

UNILEÃO
CENTRO UNIVERSITÁRIO DOUTOR LEÃO SAMPAIO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JALINE PATRÍCIO GINO

**ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR CASAIS
HOMOAFETIVOS: A IMPORTANCIA DA JURISPRUDÊNCIA NA NOVA
CONSTRUÇÃO FAMILIAR**

JUAZEIRO DO NORTE-CE

2021

JALINE PATRÍCIO GINO

**ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR CASAIS
HOMOAFETIVOS: A IMPORTANCIA DA JURISPRUDÊNCIA NA NOVA
CONSTRUÇÃO FAMILIAR**

Trabalho de Conclusão de Curso – *Artigo Científico*,
apresentado à Coordenação do Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio,
em cumprimento às exigências para a obtenção do grau
de Bacharel.

Orientador: M.s Rafaella Dias Gonçalves

JUAZEIRO DO NORTE-CE

2021

JALINE PATRÍCIO GINO

**ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR CASAIS HOMOAFETIVOS: A
importância da jurisprudência na nova construção familiar**

Este exemplar corresponde à redação final aprovada do
Trabalho de Conclusão de Curso de Jaline Patrício Gino.

Data da Apresentação 12/06/2021

BANCA EXAMINADORA

M.E Rafaella Dias Gonçalves

Orientadora

Membro: (PROF. DR. MIGUEL ÂNGELO SILVA DE MELO/ UNILEÃO)

Membro: (PROF. ME. DANIELLY PEREIRA CLEMENTINO/ UNILEÃO)

JUAZEIRO DO NORTE-CE

2021

ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR CASAIS HOMOAFETIVOS: A IMPORTANCIA DA JURISPRUDÊNCIA NA NOVA CONSTRUÇÃO FAMILIAR

Jaline Patrício Gino¹
Rafaella Dias Gonçalves²

RESUMO

No Brasil, ainda é visível o preconceito de grande parte da sociedade sobre o tema da adoção por casais homoafetivos, bem como os mitos que são criados acerca da influência que esses pais têm no futuro das crianças e adolescentes. Percebe-se que esse preconceito enraizado na sociedade, impede que crianças e adolescentes órfãs sejam criadas dentro de uma família homoafetiva, limitando seus direitos à proteção constitucional pelo Estado. Neste sentido, a presente pesquisa tem como objetivo analisar a importância da jurisprudência como instrumento facilitador da constituição das novas famílias na análise específica da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos. Metodologicamente, trata-se de uma pesquisa bibliográfica que será utilizada com o intuito de permear, através da literatura e de precedentes jurisprudenciais, uma abordagem atual sobre o tema de respaldo às novas famílias e à proteção da criança e do adolescente. Verificou-se paulatinamente a superação das barreiras nas decisões judiciais sobre a possibilidade adoção por casais homossexuais.

Palavras-Chave: Família homoafetiva. Adoção de crianças e adolescentes. Evolução jurisprudencial.

ABSTRACT

In Brazil, the prejudice of a large part of society on the topic of adoption by same-sex couples is still visible, as well as the myths that are created about the influence that these parents have on the future of children and adolescents. It is perceptible that this prejudice rooted in society prevents children and adolescents from being raised within a family, only because of prejudice and myths, limiting their rights to protection by the State, which must defend its rights in the first place. In this sense, this research aims to analyze the importance of jurisprudence as an instrument that facilitates the constitution of new families. Methodologically, it is a bibliographic research that will be used in order to permeate the main authors who addressed the most important concepts of this work. It was gradually verified the overcoming of barriers in court decisions on the possibility of adoption by homosexual couples.

Keywords: Homoafetive Family. Adoption of children and teenagers. Jurisprudential evolution.

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/Unileão-e.mail jaline.ja@hotmail.com

² Professora do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/UNILEÃO, Advogada, Pós-graduanda em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global pela PUCRS. Mestre em Direito - Área de Concentração: Constitucional pela Universidade de Coimbra. Ênfase em Direito à Saúde, Judicialização da Saúde e Acesso à Medicamentos. Bolsista visitante da Universidade de Salamanca e Sevilla, Espanha. rafaelladias@leaosampaio.edu.br

1 INTRODUÇÃO

É fato que as diversas mudanças ocorridas na configuração familiar ao longo da história vêm criando novos conceitos do termo família. Segundo Dias (2019), essas alterações não devem ser consideradas como uma ruptura da família tradicional, mas como um reflexo das constantes mudanças da sociedade. Entretanto, existem âmbitos que ainda não acompanharam esse percurso de novos contextos histórico e social, como é o caso da adoção de crianças por pares homoafetivos, onde há de se considerar os vários fatores intrínsecos, entre os quais se destaca o preconceito, que em muitos casos fundamenta atitudes violentas contra homossexuais.

