

**Adoção homoafetiva:
O direito de adoção por casais homoafetivos pautado em Princípios
gerais do Direito no ordenamento jurídico pátrio***

Mariana Delgado Nunes Torres Lima¹

Diogo Severino Ramos da Silva²

Sumário: Introdução. **1.** Histórico e conceito dos Princípios. **1.1.** Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **1.2.** Princípio da Igualdade e Liberdade. **1.3.** Princípio da Afetividade. **1.4.** Princípio da Convivência Familiar. **1.5.** Princípio do Melhor Interesse da Criança. **2.** Homossexualidade e Adoção. **3.** Inconstitucionalidade da Lei 12.010\09. – Conclusão. – Referências.

Resumo: O presente artigo científico tem por finalidade trazer o estudo acerca da adoção homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Como fontes de referências teóricas, foram utilizados artigos de periódicos, além de dados eletrônicos capturados no Google Acadêmico e Scielo, bem como em livros que tratam do tema. Tem como objetivo demonstrar a relevância dos princípios constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico pátrio diante da ausência de norma jurídica positivada que regulamente a matéria. Observar-se-á que ainda hoje a adoção homoparental convive com obstáculos, uma vez que a concessão

* Recibido: 04 diciembre 2018 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Acadêmico de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife – FICR.
italolazzaro@gmail.com

² Professor de Direito da Faculdade Imaculada Conceição do Recife – FICR. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Pernambuco (OAB/PE 33.717).
diogoramos.adv@gmail.com

ou não da tutela de crianças e adolescentes para casais do mesmo sexo está a cargo do magistrado e, embora os princípios gerais do direito tenham força normativa é possível que o pedido de adoção seja negado. Dessa forma, diante da insegurança jurídica que tal omissão legal sujeita esses casais é necessário entender o porquê ainda não há norma positivada que garanta a adoção homoafetiva.

Palavras Chave: Direito das famílias; adoção homoafetiva; princípios gerais do direito.

Introdução

O direito de família é um dos ramos do direito que mais sofreram modificações ao longo dos anos, a começar pela diversidade de conceitos acerca da construção da entidade familiar. As mudanças conceituais estão intrinsecamente ligadas ao modo de pensar e agir da sociedade, e nada mais justo do que os Tribunais Superiores Brasileiros acompanharem essa evolução.

Nesse toar, questões como a união homoafetiva e adoção homoparental vem sendo colocadas em pauta nos Tribunais Superiores e, embora havendo inúmeros exemplos da concessão desses direitos pautados em entendimentos jurisprudenciais, ainda existem juristas que discordem e apliquem suas decisões, a percepção contrária a esses posicionamentos.

A adoção por casais homoafetivos ainda sofre muito preconceito e discriminação tanto por parte da sociedade quanto por parte do próprio Estado, uma vez que o Poder Legislativo até os dias de hoje não se preocupou em regulamentar, de forma específica, esse instituto.

Assim, com a ausência de legislação específica e positivada no que tange a concessão ou não da adoção homoparental, os princípios dispostos no ordenamento jurídico assumem, por analogia, a função de “regulamentarem” esse tipo de adoção, ficando, dessa forma, a cargo do magistrado preencher a lacuna legal.

A problemática dessa situação é que, como não há lei que garanta a adoção para casais do mesmo sexo, o magistrado pode se valer de suas ideologias conservadoras, que, por vezes, pode se tornar discriminatória, de modo a implicar negativamente nas suas decisões, como por exemplo, a improcedência do pedido de guarda e zelo do possível adotado.

Portanto, a escassez de lei que garanta expressamente a adoção por casais homoafetivos faz com que vários direitos, tanto do adotante quando do adotado, sejam suprimidos e afastados, como, por exemplo, o do tratamento igualitário e não discriminatório, o direito a convivência familiar e o da solidariedade e liberdade familiar.

1. Histórico e conceito dos Princípios

Os princípios ganham força com o pós-positivismo jurídico e passam a ser usados como se norma jurídica fosse. No positivismo jurídico os princípios não passavam de meras orientações, contudo, com a ascensão do pós-

positivismo eles são aplicados como norma, tendo, pois, conteúdo normológico.

