

O RECONHECIMENTO DA ENTIDADE FAMILIAR HOMOAFETIVA E O INSTITUTO DA ADOÇÃO

THE RECOGNITION OF THE HOMOSEXUAL FAMILY ENTITY AND THE ADOPTION INSTITUTE

Alessandro Freitas de Faria¹
Floribal de Souza Del'Olmo²

Sumário: Introdução. 1. União estável homoafetiva. 1.1. Decisão do Supremo Tribunal Federal. 1.2. A decisão e o reconhecimento da entidade familiar homoafetiva. 2. Adoção. 2.1. Adoção Internacional 2.2. Família natural e substituta. 2.3. Interesse da criança e vínculo afetivo. 2.4. Possibilidade de inserção da criança e do adolescente na nova entidade familiar. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente artigo se propõe a fazer uma correlação entre a decisão do Supremo Tribunal Federal, de 5 de maio de 2011, que reconheceu a união homoafetiva como unidade familiar, com os ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Lei Nacional de Adoção, que remete à interpretação dos conceitos de família natural e família substituta. Trata-se de uma análise, cujo objeto é a possibilidade de inserção de criança e adolescente, por meio do instituto da adoção, na nova entidade familiar, que agora se fortalece com a decisão da corte suprema. O estudo mostra apontamentos importantes acerca de conceitos e da legislação pertinente, aliadas ao referido julgado do Supremo Tribunal Federal. O desenvolvimento se dá sobre conceitos de família e os interesses intrínsecos da criança, aliados ao vínculo afetivo, até se chegar aos efeitos do entendimento do STF em relação à adoção por casais do mesmo sexo, seja o menor adotando nacional ou estrangeiro. Por consequência, tornou-se concreta e juridicamente possível a inserção da criança e do adolescente na nova entidade familiar.

Palavras-chave: Adoção. União homoafetiva. Entidade familiar.

Abstract: This article seeks to make a correlation between the Brazilian Supreme Court's decision that recognized the union between same-sex couples as a family entity, the provisions of the Child and Adolescent Statute and the Brazilian National Adoption Law, which takes into account the interpretation of the concepts of "natural family" and "substitute family". The objective of this analysis is to assess the possibility of insertion of a child or adolescent in this new family entity. The study highlights important passages from the constitution and relevant laws, in addition to the aforementioned Supreme Court decision. The possibility of adoption by same-sex couples is analyzed in the light of the concepts of family and best interest of the child, in addition to the affective bond, as well as the effects of the Supreme Court's decision. This article will conclude by suggesting that the Supreme Court's decision made adoption by same-sex couples legally possible.

Keywords: Adoption. Same sex-couples. Homosexual family institute.

Introdução

Em 5 de maio de 2011 os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, reconheceram como entidade familiar a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

A discussão do tema se desenvolveu em torno do art. 1.723 do Código Civil, que não admitia explicitamente o reconhecimento de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e o art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, que veda qualquer tipo de discriminação. A Corte decidiu reconhecer como entidade familiar a união homoafetiva, fato que assume relevância jurídica, pelo seu efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo gera consequências jurídicas na vida civil desses cidadãos, como direito à herança e possibilidade de adoção por esse casal. No que concerne à adoção, faremos uma relação entre a referida decisão do Supremo Tribunal Federal e a Lei Nacional de Adoção, Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, sob o prisma do direito fundamental à convivência familiar, do qual, após impossibilidade de permanência na família natural, o menor pode ser

1 Especialista em Direito Processual Civil (UFAM) e em Direito Militar (UCB). Assessor Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Professor, convidado, na Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

2 Mestre e Doutor em Direito. Professor no Curso de Mestrado em Direito da URI, Santo Ângelo, RS. Professor convidado da UFAM, da UFSC e da UFRGS. Autor de obras jurídicas.

inserido em família substituta, e, agora, também em família substituta homoafetiva brasileira ou estrangeira.

A relevância da abordagem se justifica pela relação dos temas da união homoafetiva e os ditames da Lei Nacional de Adoção, com as crianças e adolescentes que são sujeitos desses direitos e o princípio da proteção integral, emergente da Carta Magna, que não mais diferencia os filhos adotivos dos consanguíneos.

