por elas são criadas.

Como esclarece a jurisprudência, reconhecia a entidade familiar por duas pessoas do mesmo sexo, com o objetivo de constituir família, há a possibilidade de ambos adotarem. Destaque para a visão moderna da jurisprudência, relatando que não há mais tempo para “preconceitos” e “atitudes hipócritas”.

Finalizam o acórdão referido com a defesa da absoluta prioridade que é prevista na Constituição Federal aos direitos da criança e do adolescente, como sucede o art. 227 do diploma legal mencionado.

Em virtude dessas considerações, havendo laudo especializado comprovando o saudável vínculo existente entre as partes, por votação unânime, negaram provimento ao recurso de apelação.

Verifica-se, pois, que neste julgado, que todos os requisitos foram favoráveis, deixando assim a concessão da adoção continuar sendo deferida. Exemplo de que a adoção não possui fundamentação biológica e sim, afetiva.

Já no ano de 2009, o nobre Desembargador Relator André Luiz Planella Villarinho, julgou procedente a seguinte demanda, nestes termos:

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. ADOÇÃO HOMOPARENTAL. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO. Embora a controvérsia na jurisprudência, havendo possibilidade de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante precedentes desta Corte, igualmente é de se admitir a adoção homoparental, inexistindo vedação legal expressa à hipótese. A adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança. Estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitandas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos do § 2º do art. 42 do ECA, com a redação dada pela Lei 12.010/2009. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (SEGREDO DE JUSTIÇA). Recurso de apelação, n.º 70031574833. Vanessa A. S., Cláudia E. N. B. e A.J. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Acórdão: 14/10/2009. Sétima Câmara Cível.

Trata-se de um recurso de apelação, interposto por Vanessa A. S. e Cláudia E. N. B. à sentença que, nos autos da habilitação à adoção, julgou improcedente o pedido de adoção conjunta.

No caso ora examinado já houve a ruptura de uma visão ultrapassada. No caso em tela, é reconhecida que há controvérsia na jurisprudência, porém há a hipótese de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, sendo assim, nessa situação foi igualado os direitos e admitida a adoção, como deveria ocorrer em outros casos semelhantes.

As partes, neste caso, requereram a adoção conjunta e o Ministério Público acolheu pelo deferimento do pedido de habilitação unida, porém a sentença indeferiu o pleito. Apelaram, as adotantes, amparando que mantém relacionamento análogo à união estável, com estrutura familiar, atestando os requisitos necessários para habilitação conjunta à adoção.

Percebe-se então que os nobres julgadores destacam quanto ao mecanismo da adoção, que deve-se predominar sobre o preconceito e a discriminação, possibilitando então que mais crianças encontrem um lar que proporcione amor, abrigo e segurança.

Houve a realização do estudo social, mecanismo imprescindível para o processo de funcionamento de uma adoção. Neste lanço, com base no § 2º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que expressa que é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovando a estabilidade, no caso ora citado foi dado provimento à apelação.

Ademais, o art. 1.622 do Código Civil prevê que: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou viverem em união estável”.

Como se percebe, não existe vedação legal para a circunstância de adoção por duas pessoas do mesmo sexo, contudo seja necessária a constância da relação havida entre os adotantes e a constituição de família.

Como se observa, há lacuna na lei regulamentando sobre a matéria, ao contrário disso, não impossibilita o reconhecimento do direito, já que o fato social é incontroverso, sendo perfeitamente cabível, na omissão da lei, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Se, em tese, existe a possibilidade de se reconhecer a união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, por que não se admitir, pelos mesmos princípios fundamentais, a adoção homoparental? Sugiro esta comparação, pois, igualmente, não encontra-se vedação legal expressa.

Em um outro julgado no ano de 2010, no que tange à matéria, houve o seguinte posicionamento:

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ementa: 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). Recurso de Apelação, n.º 70033357054. VANESSA M. T. e CLAUDIOMIR MEDEIROS DA SILVA e CARLOS DOS SANTOS. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Acórdão: 26/05/2010. Sétima Câmara Cível.

No caso acima, houve a destituição do poder familiar, pois a genitora abandonou o filho aos cuidados de um terceiro que após postulou a sua adoção.