No positivismo a norma era interpretada de forma fria, afastando valores como a ética e a moral para a sua aplicação, ela quem ditava tudo no ordenamento jurídico independentemente do seu conteúdo, mas com o advento do positivismo, a lei abre espaços para interpretação dos princípios gerais do direito.

Nesse toar, entende-se que os princípios devem ser interpretados como verdadeira norma, e, analisando por esse ponto de vista pode-se entender que a lei deixa de ter importância, mas, pelo contrário, ela apenas tem seu conteúdo interpretativo ampliado, não perdendo, pois, seu mérito e autoridade.

A lei passou a não ser mais interpretada sozinha, mas sim com a ajuda dos princípios que são tão vinculantes quando qualquer norma jurídica, tanto é verdade essa afirmativa que hoje o direito é muito mais princípios que leis.

Seguindo essa linha de raciocínio, compreende-se que estudo e apreciação da legislação não são menos importantes que os princípios, o que aconteceu foram apenas uma equiparação hierárquica entre os dois instrumentos coercitivos.

Os princípios podem ser encontrados em todo ordenamento jurídico, tanto de forma expressa no texto de lei quanto de forma implícita, ou seja, fruto da interpretação harmônica das normas, a exemplo deste, o princípio da afetividade.

A doutrina civilista distingue os princípios fundamentais e gerais do direito dos princípios específicos ao direito civil, à primeira classe é aplicada de forma mais ampla, de modo a não ter restrições quanto a sua aplicação a qualquer ramo do direito, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, já a segunda classe é mais restrita, sendo aplicada apenas a situações pontuais do direito de família, como, por exemplo, o princípio do melhor interesse da criança.

Por fim, o presente artigo visa elencar e debater tanto a importância dos princípios gerais do direito quando os princípios específicos sob a perspectiva do direito de adoção por casais homoafetivos, uma vez que embora os princípios tenham força normativa, ou seja, devem ser aplicados como se norma jurídica fosse ainda há decisões jurídicas que negam tal direito, desrespeitando, dessa forma, vários princípios que regem, especificamente, o direito civil e constitucional.

1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana não é apenas uma das principais bases para o ordenamento jurídico pátrio, como também foi uma das mais importantes conquistas do Estado Democrático de Direito, permitindo, dessa forma, a introdução de demais direitos, como por exemplo, à liberdade e a igualdade.

A dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligada ao dever do Estado proporcionar aos cidadãos um bem estar social, garantido, assim, o essencial para uma vida com condições dignas. Contudo, não é apenas o poder Estatal que tem ônus, uma vez que o cidadão também tem seus direitos e deveres a serem executados.

Nesse toar, percebe-se também que esse princípio remete a valores morais da sociedade, porque é da junção de direitos e deveres que traz a garantia que o cidadão seja respeitado em suas questões e valores íntimos.

A Carta Magna de 1988 traz no seu art. 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana como critério fundamental para o Estado Democrático de Direito, no qual dele irão ser desmembrados demais princípios aplicáveis ao direito de família, assim, como bem afirmaram Pablo Gagliano e Rodolfo Filho:

Sob o influxo do princípio da dignidade humana, epicentro normativo do sistema de direitos e garantias fundamentais, podemos afirmar que a Constituição Federal consagrou um *sistema aberto de família* para admitir, ainda que não expressos, outros núcleos ou arranjos familiares para além daqueles constitucionalmente fixados, a exemplo da união homoafetiva. (GAGLIANO, 2014, p. 79).

E continua:

Mas, esses outros núcleos não decorrem diretamente da dignidade humana: somente por meio do reconhecimento do direito constitucional à liberdade e do reconhecimento constitucional à isonomia, o princípio maior (da dignidade da pessoa humana) se faz presente, atuando na relação concreta do direito privado. (GAGLIANO, 2014, p. 79).