A possibilidade jurídica legal da adoção pela nova entidade familiar vincula-se à exigibilidade do vínculo afetivo, verificando se o melhor interesse da criança na sociedade, objetivo da mencionada lei, pode ser encontrado com sua inserção nessa nova relação familiar.

1 União estável homoafetiva

1.1 Decisão do Supremo Tribunal Federal

A presente abordagem remete-se a 5 de maio de 2011, quando a corte suprema do judiciário brasileiro se reuniu para decidir sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, advinda da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178. A ação objetivou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, bem como que os direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A ADPF 132, ajuizada pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, afirmava que a falta de reconhecimento da união homoafetiva contrariava os preceitos fundamentais da igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, inseridos na Constituição Federal. Sob tal argumento, requereu que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse o regime da união estável, constante no art. 1.723 do Código Civil, às uniões de casais de mesmo sexo, assim como se posicionasse sobre igual união, diante do art. 33 – I, X e parágrafo único³ – do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, o qual disciplina direitos previdenciários e assistenciais aos familiares dos funcionários civis estaduais. Alegava-se, ainda, que aquela situação, com sentenças conflitantes no Estado e em todo o País, estava em desacordo com o princípio constitucional da segurança jurídica. O governador afirmava ter interesse na ação porque no Estado existia grande número de servidores que são parte em uniões homoafetivas estáveis.

A outra ação, intentada pela Procuradoria-Geral da República, foi ajuizada em julho de 2009. O pedido era semelhante: que o STF declarasse obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e, conseqüentemente, que os direitos de casais heterossexuais fossem estendidos aos casais homossexuais. O processo, de 322 páginas, tramitava sob responsabilidade da Ministra Ellen Gracie até março de 2011, quando foi redistribuído para o Ministro Ayres Britto, por tratar de tema semelhante ao que já estava sendo por ele analisado.

O Ministro Carlos Ayres Britto, que passou a ser o relator do processo, emitiu o primeiro voto favorável ao reconhecimento da entidade familiar por pessoas do mesmo sexo, voto que foi acompanhado pelos ministros Luiz Fux, Carmem Lúcia, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello e Antonio César Peluzo. Votaram com ressalvas os ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. O Ministro Lewandowski divergiu dos demais Ministros, não admitindo a classificação da união homoafetiva como união estável, em vista do disposto no texto constitucional e por entender ter sido esta a efetiva vontade do legislador. Interpretou ainda que se tratava de uma nova modalidade de entidade familiar, não prevista no rol constante do artigo 226 da Constituição Federal, que poderia ser deduzida a partir de uma leitura sistemática da Carta Magna, com fundamento na materialização dos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade, não discriminação por orientação sexual e preservação da intimidade. Relembrou, outrossim, que as uniões entre pessoas do mesmo sexo constituíam uma realidade fática e não estavam proibidas pelo ordenamento jurídico, devendo ser reconhecidas pelo Direito.

Assim como o Ministro Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes também entendeu existir uma lacuna legal, devendo esta ser suprida por meio da aplicação analógica do texto constitucional, acompanhando, dessa forma, o voto do Min. Ayres Britto, em relação ao resultado das ações, mas apresentando divergências de fundamentação.

Com a mencionada decisão, passou-se a analisar com mais propriedade os fundamentos e objetivos da Lei Nacional de Adoção, a Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009 – que alterou vários

³ Art. 33. Parágrafo único. A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam as suas expensas.

dispositivos do ECA –, bem como a possibilidade jurídica e legal de sua aplicação à reconhecida entidade familiar homoafetiva.

Em um primeiro momento, cumpre recordar que a adoção foi recepcionada em nosso ordenamento jurídico com o Código Civil de 1916. Denominada adoção simples, era feita por escritura pública, destinava-se a menores e maiores, os adotantes não podiam ter filhos e o vínculo de parentesco se restringia ao adotante e ao adotado. Em 1965, com a Lei n. 5.655, surge a legitimação adotiva, realizada por decisão judicial, a qual, em 1979, com o Código de Menores (Lei n. 6.697) é substituída pela adoção plena, embora fosse mantido o mesmo princípio norteador. Outrossim, o vínculo de parentesco se estende à família dos adotantes, com o que o nome dos ascendentes passa a constar no registro de nascimento do adotado, o que independe de consentimento dos avós. (Dias, 2009, p. 433-434). A legislação continuou evoluindo, consolidando-se com o Código Civil brasileiro de 2002, bem como com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a própria Constituição Federal de 1988 e a Lei 12.010/2009.