Bom é dizer que o vínculo afetivo que se criou entre as partes venceu o vínculo biológico, o qual deu ensejo a um núcleo familiar.

Mais precisamente, trata-se de um recurso de apelação inserida por Vanessa M. T. contra a sentença que avaliou procedentes os pedidos nos autos da ação de adoção, cumulada com destituição do poder familiar, ponderada por Claudimir M. da S. e C. dos S. A ação possuía o intuito de determinar a perda do poder familiar de Vanessa em face de João Vitor, de deferir a adoção da criança aos requerentes, de determinar a anulação do registro civil de nascimento original e a abertura de um novo. Neste novo registro constando que o adotado é filho de Claudimir M. da S. e de C. dos S., sem menção de pai e mãe. Do mesmo modo de que em relação aos avós no registro civil, passando o menino a se chamar João Vitor M. da S. S.

Apesar da apelante ter negado que abandonou seu filho, afirmou que teve dificuldades para criá-lo. Contudo, a decisão apesar de não configurar o relacionamento existente entre Claudimir e Carlos uma união estável, mas sim parceria civil, Claudimir acabou sendo excluído do pólo ativo do caso em questão.

Em remate, como as condições são aceitáveis, entendeu-se que o mais justo era registrar que o decurso do tempo em casos como a presente, é fator principal e decisivo, porquanto o afeto – circunstância norteadora da adoção – é firmado com a convivência cotidiana e a dedicação constante.

Em análise última, findam que nos seus entendimentos, no caso discutido, é transparente a condição em adotar a Carlos, pois preenche todos os requisitos legais, não atingindo assim os princípios norteadores deste trabalho.

No ano de 2010, houve um outro julgado, no caso um embargos infringentes, onde os mesmos foram desacolhidos, por maioria. Senão vejamos:

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. PEDIDO DE HABILITAÇÃO. ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Sendo admitida, pela jurisprudência majoritária desta corte, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, possível admitir-se a adoção homoparental, porquanto inexistente vedação legal para a hipótese. Existindo, nos autos, provas de que as habilitandas possuem relacionamento estável, bem como estabilidade emocional e financeira, deve ser deferido o pedido de habilitação para adoção conjunta. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREGADO DE JUSTIÇA). Embargos infringentes, n.º 70034811810. Ministério Público, Vanessa A. S. e Cláudia

E. N. B. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Acórdão: 13/08/2010. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis.

Cumprе observar, por conseguinte, que no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a maioria da jurisprudência admite a união estável homoafetiva sobre o assunto ora discutido.

No caso em questão, trata-se de embargos infringentes opostos pelo Ministério Público contra o acórdão que, por maioria, deu seguimento ao recurso de apelação para dar seguimento ao pedido de habilitação para adoção conjunta deprecado por Vanessa A. S. e Cláudia E. N. B.

O Ministério Público opôs embargos infringentes procurando ver restituída a sentença de primeiro grau. Alegaram que a união estável determina a diversidade de sexo, suposição que se encontra ausente nas uniões homoafetivas, não se podendo equiparar união estável com união homoafetiva.

Nas contrarrazões apresentadas pelas requerentes, as mesmas frisaram que abarrotam as condições exigidas na lei, enfatizando que as jurisprudências de alguns colegiados deste Tribunal de Justiça aferem às uniões entre pessoas do mesmo sexo, tratamento analogicamente ao que o nosso ordenamento jurídico impõe às uniões estáveis.

Nessa esteira, ressaltam que o tratamento que é dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo estável, com convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, logo, concluindo-se que é viável reconhecer a esse grupo de pessoas o direito de adotar em conjunto.

Não havendo proibição legal para o caso ora debatido, comprovado de que há provas nos autos de que as requerentes possuem um bom relacionamento, firmeza na relação de convívio, estabilidade financeira, acabou sendo assim deferido o pedido de habilitação conjunta pleiteado.

A par disso, por maioria, os embargos infringentes opostos pelo Ministério Público foram desacolhidos.