São provocadas dúvidas quanto ao sadio desenvolvimento da criança devido a equivocada crença de que a falta de referências comportamentais de ambos os sexos possa acarretar sequelas de ordem psicológica e dificuldades na identificação sexual do adotado. É sempre questionado se a ausência de modelo do gênero masculino e feminino pode eventualmente tornar confusa a própria identidade sexual, havendo o risco de o adotado tornar-se homossexual. Também, causa apreensão a possibilidade de o filho ser alvo de repúdio no meio que frequenta ou vítima de chacota por parte de colegas e vizinhos, o que poderia lhe acarretar perturbações psicológicas ou problemas de inserção social. Esses fatores interferem diretamente no processo de adoção, frustrando-o ou deixando-o ainda mais lento (MALUF, 2015).

Segundo Pereira (2012), juridicamente há uma morosidade com relação ao tema da adoção de crianças, criando um problema que as impede de serem adotadas por famílias que estão dispostas a ama-las e cuida-las, principalmente quando essa família que pretende adotar é uma família homoafetiva.

No Brasil, ainda é visível o preconceito de grande parte da sociedade sobre esse tipo de adoção e os mitos que pairam acerca da influência que esses pais têm a respeito do futuro dessas crianças e adolescentes. De acordo com Pocahy (2016), o preconceito enraizado na sociedade impede que crianças e adolescentes sejam criados dentro de uma família homoafetiva, limitando seus direitos a proteção pelo Estado, em que este que deve defender seus direitos em primeiro lugar ao invés de julgar com base em princípios ultrapassados.

Neste sentido, a presente pesquisa tem por escopo abordar a importância da jurisprudência como instrumento facilitador da constituição das novas famílias, notadamente, a família homoafetiva, sob o ângulo da adoção de crianças e adolescentes por essas famílias.

Especificamente, objetiva-se prospectar a evolução histórica da família no ordenamento jurídico nacional; apresentar os elementos de omissão legislativa das demandas mapeadas e avaliar os caminhos da efetividade da jurisprudência no processo de adoção.

Pensar família é reconhecê-la como a busca da felicidade e a essência da vida dos sujeitos que a forma. Desta forma, a família - que é integrada por pessoas que, em comunhão com outras, com as quais se relacionam em virtude do afeto, mediante o esforço comum, objetivam alcançar a felicidade tanto individual, quanto o bem-estar do grupo em que se inserem, desde que pautados na solidariedade, na responsabilidade recíproca, na lealdade, na igualdade que, no final das contas - é o alicerce sobre o qual está construída qualquer forma de amor. (MORAIS, 2014).

Portanto, a pesquisa justifica-se pela contribuição para a isonomia em relação as entidades familiares, uma vez que todas devem ser apoiadas pelos princípios fundamentais e gerais do direito e, desse modo, contempladas pela constituição federal de 1988, bem como a proteção da criança e do adolescente. Também, possibilitará entender a importância da jurisprudência que em seus precedentes à luz da evolução social, vem se tornando uma importante ferramenta de nova construção familiar na perspectiva da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos.

2 AS NOVAS FORMAS DE CONSTRUÇÃO FAMILIAR E A UNIÃO HOMOAFETIVA

São inúmeras as transformações que a sociedade vem passando ao longo dos anos e a família, como a maior de todas as instituições sociais, está inserida neste processo de mudança, seja ela no âmbito também moral e jurídico. Neste sentido, faz-se necessário entender que esse conjunto de novas formas tende a ganhar cada vez mais força e dinamismo, e por este motivo deve ser amparado pelos princípios do direito, uma vez que é resultado da evolução natural da humanidade.

Em um período passado de curto tempo, pensar família era entender que sua formação se dava tão somente por um homem e uma mulher, a partir de uma união formalizada contratualmente, onde o papel central da mulher era cuidar da casa e dos filhos, enquanto a função central do homem era sustentar financeiramente a família.

Segundo Gueiros (2012), na perspectiva do patriarcado, os papéis do homem e da mulher e as fronteiras entre público e privado são rigidamente definidos; o amor e o sexo são

vividos em instâncias separadas, podendo ser tolerado o adultério por parte do homem e a atribuição de chefe da família é tida como exclusivamente do homem.

Ainda no contexto da formação familiar somente pelo homem e mulher, Pereira (2012, p. 34), enfatiza que “é interessante observar que o estudo da família, na área jurídica, esteve sempre estritamente ligado ao casamento, que a tornava legítima ou ilegítima, segundo os vínculos da oficialidade dados pelo Estado, ou mesmo pela religião”.

O rompimento dos paradigmas que envolvem o termo família se deu de forma lenta, porém foi marcado por revoluções em que a mulher ganhava novos papéis, que não fossem necessariamente ligados ao lar, como atividades agrícolas em que a mulher passava a contribuir com a subsistência familiar, iniciando a criação de novos dogmas em relação a igreja e a moral (GIORGIS, 2010).

Foi a partir de mudanças desse tipo que nasceu a necessidade de regulamentação jurídica a fim de apoiar as transformações até então carente de legitimidade para a nova forma de pensar a família.

A ideia de família, para o Direito brasileiro, sempre foi a de que ela é constituída de pais e filhos unidos a partir de um casamento regulado e regulamentado pelo Estado. Com a Constituição de 1988 esse conceito ampliou-se, uma vez que o Estado passou a reconhecer “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, bem como a união estável entre homem e mulher (art. 226). Isso significa uma evolução no conceito de família (PEREIRA, 2012, p 23).