Essas normas, de caráter geral e específico, disciplinaram a matéria, tornando mais célere o processo de adoção no País, principalmente com a Lei Nacional de Adoção, que possibilitou que solteiros adotem, desde que consigam prover a educação, moradia e assistência necessária ao adotando, bem como alterou o art. 19 do ECA, cujo parágrafo primeiro⁴ determina a reavaliação do processo de adoção semestralmente. No que tange à adoção por estrangeiros, modificou-se o tempo de convivência mínimo, que passou a ser de trinta dias, independente da idade da criança. Nesse contexto, é lícito entender que a decisão do Supremo Tribunal Federal, de maio de 2011, amplia a abrangência da Lei Nacional de Adoção aos casais do mesmo sexo.

1.2 A decisão e o reconhecimento da entidade familiar homoafetiva

Nas palavras do Ministro Antônio Cezar Peluso (STF, 2011), então Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao emitir o último voto que reconheceu as relações homoafetivas como entidade familiar, o julgamento foi um marco histórico, “um ponto de partida para novas conquistas”.

A decisão tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*: vinculante em relação à obrigatoriedade do respeito nos julgamentos por instâncias inferiores e pela administração pública, e eficácia *erga omnes*, por se aplicar a todas as pessoas. Com base nos princípios constitucionais que tratam do direito de família, dispostos já no preâmbulo da Carta Magna, em seu artigo 1º, III, a decisão tem efeito vinculante.

Segundo Camargo (2006), faz-se necessário, *ab initio*, distinguir a *eficácia erga omnes* (força de lei) do *efeito vinculante*, pois, apesar de serem institutos afins, não são idênticos. O professor segue o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, de que a eficácia *erga omnes* se refere à parte dispositiva da decisão em controle concentrado, ou seja, somente nos termos que justificam o porquê da decisão, enquanto o efeito vinculante, cujo objetivo é conferir maior eficácia às decisões do STF, assegura “força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos* ou *motivos determinantes*”.

O Ministro complementa afirmando que, no que se refere às *normas paralelas*, o *efeito vinculante* tem o condão de impedir a aplicação de uma lei do Estado B ou C se uma lei de conteúdo semelhante do Estado A for declarada inconstitucional. O mesmo já não ocorre com a eficácia *erga omnes*.

A dignidade da pessoa humana, princípio maior que dá fundamento ao Estado Democrático de Direito, consiste no valor nuclear sobre o qual se alicerçou a ordem constitucional estabelecida. Trata-se de um “macroprincípio”, do qual emanam todos os demais princípios éticos, cujos efeitos incidem sobre todo o ordenamento jurídico, já que este deve sempre submeter-se à ordem constitucional. (Dias, 2009, p. 61).

A existência de inúmeros julgados por todo o País, uns concedendo a adoção aos casais do mesmo sexo e outros a negando, conduziu a questão da homoafetividade à votação da corte suprema. Nesse contexto, Iolovitch e Machado (2010, p. 308), ao disporem que as entidades familiares

⁴ ECA, art. 19, § 1º: Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

homoafetivas têm recebido um tratamento digno e respeitoso por vários tribunais, no que tange à adoção por casais homoafetivos, entendem que estão sendo reafirmados os direitos previstos pelo princípio da dignidade humana e pela isonomia.

A decisão do STF também se baseou no capítulo que trata da família, na Constituição Federal, que estabelece, no art. 226 e seus parágrafos, a pluralidade de entidades familiares, deixando o casamento de ser a única forma de constituição familiar, de modo a proteger igualmente a família formada pela união estável e a família monoparental.

Com base na decisão em estudo, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de 25 de outubro de 2011, Recurso Especial nº 1.183.378 – RS (2010/0036663-8), sendo relator o Ministro Luis Felipe Salomão, reconheceu o direito de duas pessoas do mesmo sexo habilitarem-se ao casamento. Pela pertinência, inserimos a Ementa:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF.