5.3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

A fim de elucidar a contínua análise de jurisprudências, segue alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Por sua vez, outro caso curioso, ocorreu quando nos autos abaixo descrito, no pedido de habilitação para adoção, estabelecido por um casal homoafetivo, o Juízo “a quo” avaliou parcialmente procedente o pedido das autoras. Em linhas gerais, tem-se:

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES - HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO - CASAL HOMOAFETIVO - MINISTÉRIO PÚBLICO QUE SUSTENTA A NECESSIDADE DE PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO NO QUE CONCERNE À RESTRIÇÃO DE ADOÇÃO DE ADOLESCENTES A PARTIR DE 12 (DOZE) ANOS DE IDADE - RECENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DA ADI 4277 E DA ADPF 132, RECONHECENDO A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR, PARA O FIM DE DAR AO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO, PARA DELE EXCLUIR QUALQUER SIGNIFICADO QUE IMPEÇA O RECONHECIMENTO DA UNIÃO CONTÍNUA, PÚBLICA E DURADOURA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO "ENTIDADE FAMILIAR", ENTENDIDA ESTA COMO SINÔNIMO PERFEITO DE "FAMÍLIA" - RECONHECIMENTO QUE É DE SER FEITO SEGUNDO AS MESMAS REGRAS E COM AS MESMAS CONSEQUÊNCIAS DA UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA - CARTA MAGNA QUE REMETE À LEI A INCUMBÊNCIA DE DISPOR SOBRE A ASSISTÊNCIA DO PODER PÚBLICO À ADOÇÃO, INCLUSIVE PELO ESTABELECIMENTO DE CASOS E CONDIÇÕES DA SUA EFETIVAÇÃO POR PARTE DE ESTRANGEIROS (§5º DO ART. 227); E TAMBÉM NESSA PARTE DO SEU ESTOQUE NORMATIVO NÃO ABRE DISTINÇÃO ENTRE ADOTANTE "HOMO" OU "HETEROAFETIVO" - PREVENÇÃO QUANTO À ORIENTAÇÃO SEXUAL DO ADOTANTE QUE SE REVELA INCONSTITUCIONAL - EMBARGOS REJEITADOS. Embargos Infringentes, n.º 582499-9/02. Ministério Público do Estado do Paraná, E.C.F. e outro. Relator: Antonio Loyola Vieira. Acórdão: 15/06/2011. 12ª Câmara Cível em Composição Integral. Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba.

A intenção das autoras era em adotar crianças do sexo masculino, acima dos 10 (dez) anos de idade. O Magistrado entendeu a habilitação aceitável pelo casal homoafetivo, porém ressaltou importância na necessidade de limitação de idade e sexo, apontando consentir com os melhores interesses da criança.

As autoras, inconformadas com a sentença, ajuizaram recurso de apelação, objetivando reforma na sentença, alegando que não havia dano algum a criança. O Ministério Público do Estado do Paraná interpôs recurso adesivo, defendendo a reforma da sentença, com o intuito de aumentar para 12 (doze) anos a

limitação da idade, sendo assim o Magistrado obrigado a ouvir o adolescente a ser adotado. Por ora, o recurso de apelação, por maioria dos votos, provido, e o recurso adesivo restou lesado.

Logo, o Ministério Público opôs embargos de declaração, sendo, por unanimidade dos votos, rejeitados. Após, interpôs embargos infringentes, amparando a necessidade de prevalência do voto vencido no que diz respeito à limitação de adoção de adolescentes a partir dos 12 (doze) anos de idade, tendo em vista à reversão do decidido do voto vencido do Desembargador Mendonça de Anunciação.

Após foram conclusos ao Tribunal de Justiça. Os embargos infringentes provocando o acórdão da décima primeira câmara cível, tendo por maioria dos votos, queria decidir retirar da sentença a parte em que fazia referência à limitação de idade do póstumo adotando. O Ministério Público aduziu que o adotando deveria expressar sua vontade sobre a adoção, partindo-se do pressuposto que, qualquer adoção em que o adotando esteja com 12 (doze) anos ou mais, é assegurada este direito.

O julgamento ora citado, foi conduzido no sentido da ausência de amparo legal à restrição imposta pelo Juízo “a quo”, referente a idade mínima e sexo masculino para o suposto adotante. Logo, a matéria não prosperou, tendo em vista, que na época do fato, houve decisão do Supremo Tribunal Federal, onde foi reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar.