Pois bem, percebe-se que a dignidade da pessoa humana traz interpretações diversas, dentre as quais irá acalentar em do seu seio demais princípios, e, que deles advenham mais direitos. Como muito bem explicado acima, a exemplo da união homoafetiva, só foi possível seu reconhecimento através de dois princípios de nasceram a partir do princípio da dignidade humana, quais sejam, o direito a liberdade e a isonomia.

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana garante, dentre outros, a igualdade entre os seres e o não tratamento discriminatório para que, dessa

forma, possa vetar e combater qualquer tipo de conduta omissiva e injusta por parte do Estado contra aqueles que, de alguma forma, não se encaixem no molde estabelecido pela maioria.

A dignidade da pessoa humana está fortemente inserida no direito de família e é justamente por isso que também está intrinsecamente enraizada no direito a adoção homoafetiva, pois, se este princípio afasta e repudia qualquer tipo de discriminação entre as pessoas, não seria nenhum pouco razoável negar este direito a casais que, como a maioria, querem ser pais através do direito que é de todos.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana traz forte lastro para a sustentação da tese de que a adoção por casais do mesmo sexo nada mais é do que o exercício do direito da isonomia e da vedação ao tratamento discriminatório, sendo estes direitos frutos do princípio maior, qual seja o da dignidade da pessoa humana.

1.2. Princípio da Igualdade e da Liberdade

O princípio da Igualdade e o princípio da Liberdade estão intrinsecamente interligados, e, por esse motivo, serão abordados no mesmo sub tópico, uma vez que não há como se falar em garantia à liberdade se não existe o tratamento igualitário entres os seres, como bem afirmou Maria Berenice Dias:

[...] O papel do direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção, e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não haverá liberdade. (BERENICE, 2015, p. 46).

Nesse toar, o princípio da isonomia corresponde à igualdade de todos perante a lei, mas respeitando as suas desigualdades, sendo, pois, um dos princípios gerais aplicáveis a todos que compõe o Estado de Democrático de Direito, como também um dos que provocou profunda transformação no direito de família.

Por sua vez o princípio da liberdade significa que pares da relação tem poder de escolha e autonomia na formação e extinção da entidade familiar, sem que haja qualquer interferência nas decisões, como bem afirma o art. 226, § 7º da CF\88.

Tais princípios estão inseridos na Carta Magna de 88, art. 5º, *caput*, como direitos fundamentais, o mesmo elenca que todos são iguais perante a lei, sem qualquer tipo de distinção, garantindo o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade.

Dessa forma, tomando como norte o direito de família, os princípios da igualdade e da liberdade, trouxeram como garantia a isonomia de gêneros, a igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem e a igualdade das entidades familiares.

A equiparação entre as classes resultou grande avanço para a justiça social, uma vez que estes sofreram historicamente com a desigualdade, como bem expôs Paulo Lôbo:

Nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto à igualdade entre homem e mulher, entre os filhos de qualquer origem e entre as entidades familiares. Todos os fundamentos jurídicos da família tradicional feneceram principalmente os da legitimidade, verdadeira *summa divisio* entre os sujeitos e subsujeitos de direito (...). (LÔBO, 2018, p. 60).

Prossegue ainda:

O Princípio da igualdade familiar está expressamente contido na Constituição, designadamente nos preceitos que tratam das três principais situações nas quais a desigualdade de direitos foi a constante histórica: os conjugues, os filhos e as entidades familiares. (LÔBO, 2018, p. 61).

Nesse cenário, podemos perceber que com a equiparação das entidades familiares, a adoção por casais do mesmo sexo ganha força e respaldo a partir dos princípios em epígrafe, uma vez que eles amarram de vez que todos tem a liberdade de constituírem um lar, independentemente se os seus membros serão homossexuais ou não, garantindo-lhes os mesmos direitos e garantias sem que haja qualquer tipo de distinção entre as famílias.