No Acórdão o relator, consignou: “.. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo 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”.⁵

Oliveira Filho (2011, p. 139-141) afirma que o art. 226 da Carta Magna incluiu a união estável de forma não exclusiva no rol de entidades familiares, vislumbrando, então, ser juridicamente possível a aplicação dos requisitos do companheiro heterossexual às uniões entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista ser a orientação sexual uma prerrogativa da dignidade humana.

Com o reconhecimento da união homoafetiva vieram à tona as objeções já existentes, principalmente porque a união de casais do mesmo sexo é vedada expressamente pela Igreja Católica e por grupos evangélicos, entre outros credos. A religião católica, que foi a oficial durante o Império, ainda exerce influência no meio social. Por outro lado, a relevância do estado democrático de direito em um país laico, sem religião oficial, ultrapassou o entendimento religioso, sob o fundamento de se alcançar a defesa da dignidade humana, constante na lei maior. Acentue-se que o Estado Democrático de Direito consiste no respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais.

As aversões mencionadas, segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 61), ocorrem pela resistência causada pela crença de que a criança que não possui referências comportamentais de ambos os sexos terá sua identidade sexual alterada, de forma a seguir o exemplo dos pais, suscitando-se dúvidas quanto ao sadio desenvolvimento desse menor. Referem-se, ainda, problemas que ele poderia enfrentar no ambiente escolar, sequelas de ordem psicológica, dificuldades na sua identificação sexual e obstáculos na Lei dos Registros Públicos (p. 446-447). É sempre questionado se a ausência de modelo dos gêneros masculino e feminino pode tornar confusa a própria identidade sexual do menor.

Posicionamento correto ou não, reconheceu-se como entidade familiar a união de casais do mesmo sexo sob o aspecto de que a família patriarcal e a monoparental se fundavam no afeto. Pela mesma razão, parte-se do princípio de que qualquer união, pautada no respeito e na comunhão de vida, preenche os requisitos constitucionais em vigor quanto ao reconhecimento de entidade familiar, consagrando-se, então, as uniões homoafetivas como tal. Esse reconhecimento significa dar direitos iguais a todos os casais, consagrando o princípio da isonomia do Estado.

Por consequência, com a admissão do direito de se reconhecer a união estável homoafetiva e, de forma não contraditória ao julgado, os cartórios de registros públicos, desde o final de maio de 2011, de acordo com a decisão da corte, passaram a lavrar escritura pública de união estável homoafetiva a qualquer casal residente no Brasil. Os brasileiros residentes em outros países, por seu turno, podem buscar essa declaração nos Consulados do Brasil ou nos setores consulares das Embaixadas brasileiras no exterior.

⁵Site: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000366638&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 12 jun. 2012.

2 Adoção

O instituto da adoção está albergado no Direito brasileiro essencialmente em três ordenamentos: a Constituição da República, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Nacional de Adoção.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 227, que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito à liberdade e convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo, de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/1990), por sua vez, estabeleceu no art. 4º os mesmos direitos constantes da Carta Magna e acrescentou, dentre outras disposições específicas e fundamentais, que toda a criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substância entorpecente. No que tange à temática que estamos estudando, aduz Maria Berenice Dias que “diante do conceito aberto de família substituta (ECA 28⁶), nada impede que duas pessoas adotem, independentemente da identidade sexual”. (Dias, 2009, p. 446-447).

Dessa forma, prioriza-se que a criança permaneça em sua família original, diferentemente de épocas antigas, quando, ao perceber a família “desestruturada” na qual se encontrava tal criança, o Estado a remetia a instituições de caridade, não se preocupando com os traumas e possíveis consequências a ela acarretados (Custódio, 2009, p. 50).

A Lei Nacional de Adoção dispôs sobre o tema, alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente, revogando dispositivos do Código Civil de 2002 e da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT). Além de outras providências, aperfeiçoou o sistema de garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, acrescentando, em seu art. 1º, § 1º, que a intervenção estatal será voltada para a promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer. Ressalva, contudo, a absoluta impossibilidade, ocasião em que esses menores serão colocados sob adoção, tutela ou guarda, buscando-se que eles se submetam a um poder familiar, observadas as regras constitucionais.