Foi de suma importância aplicar, no caso em questão, a decisão do Supremo Tribunal Federal, haja vista, a aplicabilidade ao tema, excluindo qualquer tipo de preconceito. Além disso, é inegável que o legislador irá observar a efetiva proteção do adotado.

De modo geral, frisa-se que o impedimento de deferir adoções por casais homoafetivos, acaba barrando um expressivo número de crianças abandonadas, que poderiam ser adotadas, e, possivelmente, viveriam em um lar, com segurança, afeto, atenção e estabilidade. Tornando-se, assim, a adoção o meio mais legítimo para garantir o melhor interesse da criança.

Pelo exposto, comprovado nos autos que havia estabilidade familiar do casal, foi votado pelo não acolhimento dos embargos infringentes, mantendo, desta forma, a decisão embargada.

A par disso, tem-se outra ementa inusitada do ano de 2010, tratando-se de um recurso de apelação, interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, da sentença proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara da Infância, Juventude e Adoção do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Analisando-a:

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO DE HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE ADOÇÃO POR PESSOA HOMOAFETIVA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUE DEFENDE A NECESSIDADE DE O ADOTANDO TER IDADE SUPERIOR A DOZE ANOS PARA MANIFESTAR SUA CONCORDÂNCIA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL PARA IMPOSIÇÃO DE LIMITES. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ESTUDOS DEMONSTRANDO A AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS AO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA, QUE ESTÁ RELACIONADO À QUALIDADE DO VÍNCULO AFETIVO EXISTENTE DENTRO DA UNIDADE FAMILIAR E NÃO A ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. CONSTATAÇÃO DE QUE A ADOÇÃO DE CRIANÇAS POR PESSOA HOMOAFETIVA DEVIDAMENTE CAPACITADA, COMO O APELADO, ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE. GARANTIA DO DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA. Recurso de Apelação, n.º 649.134-1. M.P.E.P., R. G. S. Relator: Desembargador Augusto Côrtes. Acórdão: 21/07/2010. 2ª Vara da Infância, Juventude e Adoção do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba.

A parte R.G.S. ingressou com o pedido de habilitação para adoção, onde obteve a procedência do pedido de inscrição para a adoção de uma criança entre três e cinco anos de idade, de sexo masculino, podendo, inclusive, ser filho de portador de HIV, alcoolistas ou usuários de entorpecentes.

O Ministério Público, insatisfeito com a decisão proferida, alega que é necessário impor um limite mínimo de idade de doze anos para a adoção, tendo em vista que o requerente é homoafetivo e pode vir a ter uma união estável, precisando, desta forma, ser oportunizado ao adolescente o seu consentimento com a adoção.

Após o trâmite do recurso de apelação e das contrarrazões apresentadas, os autos foram conclusos ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, tendo sua manifestação pelo desprovimento do recurso.

Ao expor o voto, é analisado que o Estatuto da Criança e do Adolescente não conhece a possibilidade de adoção por pessoa ou casal homoafetivo. No entanto, não proíbe. Logo, se não é vedado, não existe o porque de não ser concedido o pedido de adoção para essas pessoas, já que não há impedimento.

Além do que, no Estatuto da Criança e do Adolescente, não há nenhuma determinação de qualquer limitação à respeito da adoção por pessoa ou casal homoafetivo.

Por conseguinte, nos autos mencionado, houve a corroboração, com os estudos sociais realizado com o requerente, de que o mesmo mantinha condições psíquicas, sociais, econômicas, físicas e habitacionais. Tendo, desta forma, o adotado o direito à saúde, a alimentação, a educação e ao lazer, pois sabe-se que esses são os principais requisitos para que haja a habilitação de uma adoção.

Ao propósito, levar a diante o que foi aconselhado pelo Ministério Público do Estado do Paraná, trata a pessoa homoafetiva de maneira distinta, apenas por sua orientação sexual. Inclusive, acaba ferindo o Princípio Constitucional da Igualdade, já mencionado no capítulo anterior deste trabalho. É claro que o que importa nesse processo de adoção, é o vínculo afetivo entre as partes, bem como um ambiente carinhoso, educativo e estável, não influenciando a forma estrutural que a família possui.