Nesse sentido, Maria Berenice Dias mostra que:

Novas formas de convívio foram consagradas, o que produziu profunda revolução nas estruturas sociais. Foi emprestada juridicamente aos relacionamentos não socializados pelo matrimônio, bem como ao convívio intergeracional, ou seja, entre pais e seus filhos. Com a inserção, no conceito de entidade familiar, da união estável e do vínculo monoparental, rompeu-se a posição excessivamente privilegiada do casamento como base de formação e proteção da família (DIAS, 2019, p 65).

Com efeito, se for considerado somente o casamento, a união estável e a família monoparental como elementos fundantes de entidade familiar, desabrigará um enorme feixe de indivíduos, que destinam seus afetos a pessoas de sexos iguais ao seu.

Foi com esse pensamento que as mudanças seguiram, os grupos de LGBTQIA+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis, Queer, Questionando, Intersexo, Curioso, Assexuais, Pan e Polisssexuais, Amigos e Familiares, Two-spirit e Kink), começaram a protestar e pressionar o Estado pelo reconhecimento de um novo caminho para o conceito de família. Todas as movimentações, e principalmente após a restauração da democracia no Brasil, resultaram em uma melhor aceitação para famílias formadas por casais homoafetivos.

Segundo Giorgis (2010), a reivindicação do casamento “gay” não exprime simplesmente a aspiração, que seria o sinal de uma abdicação diante de modos de vida heterossexuais. Ela traria, também, caso se realizasse, uma mudança profunda na própria instituição, que não poderia mais ser a mesma que antes, e isso ainda mais que, se os gays podem hoje reivindicar o direito de a ela ter acesso, é porque já não é mais o que era. É a dessacralização do casamento que torna possível a própria reivindicação de que se deva abri-lo aos casais do mesmo sexo.

O reconhecimento de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo no Brasil (também chamadas de uniões homoafetivas) como entidade familiar, por analogia à união estável, foi declarado possível pelo Supremo Tribunal Federal em 5 de maio de 2011 no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132, apresentada pelo governador do estado do Rio de Janeiro. Desta forma, no Brasil, são reconhecidos às uniões estáveis homoafetivas todos os direitos conferidos às uniões estáveis entre um homem e uma mulher (MORAIS, 2014).

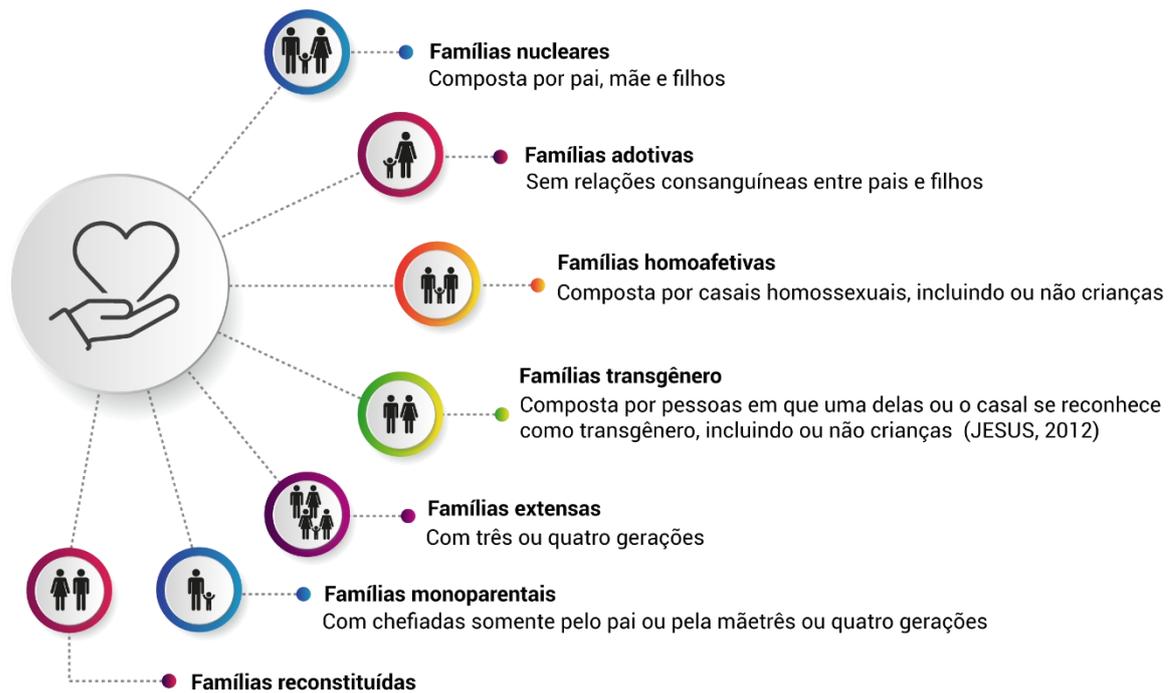
As transformações apresentadas até aqui refletem cada momento social à sua época, o que podemos inferir que a busca de uma sociedade cidadã, ciente de seus direitos, detentoras de poderes que visam eliminar a discriminação e as desigualdades sociais com a efetiva radicação da violência, tendo como princípio norteador a Dignidade da Pessoa Humana, é um sonho a ser conquistado, pois o homem é capaz de mudar suas ideias, concepções e seu destino, sendo capaz de transformar a realidade social que vive, pautado na Justiça, Liberdade e Cidadania, elementos essenciais a uma sociedade democrática de direito (GUEIROS, 2012).