2.1 Adoção Internacional

A adoção de crianças brasileiras por estrangeiros é regida pelo ECA e demais tratados internacionais ratificados no Brasil. Os artigos 42 e 46 e seus parágrafos do mencionado Estatuto são a regra específica e foram alterados pela constância da Lei 12.010/2009.

Foi retirada a ressalva de que a criança tivesse mais de um ano de idade para ser adotada, de forma que, atualmente, os requisitos são iguais para todos os casos, não importando a idade do menor brasileiro posto em adoção. Enfatize-se que famílias brasileiras têm prioridade na adoção, que será concedida a cidadãos estrangeiros quando inexistirem brasileiros em condições de adotar.

Quanto ao tempo de convivência, que era de no mínimo 15 dias para crianças de até dois anos e de, no mínimo, 30 dias para crianças acima dessa idade, também foi modificado, passando a ser de trinta dias, independente da idade da criança. Nesse sentido, a nova redação do parágrafo segundo, ora constante no parágrafo terceiro, hoje dispõe que a adoção para casais residentes ou domiciliados fora do Brasil, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, é de no mínimo 30 dias. Portanto, o juiz da Infância e da Juventude, responsável pela adoção, estipulará o prazo de convivência que entenda razoável para cada caso concreto, de forma a garantir um bom relacionamento entre adotante e adotando, por se tratar de um período de adaptação e de formação de vínculos de afinidade e afetividade. No mais, as regras da lei específica (ECA) permanecem vigentes no que se refere à adoção de estrangeiros.

Del'Olmo (2006, p. 40-43) afirma que o estatuto exige documentação do adotante estrangeiro, expedida por autoridade de seu país, inclusive com o estudo psicossocial elaborado por agência especializada e para tanto credenciada. Tais documentos deverão estar legalizados pela autoridade

⁶ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

consular ou diplomática brasileira naquele Estado e traduzidos para o português por tradutor público juramentado, conforme o art. 224 do Código Civil, o art. 148 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e o Decreto nº 84.451, de 31 de janeiro de 1980.

Acrescenta que a capacidade para o estrangeiro adotar menor brasileiro será a lei de domicílio do adotante. A capacidade para ser adotado é a lei de domicílio do adotando. A forma é pela lei do lugar do ato, *lex locus actum*. Quanto aos efeitos, a lei do domicílio do adotante. Por fim, Del'Olmo entende que o menor brasileiro adotado por estrangeiro passará a ter dupla nacionalidade, jamais perdendo a nacionalidade brasileira, pois, embora seja cancelado o assento original, no novo registro que se lavra, em nome dos adotantes, os dados objetivos do antigo registro (local, data e horário do nascimento) são mantidos. Trata-se de prerrogativa benéfica ao adotado, pois, no futuro poderá, se lhe aprouver, gozar dos direitos assegurados aos brasileiros natos.

Nesse contexto, nada obsta a adoção por casais homoafetivos não residentes no Brasil ou de nacionalidade estrangeira. Primeiro, porque a lei não veda, e segundo, porque a decisão do STF, como já afirmado, possui efeito vinculante em relação a todos os atos praticados pela administração pública e pelo poder judiciário, em decorrência do reconhecimento da nova entidade familiar.

2.2 Família natural e substituta

O conceito de família natural está disposto no art. 25 do ECA e compreende a comunidade formada pelos pais, ou somente um deles e seus descendentes, além de pontuar que os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais de forma harmônica ou separada, no termo de nascimento.

O outro conceito, de família substituta, advém do art. 28 do Estatuto e pressupõe que a criança ou adolescente será colocada nessa família, mediante tutela, guarda ou adoção. Os parágrafos desse artigo prescrevem que o menor em processo de adoção deverá ser previamente ouvido e sua opinião devidamente considerada. Ademais, para a apreciação do pedido se levarão em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou afetividade, a fim de diminuir as consequências da medida, de modo a se observar um ambiente familiar adequado, mediante autorização e compromisso judicial.