Limitar a idade do adotado para com casal homoafetivo, é o mesmo que criar empecilho onde a lei não prevê. No caso em tela, como foi comprovado que o adotante possuía os requisitos legais, bem como atendia aos Princípios da Proteção Integral e do Melhor Interesse da Criança, não houve razão para exigir a idade estipulada pelo Ministério Público, limitação essa, que podia impedir o adotado da convivência familiar.

Diante da ausência de previsão legal, o voto foi no sentido de negar provimento ao recurso de apelação.

No sentido da decisão supra, houve outro julgado, onde exigia-se limitação com relação a idade do adotado, apenas por tratar-se de casal adotante homoafetivo. Se não vejamos:

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. CASAL HOMOAFETIVO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. ATRIBUIÇÃO POR ANALOGIA DE NORMATIVIDADE SEMELHANTE À UNIÃO ESTÁVEL PREVISTA NA CF/88 E NO CC/02. HABILITAÇÃO EM CONJUNTO DE CASAL HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE ATENDIDOS AOS DEMAIS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE IDADE E SEXO DO ADOTANDO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO QUE DEVE SER

ANALISADO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO, E NÃO NA HABILITAÇÃO DOS PRETENDENTES. APELAÇÃO PROVIDA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. Recurso de Apelação, n.º 582499-9. E. C. F. e F. R. K. e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Desembargador Fernando Wolff Bodziak. Acórdão: 17/03/2010. 2ª Vara da Infância, Juventude e Adoção do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba.

O caso acima elencado, torna-se semelhante ao caso anterior, pois trata-se de um recurso de apelação interposto E.C.F e F. R. K e de um recurso adesivo interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, ambos com referência a sentença proferida nos autos de habilitação de adoção, que teve declarada parcialmente procedente o pedido, onde reiterava-se na solicitação que fossem crianças do sexo masculino, com idade a partir dos dez anos.

A decisão foi em favor de conceder o pedido de habilitação para adoção por casal homoafetivo, com a ressalva de limitação de idade e sexo, tendo em vista, atender o melhor interesse do adotado, consultando a criança sobre tal possibilidade.

Insatisfeitas com a sentença, as requerentes ingressaram com o recurso de apelação e, oportunamente, o Ministério Público interpôs o recurso adesivo, alegando que deveria haver reforma na sentença, estipulando a idade de doze anos, pois desta forma o magistrado estaria obrigado a escutar o adolescente supostamente adotado.

No caso presente, no mérito o recurso de apelação obteve provimento, restando prejudicado o recurso adesivo do Ministério Público.

Interessante se faz lembrar, que a época do julgado, foi salientado que o ordenamento jurídico passou a reconhecer e atribuir outras formas de composição de família, não existindo somente o casamento entre homem e mulher, superando, desta forma, o paradigma da família institucionalizada, permitindo novos conceitos de família, bem como a união homoafetiva. Impende observar que, a par disso, o que define uma família não é a existência de um vínculo como o casamento, mas sim o enlace de afeto entre os pares.

Em virtude dessas considerações, enquanto a lei não for clara e específica, faz-se necessário embasar-se nas normas e princípios existentes.

De igual forma ao caso anterior, foi demonstrada nos autos todos os requisitos legais exigidos, bem como comprovada a convivência entre as requerentes, tendo-se por consequência, uma união homoafetiva, logo entidade

familiar com o intuito de promover a constituição de uma família, sendo necessário, por efeito, reconhecer os direitos da união homoafetiva advindos.

Em análise última, com o provimento do recurso de apelação, no caso em tela, restou prejudicado o recurso adesivo interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, que apontava para o acréscimo na idade mínima do adotado. O voto favorável e decisivo, pendeu-se no sentido de dar provimento ao recurso de apelação, para o fim de modificar em parte a decisão do Juízo “a quo”, para excluir a limitação de idade do adotado.

5.4 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Após exemplificar acerca da análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, entre os anos de 2005 à 2011, seria verificado a posição majoritária do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no entanto, não há nenhum julgado acerca do tema ora discutido.

No entanto, como se percebe, tanto o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, como o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ambos, na sua maioria, concedem o pedido de habilitação para adoção por pessoas ou casais homoafetivos.