É importante lembrar, que a sociedade contemporânea ainda resiste à ideia de que casais do mesmo sexo possam estabelecer relações estáveis e duradouras, por isso ainda não admite em sua plenitude, as consequências decorrentes de tais relacionamentos. Entretanto, vale destacar que os rompimentos das uniões não se dão pelo fato de ser pessoas do mesmo sexo, e sim por um conjunto de ações e reações que envolve um casamento, a prova é que os casamentos heterossexuais também se separam em intensidade próxima (MALUF, 2015).

2.1 TIPOS DE FAMILIAS E A FAMILIA HOMOAFETIVA

A figura abaixo apresenta os tipos de famílias que foram se construindo e se consagrando com o passar do tempo. Vale lembrar que não existe um modelo ideal de família e que os conceitos estão sempre em transformação.

FIGURA 1: Tipos de famílias



Fonte: Szymansky (2002).

Segundo dados do último censo demográfico do IBGE (2010), as diferentes estruturas familiares já ultrapassaram em 50,1% as famílias nucleares. Apesar desse aumento, não se quer dizer que a família nuclear está sendo eliminada. É necessário reconhecer que na verdade o que vem acontecendo é o surgimento de novos arranjos. Esses que foram se moldando de acordo com as transformações da sociedade.

Para Neder (1994) é fundamental entender o termo família em sua pluralidade, famílias no plural, buscando compreender a multiplicidade étnico-cultural que embasa a composição brasileira e como ela ainda pode se alterar a partir dos movimentos futuros.

Neste sentido, o IBGE passa a caracterizar a família como:

Conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência, residente na mesma unidade domiciliar, ou pessoa que mora

só em uma unidade domiciliar. Entende-se por dependência doméstica a relação estabelecida entre a pessoa de referência e os empregados domésticos e agregados da família, e por normas de convivência as regras estabelecidas para o convívio de pessoas que moram juntas, sem estarem ligadas por laços de parentesco ou dependência doméstica. Consideram-se como famílias conviventes as constituídas de, no mínimo, duas pessoas cada uma, que residam na mesma unidade domiciliar, domicílio particular ou unidade de habitação em domicílio coletivo (IBGE, p.20 2010).

Segundo Maluf (2015), já se avançou bastante quanto ao percurso e a construção familiar e estamos caminhando para a compreensão que a aceitação do casamento civil homoafetivo independe de lei específica, uma vez que a própria Constituição Federal não desautoriza, a despeito da observância a princípios, como o princípio da igualdade.

Ademais, também não há qualquer artigo do Código Civil que faça restrição de que casamento é privilégio dos heterossexuais. É de se ter em mente também que o reconhecimento do casamento homoafetivo não traria prejuízo a quem quer que seja. Ao contrário, visaria apenas estabelecer igualdade material e dignidade àqueles que possuem como objeto de seu desejo, pessoas de seu mesmo sexo.

Desse modo, o reconhecimento da união homoafetiva como família é apenas a consequência lógica de uma sociedade democrática, que tem por fim último a dignidade de cada pessoa, que deve ser respeitada em sua individualidade de forma integral e absoluta (POCAHY, 2016).

Nesse sentido, por força do já mencionado reconhecimento da união homoafetiva pelo STF, constituindo-se, inclusive, um feito histórico no Brasil: em 14 de maio de 2013, a resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acabou normatizando a possibilidade de casamento civil entre casais homossexuais.

Uma vez reconhecida a união homoafetiva como família, vale frisar o desejo pela afirmação familiar através de um filho, na maioria das vezes procurando pelo caminho da adoção ou até mesmo da barriga de aluguel. Quanto a esta via de escolha, quando o casal tem condições financeira para seguir todos os procedimentos em outros países, os valores altos limitam a iniciativa, o que direciona para o meio mais viável, que é o caminho da adoção (GUEIROS, 2012). Entretanto esse não é um caminho fácil, assim como poderemos ver no tópico quatro.

3 METODOLOGIA

A abordagem metodológica utilizada nesta pesquisa não se enquadra nos limites quer qualitativos, quer quantitativos; sua composição dá-se pela mescla desses dois a partir das fontes utilizadas pelo estudo. Fonseca (2002, p. 20) enaltece que “a utilização conjunta da pesquisa qualitativa e quantitativa permite recolher mais informações do que se poderia conseguir isoladamente”. Minayo (2010) expõe sobre a dificuldade de reconhecimento que a pesquisa qualitativa sofre. Dessa maneira, a autora sugere que é necessária a objetivação, ou seja, “processo de investigação que reconhece a complexidade do objeto”. (MINAYO, 2010, p. 62).