Ribeiro, Santos e Souza (2012, p. 32-33) afirmam que família natural compreende o ambiente ou espaço social preenchido por pessoas ligadas entre si pela comunhão de identidade genética ou por força de parentesco consanguíneo. Definem também a família, que denominam de extensa ou ampliada, como família natural considerada em uma perspectiva vasta e densa, superando o núcleo restritivo formado pelos pais e filhos ou somente pelo casal. A *família extensa* alcança o ambiente formado pelos pais e por parentes com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. A expressão do legislador – vínculos de afetividade – evidencia a perspectiva na qual a família deve ser compreendida: pessoas que se deixam afetar umas pelas outras e se ligam por esse laço de afetividade.

Acrescenta, ainda, que família substituta é a que se forma, excepcionalmente, como sucedâneo da família natural, quando esta se desfaz ou deixa de ser ambiente adequado para a criança ou adolescente. O alcance definido pela lei, manifesta-se por meio dos institutos da guarda, tutela ou adoção, após procedimento judicial próprio.

2.3 Interesse da criança e vínculo afetivo

O vínculo afetivo é o direito contrário ao abandono moral, é o *direito material* de se obter carinho e reconhecimento como filho, mesmo que não o seja de fato, de forma que não se admite a troca do afeto pelo dinheiro. Paira aqui a amplitude do princípio da afetividade nos tribunais, de modo que o pressuposto para que se emane afeto não é sempre o grau de parentesco ou a escolha sexual dos pais. É nesse sentido que se discute a aceitação de adotandos no seio da nova entidade familiar homoafetiva, mantida sob os aspectos objetivos da união estável homoafetiva, já admitida em nosso ordenamento jurídico.

O vínculo afetivo vai além: quando estabelecido entre criança ou adolescente e padrasto ou madrasta, pode-se chegar ao ponto da adoção e reconhecimento do direito ao nome destes, nos termos do art. 1º da Lei 11.924, de 17 de abril de 2009.

Calado (2010) entende que hoje, devido aos avanços no campo da ciência, em especial a genética, é fácil determinar, por intermédio do exame de DNA, o pai biológico da criança, atribuindo-lhe responsabilidades e direitos inerentes à paternidade. Todavia, é insuficiente a simples verdade biológica para a determinação da paternidade; é imprescindível observar a existência de laços sólidos de afeto, amor, solidariedade e responsabilidade, pois eles caracterizam a relação entre pai e filho.

Ressalte-se que a idoneidade dos adotantes, bem como sua possibilidade de exercer e gozar do exercício efetivo e afetivo de pais, não é demonstrada pela opção sexual destes, mas pela capacidade de dispor de todas as condições humanas para possibilitar uma vida digna aos adotandos.

Por fim, o vínculo biológico não pressupõe obrigatoriamente a permanência do menor no seio familiar, quando violados os direitos da lei maior ou do ECA, assim como também se leva em conta, na relação cotidiana, o amor, a educação e os valores morais. Portanto, infringe-se a lei quando se nega afeto. Dar atenção e ensinar os caminhos corretos e tortuosos das vivências do dia a dia é o que se espera de quem presta alimentos e afeto.

2.4 Possibilidade de inserção da criança e do adolescente na nova entidade familiar

A adoção é o processo pelo qual um ser humano, em tese menor e desassistido, encontra novo lar, nele se integrando jurídica e afetivamente. Entendemos a adoção como um instituto no qual o jurídico necessita harmonizar-se com o humano, gerando bem-estar no meio social. Trata-se de um ato jurídico irrevogável, por meio do qual o adotante deve oferecer ao adotado afeto, educação e todos os demais verbos constantes do art. 227 da Constituição Federal brasileira.

Considerando que já foi reconhecida a união estável de casais homoafetivos, por consequência, a adoção por qualquer casal é pressuposto de igualdade e direito dos adotantes, desde que preencham os requisitos de interesse e proteção do menor.

Sarlet (2010, p. 113) infere que é necessário analisar o princípio da igualdade e da não discriminação por orientação sexual no que concerne à possibilidade da adoção por casais homoafetivos. Nesse sentido, a decisão do STF veio pacificar entendimentos divergentes que persistiam na doutrina e na jurisprudência no que se refere à legitimidade da união estável formada por pessoas do mesmo sexo.