Contudo, após pesquisado, constatou-se que no Tribunal do Estado de Santa Catarina, existem apenas decisões de primeiro grau acerca do tema.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico de conclusão de curso, tem o objetivo de exemplificar acerca da possibilidade jurídica da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos. Como já mencionado, trata-se de um tema atual, divergente e polêmico.

Para este fim, no primeiro momento explorou-se o conceito de adoção, bem como o instituto e as legislações pertinentes ao tema, demonstrando que o mesmo já passou por algumas reformulações. Em seguida, estudou-se os princípios que o norteiam.

Após verificar sobre essa discussão, constatou-se que de um lado há inúmeras crianças e/ou adolescentes, muitas vezes abandonados, à espera de um lar. De um outro lado, uma pessoa ou casal que está disposto a constituir uma família, e como toda família possui, querem também ter filhos.

O casal homoafetivo que procura o judiciário para habilitar-se para uma adoção, é porque possui real interesse em adotar. Não entra no judiciário para “lutar” por algo que não possui relevância alguma, mas sim, por algo que julga extremamente indispensável na sua vida.

No entanto, por apresentarem uma orientação sexual diferente do padrão tradicional imposto pela sociedade, acabam tendo o desejo de ser pai ou mãe, privado.

A homossexualidade está presente na história humana desde os primórdios, e por mais difícil que seja, seja por convicções geralmente religiosas, entre outras, precisamos superar a intolerância a fim de um futuro mais justo e melhor.

Com relação aos casais homoafetivos, o princípio da igualdade é aplicado levando-se em consideração que a liberdade da sexualidade é elemento integrante e próprio do ser humano.

Ademais, o princípio mencionado é abrangente para conhecer fatores que têm servido de base para não equiparações e preconceitos. Em razão disso, concluiu-se que um ambiente familiar saudável não é sinônimo apenas de pessoas heterossexuais. Em síntese, vincular a orientação sexual do adotante para o

deferimento da adoção por casais homoafetivos é inconstitucional, ferindo o princípio da igualdade.

Diante do exposto, felizmente, ratificou-se que não há como impedir que os casais homoafetivos adotem conjuntamente uma criança e adolescente. Tendo em vista que a própria jurisprudência brasileira vem demonstrando que os homoafetivos possuem direitos em seu favor, com base nos princípios da dignidade humana e da igualdade.

Posto isso, deixar de proteger tal direito seria uma evidente discriminação com base em sua orientação sexual.

REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Jason. **Adoção Simples e Adoção Plena**. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1990.
- ALEXY, Robert. . **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Melhoramentos, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Adoção: Um direito de todos e todas**. Brasília: 2008.
- CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: Editora UNESC, 2009.
- CUSTÓDIO, André Viana; CAMARGO, Monica Ovinski de (Org.). **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais: visões interdisciplinares**. Curitiba: Multidéia, 2008. v.1
- DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito & a justiça**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito & a justiça**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DORNELLES, João Ricardo W; GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos (Org.). **Estado, política e direito: políticas públicas e direitos fundamentais**, volume 2. Criciúma, SC: Ed. UNESC, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. . **Curso de direito constitucional**. 34. ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.
- FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para Homossexuais**. Curitiba: Juruá Editora, 2001.
- FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção Internacional**. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 4.ed São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. (Sinopses Jurídicas 2)

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana: princípio constitucional**. Curitiba, PR: Juruá, 2006.

JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. **A possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. 3 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007

LOTUFO, Maria Alice Zaratín. **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 5.v

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba, PR: Juruá, 2003.

NAHAS, Luciana Faísca Nahas. **União Homossexual: Proteção Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

NEVES, Márcia Cristina Ananias. **Vademecum do direito de família**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1994.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

OLIVEIRA, Tania da Silva Pereira Guilherme de. **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A Adoção por Homossexuais: Fronteiras da Família na Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIOS, Roger Raupp. . **O princípios da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norteamericano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais..** Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. . **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros: 2011.

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

SHINE, Sidney Kiyoshi. . **Avaliação psicológica e lei**: adoção, vitimização, separação conjugal, dano psíquico e outros temas. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VANIN, Vera (coord). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.