No intento de percorrer aos objetivos aqui propostos, foi utilizado dos instrumentos permitidos pelas pesquisas descritiva-exploratórias, uma vez que, segundo Gil (2008), as investigações de natureza descritiva objetivam descrever as características de determinadas populações e fenômenos. Nesse sentido, conforme o mesmo autor, as peculiaridades das pesquisas de cunho exploratório se voltam a tratar o problema com maior familiaridade, ou seja, explicitando-o.

Quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa bibliográfica foi utilizada com o intuito de permear os principais autores que abordaram sobre os conceitos mais capitais deste trabalho. Assim valendo, a pesquisa bibliográfica possibilita ao pesquisador desenvolver seu trabalho com base em materiais já elaborados, os quais se constituem principalmente de livros artigos e científicos (GIL, 2008). Ainda, para além da literatura, serão utilizados precedentes jurisprudenciais, através de abordagem atual sobre o tema de respaldo às novas famílias e à proteção da criança e do adolescente.

A presente pesquisa tem um corte nacional, o Brasil, oficialmente República Federativa do Brasil, é o maior país da América do Sul e da região da América Latina, sendo o quinto maior do mundo em área territorial (equivalente a 47,3% do território sul-americano) e sexto em população (com mais de 210 milhões de habitantes), conforme estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2018.

A pesquisa foi realizada em duas fases, a primeira persiste em um mapeamento de demanda judiciais em bases jurídicas nacional, tratando-se de decisões jurídicas sobre adoção por casais homoafetivos nos últimos 10 anos, as quais tiveram maiores repercussões ou representatividade perante a jurisprudência.

Posteriormente, foi realizada uma revisão sistemática da literatura científica nacional nas bases LILACS, PePSIC, SciELO e Portal Nacional BVS Brasil em Saúde, de 2010 a 2020.

A junção dessas duas fases foi capaz de mostrar a importância da jurisprudência na construção do direito à homoparentalidade, dada a omissão legislativa sobre o tema. Visa-se, assim, apresentar quais são as variáveis existentes no âmbito de tais decisões envolvendo a temática, e como elas podem operar negativa e positivamente na referida construção.

Os benefícios esperados com este estudo são no sentido de mostrar a realidade estadual quanto a adoção por casais homoafetivos, possibilitando a criação de um novo olhar para a problemática, bem como um incentivo para a criação de políticas públicas capazes de mitigar as barreiras que limitam esse tipo de adoção, bem como mostrar a nova forma e caracterização familiar e ajudar a levar informação e reduzir o preconceito.

4 PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL

Segundo Vecchiatti (2009), a adoção deve ser entendida como uma modalidade de filiação constituída no amor, gerando vínculo de parentesco por opção. Por este conceito, fica nítido que a relação construída entre os pais e o filho diverge do modelo pronto da família tradicional com filhos biológicos. A adoção vai além dos vínculos sanguíneos trazendo o afeto como elemento principal para a constituição de uma relação entre pais e filhos.

Neste sentido, dispõe o artigo 227, §5º da Constituição Federal do Brasil:

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

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

De acordo com o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (2020), o Brasil tem aproximadamente 4,9 mil crianças e adolescentes para a adoção. Registre-se que nesse número não está incluso o aumento progressivo decorrente da pandemia do COVID-19.

A legislação brasileira define critérios para que pessoas interessadas adotem. Cada estado apresenta sua especificidade no processo, mas alguns pontos são comuns, segundo a compreensão de Brauner:

A história da atenção a crianças/adolescentes no Brasil é testemunha que muitas práticas realizadas reproduziram, paradoxalmente, mais desamparo. Os antigos orfanatos, que na verdade acolhiam poucos órfãos, mas crianças e adolescentes que, em sua maioria eram advindos de famílias desamparadas socioeconomicamente, produziram mais distanciamento tanto de suas famílias de origem como de possíveis famílias que os pudessem receber em um lar substituto. Ocultava, portanto, dos olhos da sociedade aquilo que lhe era insuportável ver: a miséria, a desordem social e o desamparo (BRAUNER, 2009, p 54).

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, a adoção é uma medida excepcional e irrevogável de colocação de criança e adolescente em família substituta, que deve atender prioritariamente aos interesses do adotando. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no Registro Civil, mediante mandado, quando então será cancelado o registro original do adotando. As certidões de registro não poderão conter nenhuma observação sobre a adoção, conforme texto original do artigo 47, ECA.

O primeiro passo para quem quer adotar é procurar a Vara de Infância e Juventude (VIJ) da sua região, local em que a pessoa obterá informações específicas sobre o processo na sua comarca. Além disso, apresentará uma lista de documentos, como cópia dos documentos pessoais – CPF, identidade, certidão de casamento ou união estável (se for o caso) –, comprovante de residência, comprovante de bons antecedentes criminais e atestado de saúde física e mental (JURIS, 2010).

Após protocolar a inscrição, a pessoa, ou casal, deve participar de um curso de preparação psicossocial e jurídica voltada para adoção. Nesse curso, os candidatos a adotantes adquirem uma noção mais ampla da importância da preparação emocional de toda a família e de todas as mudanças que virão com a chegada de um novo integrante (BRASIL, 2021).