Nasceu com a decisão analisada o direito de respeito às diferenças e ao tratamento isonômico a todos os cidadãos, inclusive, quando respaldados por lei, a estrangeiros. Não há mais proibição de que qualquer casal integre a fila da adoção.

De fato, não havia qualquer proibição quanto à adoção de crianças ou adolescentes por casais homossexuais, contudo, havia uma insegurança jurídica de âmbito nacional, dados os inúmeros julgados Brasil a fora, alguns concedendo, outros negando o direito, não à adoção, mas à igualdade, quando, se indeferia a inicial, ante a impossibilidade jurídica do pedido.

Fato é que o ordenamento brasileiro, com a decisão do STF, datada de maio de 2011, abordada na primeira parte deste trabalho, autorizou expressamente o reconhecimento da união estável de casais do mesmo sexo e, por conseguinte, o seu direito a pleitear a adoção de criança e adolescente, nos ditames da lei.

Ademais, esse entendimento também advém dos termos do art. 42 do ECA, que estabelece os requisitos para a adoção conjunta, de forma que os candidatos sejam unidos pelo matrimônio ou vivam em união estável, comprovada a estabilidade da família. A nova entidade familiar foi recepcionada, como já visto, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes* e também equiparada para seus fins de direito, de modo que qualquer impedimento não cabe mais em nosso ordenamento jurídico.

Conclusão

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a união de casais do mesmo sexo como entidade familiar, identificando-a sob o regime da união estável e, conseqüentemente, tornando acessível a essa

forma de relação afetiva uma vastidão de direitos daí decorrentes. O primeiro deles, proveniente da maioria dos votos dos ministros da corte suprema, o direito à dignidade da pessoa humana, seguido pelo princípio da igualdade, fundamentados no estado democrático de direito.

A adoção, garantida pelos princípios constitucionais, pelo ECA e pela Lei Nacional de Adoção, passa a ser possível por casais homoafetivos, como o é pelos pares heteroafetivos. Tal afirmativa decorre da decisão que, como se discorreu, tem caráter vinculante e eficácia *erga omnes*, dos quais decorrem os direitos consequentes.

No processo de adoção o que deve prevalecer são os interesses daqueles que se pretende proteger, as crianças e adolescentes, o direito de pertencerem a uma família, de serem respeitados e de não serem submetidos a tratamento discriminatório. Esse princípio da prevalência dos interesses do menor e seu direito à convivência familiar pode conduzi-lo à adoção por casal homoafetivo, agora reconhecido como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro.

O reconhecimento da entidade familiar homoafetiva, que garantiu a todos os casais o direito à união estável, leva-nos a entender que ela passa a ter o direito de postular como família substituta em processo de adoção, seja por casal brasileiro ou estrangeiro, desde que reconhecido o vínculo afetivo e obedecidos os interesses da criança ou adolescente, como ocorre com qualquer casal.

Portanto, passamos a admitir como juridicamente aceita a inserção de menores no seio familiar, constituído por casal homoafetivo, por também ser considerado entidade familiar. Assim, não mais persistem motivos teóricos, de cunho conceitual ou por princípios jurídicos, para se negar o direito à adoção por esses casais, ressaltando-se sempre o direito prevalente de qualquer criança de ter um lar e uma família para seu saudável desenvolvimento.

Referências

CALADO, Aline Vieira. **Parentesco por afinidade socioafetiva e obrigação alimentar**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 74, 01/03/2010 [Internet]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7288. Acesso em: 24 abr. 2012.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8769>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Adoção internacional: reflexões na contemporaneidade. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de família contemporâneo e novos direitos**: estudo em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 35-46.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ªed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

IOLOVITCH, Lúcia Brossard; MACHADO, Renata Mendes Santa Maria. Famílias plurais e a adoção. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Direito de família**: aspectos sociojurídicos do casamento, união estável e entidades familiares. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vivian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova lei de adoção comentada**. 2. ed. São Paulo: J.H.Mizuno, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STF. Relator vota pela equiparação da união homoafetiva estável à entidade familiar. **Notícias STF**. Brasília, DF, 04 maio 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178787>>. Acesso em: 20 de abril de 2012.

STJ. Disponível em: Site:
<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000366638&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 12 de junho de 2012.