Em seguida é necessário se submeter a uma entrevista com psicólogos e assistentes sociais que assessoram o juiz da Infância e Juventude. Essa entrevista é feita para que o juiz, através de seus assessores, conheça melhor aquela família e as relações que são vivenciadas por ela. É também nessa etapa que os postulantes à adoção especificam o perfil da criança e do adolescente que querem adotar (BRASIL, 2021).

Por fim, o juiz será o responsável por aprovar ou não o nome daquela pessoa ou casal como candidatos a adotar uma criança ou adolescente. Em caso de aprovação do juiz, o nome da pessoa é incluído no Sistema de Adoção local e nacional. Ela poderá acolher uma criança tanto da comarca de seu domicílio como também em outras comarcas (BRASIL, 2021).

4.1 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Mesmo com toda a evolução social, recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro, que reconhece a união e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, dentre outros direitos até aqui, os quais deveriam servir como ponte para a liberdade da sociedade LGBTQIA+, infelizmente vê-se que para a mitigação do preconceito a essas pessoas, toda a notória evolução não foi suficiente. A discriminação e o preconceito, manifestado pela homofobia, é alarmante.

É sempre midiático notícias de violência em casais homoafetivos, tais como agressões físicas, humilhações e até morte. Com efeito, o desrespeito da sociedade faz com que os pares homoafetivos, às vezes, optem por não lutar por uma criança, seja através de inseminação científica ou processo de adoção. Isso, porque, existem muitos mitos, distorções e fantasiosas criações pejorativas relacionados aos filhos de pais homossexuais. Na verdade, nenhuma das “lendas” foi comprovada cientificamente como prejudiciais ao desenvolvimento de crianças e adolescentes adotadas por casais homoafetivos, pois seu fundamento é simplesmente pautado no preconceito (BARROSO, 2009).

Para Vecchiatti (2009), com a universalização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que embasa todos os demais direitos fundamentais, iniciaram-se as tentativas de garantir os direitos dos homossexuais. Nesse sentido, qualquer tentativa de impedir a adoção por casais homoafetivos, cairá por terra em razão da irradiação do princípio da dignidade. O fato é, o que deve ser questionado não é a sexualidade dos pais, e sim a possibilidade que o casal tem de dar amor e amparo educacional, afetivo e material ao menor.–

Neste contexto, fica claro que a ausência de lei que facilite a adoção homoafetiva é um dos maiores problemas para seu reconhecimento. Entretanto, também não existe qualquer norma que faça menção no sentido de impedir casais do mesmo sexo adotarem. Dessa forma, nos amparamos da ausência legislativa para afirmar a possibilidade da adoção por pares homoafetivos usando a máxima de que o que a norma não restringe não cabe aos intérpretes ou aplicadores do direito fazê-lo (BARROSO, 2009).

5 A JURISPRUDÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO

No caso da adoção por casais homossexuais, a referência legal à diversidade de sexos como requisito para união estável, é um argumento comumente utilizado como obstáculo aos pretensos pais ou mães. Apesar da proteção constitucional às diversas formas de entidades familiares arroladas no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, ainda existe grande resistência a aceitação da nova concepção de família e do pluralismo no direito de família (AZAMBUJA, 2020).

A lei pode ser incompleta, mas o ordenamento jurídico não é. Diante das lacunas da lei, o intérprete recorre aos costumes, princípios e analogia (art. 4º, LICC e art. 126, CPC). Nesse momento, a interpretação e demais métodos de integração podem ser utilizados para fins de inclusão, conferindo efetividade aos princípios e normas existentes em nosso ordenamento jurídico, ou exclusão, quando alegadas lacunas legais são utilizadas para legitimar o preconceito (BRAUNER, 2018). Logo, na ausência legislativa, a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais depende tão somente da interpretação e dos valores do julgador (AZAMBUJA, 2020).

As características encontradas no texto legal (exemplo: homem e mulher), permitem as interpretações restritivas, utilizadas como argumentos que servem para encobrir o preconceito e excluir os modelos familiares não aceitos por parte da sociedade. Tais interpretações, desconsideraram por muito tempo aos casais homoafetivos, princípios como o da igualdade e dignidade a pessoa humana. Felizmente, verifica-se a paulatina superação destas barreiras, nas inéditas decisões judiciais sobre a possibilidade adoção por casais homossexuais, as quais merecem registro (AZAMBUJA, 2020).

Estas decisões reconhecem a união estável homossexual no âmbito do direito de família, com amparo nos princípios da dignidade, igualdade, e livre orientação sexual. Reconhecem, ainda, que o deferimento da adoção está em consonância com o princípio do interesse superior da criança, pois inexistente qualquer prejuízo ao adotando criado por casal do mesmo gênero, conforme comprovam inúmeros laudos interdisciplinares.

Utiliza-se a interpretação extensiva do artigo 226, da Constituição Federal, que permite o entendimento que o rol das famílias protegidas constitucionalmente é exemplificativo, incluindo-se outras entidades familiares, além daquelas arroladas no texto legal, e o recurso à analogia, para estender às uniões homossexuais, os direitos já garantidos às uniões heterossexuais, como, por exemplo, a adoção (BRAUNER, 2018).

Com efeito, a primeira decisão judicial favorável à adoção feita por casal homoafetivo no Brasil realizou-se em Catanduva, São Paulo, no ano de 2005. Domingos, permitiu que dois homens que já conviviam há mais de dez anos em união afetiva estável, se inserissem ao cadastro de pessoas ou casais habilitados à adoção em 2004. Cabe frisar que desde o ano de 1998, quando o pedido judicial havia sido negado, ambos tentavam se inserir no referido grupo de espera pela adoção (VIEIRA, 2014).

Já o ano de 2010, na cidade de Bagé, Rio Grande do Sul, o Franco, Juiz da Infância e da Juventude, possibilitou a adoção de dois menores por duas mulheres que viviam em união homoafetiva estável há mais de oito anos. Anteriormente, uma delas já havia conseguido a adoção dos menores, o que gerava a criação de fato das crianças pelas duas mulheres. Esta decisão ensejou o acórdão presente no Informativo nº 432 do Superior Tribunal de Justiça, que foi importantíssimo para a consolidação da jurisprudência pátria favorável a adoção homoafetiva, qual seja:

"MENORES. ADOÇÃO. UNIÃO HOMOAFETIVA. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. (art. 43 do ECA).

No mesmo sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da jurisprudência:

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 (artigo 227, da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº. 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).

Em 2013, a 3ª Turma do STJ (Superior Tribunal de Justiça) garantiu a adoção unilateral de uma menina por um dos cônjuges de uma união homoafetiva. A filha do casal foi gerada por inseminação artificial e o registro adotivo permitiria que o casal compartilhasse a condição de mãe da criança. A Andriahi, destacou em seu voto que o ordenamento jurídico brasileiro não condiciona o pleno exercício da cidadania à orientação sexual das pessoas. “Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e a todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza”, disse ela. Ponderou, ainda, voto que a situação, “se não equalizada convenientemente, pode gerar – em caso de óbito do genitor biológico – impasses legais, notadamente no que toca à guarda dos menores, ou ainda discussões de cunho patrimonial, com graves consequências para a prole” (ECA, Recurso Especial 148.897, 2013).

Já no ano de 2010, considerando a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva como um núcleo familiar como qualquer outro, a ministra do STF (Supremo Tribunal Federal), Lúcia, manteve decisão que autorizou um casal gay a adotar uma criança, independentemente da idade. O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal após o MPE-PR (Ministério Público do Estado do Paraná) questionar o pedido de adoção feito pelo casal em 2006. O MPE-PR queria limitar a adoção a uma criança com 12 anos ou mais, para que esta pudesse opinar sobre o pedido. A Justiça do Paraná negou o pedido do Ministério Público. De acordo com o acórdão do Tribunal de Justiça estadual, se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê (ROVER, 2015).

Ainda a despeito da decisão anterior, a Ministra Lúcia, negou recurso do MPE-PR e argumentou que o conceito de família não pode ser restrito por se tratar de casais homoafetivos. No entendimento de Cármen Lúcia, o conceito de família, com regras de visibilidade, continuidade e durabilidade, também pode ser aplicado a pessoas do mesmo sexo, justificando que o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. (RITCHER, 2016)

Nos últimos anos, os Tribunais brasileiros têm enfrentado constantes discussões sobre o reconhecimento de direitos dos homossexuais. Primeiramente, a exemplo da evolução dos direitos dos companheiros heterossexuais, reconheceu-se às uniões entre pessoas do mesmo gênero, apenas efeitos patrimoniais, com fundamento no direito obrigacional. As primeiras decisões favoráveis às uniões homossexuais no âmbito de direito de família, referem-se à

delimitação da competência das varas de família para o julgamento sobre uniões homossexuais e questões previdenciárias, julgadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (AZAMBUJA, 2020).

Dentre os direitos dos casais homossexuais, o ponto de maior resistência sempre foi a adoção, por envolver um terceiro - criança ou adolescente - com interesses que devem ser privilegiados. Sob a alegação de infringência ao princípio do melhor interesse da criança, o preconceito prevaleceu por muito tempo. Contudo, esse argumento sucumbiu aos resultados dos estudos interdisciplinares que demonstraram que a orientação sexual dos genitores não gera

qualquer prejuízo aos adotandos. Mas havia outro empecilho a ser superado: a lei sobre adoção, cuja interpretação dominam e levava à exclusão da possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais (BRAUNER, 2018).

Evidencia-se, portanto, que apesar de não regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, por omissão legislativa, a jurisprudência, em crescente evolução, e sobretudo atualmente, aceita a possibilidade de adoção por casais homoafetivos levando em conta o melhor interesse do menor. Dessa forma, os tribunais brasileiros estão se despidendo do preconceito que ainda persiste na sociedade, proporcionando uma vida digna e com mais oportunidades às famílias homoafetiva e a tantas crianças e adolescentes abandonados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa foi capaz de identificar que a defesa da manutenção do modelo tradicional de família não possui outra fundamentação, senão o preconceito, de modo que persistir a adoção, no modelo único da família biológica, formada por casal heterossexual, é retroceder e não permitir a irradiação de princípios gerais e fundamentais – como à igualdade material e dignidade da pessoa humana – aos casais homoafetivos e aos menores. Por isto faz-se necessário a compreensão e aceitação das formas contemporâneas de construção familiar de maneira extensiva à família homoparental.

Felizmente, verifica-se paulatinamente a superação de barreiras como estas, nas decisões judiciais sobre a possibilidade adoção por casais homossexuais. Decisões estas que reconhecem a união estável homossexual no âmbito do direito de família, com amparo nos princípios da dignidade, igualdade, e livre orientação sexual. Os tribunais vêm reconhecendo, ainda, que o deferimento da adoção está em consonância com o princípio do interesse superior

da criança, pois inexistem qualquer prejuízo ao adotando criado por casal do mesmo gênero, conforme comprovam inúmeros laudos interdisciplinares.

Em razão da omissão legislativa, como método hermenêutico, os magistrados utilizam a interpretação extensiva do artigo 226, da Constituição Federal, que permite o entendimento que o rol das famílias protegidas constitucionalmente é exemplificativo, incluindo-se outras entidades familiares, além daquelas arroladas no texto legal, e o recurso à analogia, para estender às uniões homossexuais, os direitos já garantidos às uniões heterossexuais, como, por exemplo, a adoção.

Entende-se que as principais limitações encontradas para o processo contínuo, igualitário, e legal em adoção por casais homossexuais é unicamente o preconceito. Pensar a adoção sem compreender as novas formas de construção familiar, é, antes de mais nada, excluir a possibilidade de uma criança ter um lar, conforto e principalmente, ter amor.

Neste contexto, a jurisprudência ganha um papel cada vez mais importante na aplicação e reconhecimento das leis e necessidades da população, ainda não contempladas na legislação, como processo necessário no âmbito sociológico, histórico, jurídico e político. Neste sentido, os Tribunais Estaduais e o Brasil deram um grande passo para o reconhecimento da possibilidade da adoção por casais homossexuais. Precedentes importantes, pois, para que em um futuro breve, haja alteração legislativa que contemple a omissão legal no campo da adoção de crianças e adolescentes pela família homoparental.

REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, M, R, F. **A criança no novo Direito de Família. In Direitos Fundamentais do Direito de Família.** Coord. Belmiro Welter e Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria Do Advogado Editora, 2020.
- BARROSO, L, R. **Diferentes, mas iguais:** o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br> acessado em 17 jul. 2020.
- BRASIL. **Agência Brasil**, A adoção no Brasil, 2020.
- BRAUNER, M, C, C. **A releitura da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral a infância e adolescência.** In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, 2018.
- CF. Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed.
- DIAS, M B. **União Homoafetiva.** O preconceito & a justiça. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 126.
- ECA. **Limite imposto pelo ECA para adoção póstuma é superado em decisão do STJ.** Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2014-2-daniela-m-ribeiro-adocao-por-casal-homoafetivo-no-direito-brasileiro>, acessado em 17 maio. 2021.
- FONSECA, J. S.; MARTINS, G. A. **Curso de estatística.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GIORGIS, J, C, T. **Direito de Família Contemporâneo,** Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.
- GUEIROS, D.A. **Família e proteção social:** questões atuais e limites da solidariedade familiar. Revista Serviço Social e Sociedade, São Paulo, ano 21, n. 71, p.103-121, set. 2002.
- IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística:** Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, volume 31. 2010, Brasil.
- MALUF, A, C, R, F, D. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade,** ed. Atlas, São Paulo, 2015.
- MINNAYO, L. C. B. B.; ET. AL. **O subsetor de edificações da construção civil no Brasil:** uma análise comparativa em relação à União Europeia e aos Estados Unidos. Produção, v. 19, n. 2, maio/ago. 2010, p. 388-399.
- MORAIS, M, A, V. **Direito de família.** 2ºed. Rio de Janeiro. 2014. p. 234.
- NEDER, G. **Ajustando o Foco das Lentes: um novo olhar sobre a organização das famílias no Brasil.** In: KALOUSTIAN, S.M. (Org.). FAMÍLIA BRASILEIRA: a base de tudo. 2 ed. São Paulo, SP (Brasil): Editora Cortez, Brasília, DF: UNICEF, 1994. p. 26-46
- PEREIRA, R, C. **Direito de família:** uma abordagem psicanalítica. 4ºed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

POCAHY, F; OLIVEIRA, R e IMPERATORI, T. **Cores e dores do preconceito:** entre o boxe e o balé, in Homofobia e Educação, Brasília: ed. UNB, 2016.

SZYMANSKI, H. **Viver em família como experiência de cuidado mútuo:** desafios de um mundo em mudança. Revista Serviço Social e Sociedade, São Paulo, ano 21, n. 71, p. 9-25, set.2002.

VECCHIATTI, P, R, I. **Manual da Homoafetividade**, ed.. Método, Rio de Janeiro, 2009.