Ademais, além da legislação e doutrina reconhecerem a igualdade das entidades familiares, a jurisprudência também já apontou indícios que é favorável à adoção homoafetiva fundamentando sua decisão através dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Senão, vejamos o que entendeu o Ministério Público de Minas Gerais, em uma Apelação Cível (Nº. 1.0480.08.119303\001) acerca do tema:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER – ADOÇÃO – CUMULAÇÃO DE PEDIDOS – POSSIBILIDADE – GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA À GENITORA DA CRIANÇA – FINS SOCIAIS DA LEI – ADOÇÃO CONJUNTA – CASAL DO MESMO SEXO – DIREITO RECONHECIDO – NOVA CONFIGURAÇÃO DE FAMÍLIA BASEADA NO AFETO – ESTUDOS QUE REVELAM A INEXISTÊNCIA DE SEQUELAS PSICOLÓGICAS NAS CRIANÇAS ADOTADAS POR CASAIS HOMOSSEXUAIS – SITUAÇÃO DE RISCO – AUSÊNCIA DE ZELO NO TRATAMENTO DO MENOR – BOA ADAPTAÇÃO DA CRIANÇA AO NOVO AMBIENTE FAMILIAR – RELATÓRIOS SOCIAIS E

PSICOLOGICOS FAVORÁVEIS À PRETENSÃO DAS REQUERENTES – INEXISTÊNCIA DE PROVAS A RECOMENDAREM MANUTENÇÃO D INFANTE COM O PAR PARENTAL AFETIVO, COM OS QUAIS VIVE ATUALMENTE – RECURSO IMPROVIDO. [...] 2. Considerando o avanço da sociedade, bem como as novas configurações da entidade familiar, mormente em atenção aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, não há que se falar em impedimento à adoção de crianças por casais do mesmo sexo, em observância, ainda, aos diversos estudos que concluem pela inexistência de sequelas psicológicas naquelas provenientes de famílias homoafetivas, bem como diante da ausência de óbice legal [...].

Assim, é perceptível a inteligência no nobre julgador ao entoar esses princípios constitucionais para proteção e garantia dos direitos da adoção por casais homoafetivos no tocante a sua equiparação à entidade familiar.

Dessa forma, é notório os avanços da nova era do Direito das Famílias que, em consonância com os princípios constitucionais, efetivam a equiparação da união homoafetiva a uma entidade familiar, trazendo como consequência, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável, possibilitando então a adoção de filhos.

1.3. Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade funda-se a partir do direito à felicidade, e está inserido de forma implícita no texto constitucional, e, como qualquer outro direito fundamental, é dever do Estado promover políticas públicas para essa harmonia entre as famílias, pois, como bem afirmou Maria Berenice:

O Estado impõem a si obrigações para com seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado. (BERENICE, 2015, p. 52).

E prossegue:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais pe do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. (BERENICE, 2015, p. 52).

Percebe-se, dessa forma, que o afeto não está apenas restrito a seara de apenas uma única família, sendo necessário que haja um elo externo entre todas as famílias, para que assim haja respeito e humanidade a todos que compõem o seio social.

O princípio da afetividade adentra no meio familiar de forma a entrelaçar laços de companheirismo e igualdade entre, por exemplo, os filhos, sejam eles adotados ou biológicos, até porque o conceito de filiação não mais se limita ao elo biológico, mas também ao socioafetivo, sendo este o vínculo legal que constrói parentesco através do afeto.

A afetividade se faz tão presente e fundamental nas entidades familiares que, embora a adoção “à brasileira” ou Presumida seja considerada crime no Brasil, os adotantes não sofreram sanções penais graças aos laços de afetividade criados entre aqueles que compõem a família, de modo a evitar danos psicológicos e sentimentais, principalmente aos menores.

Logo, a afetividade é o princípio norteador para a adoção, seja ela realizada por casal homossexual ou heterossexual, pois, é um ato puramente de amor e solidariedade, no qual todos os envolvidos tendem a ganhar, essa afirmativa tanto é verdade que as jurisprudências pátrias, ao entenderem pela concessão da tutela de crianças e adolescentes a pais do mesmo sexo invocam, dentre outros princípios, o da afetividade.

Senão, vejamos o que entendeu o Juiz do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Brasil Santos, acerca da Apelação Cível (Nº. 170013801592) pautando sua fundamentação no princípio da afetividade, em relação à adoção por casal homoafetivo.

APELÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora de proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade de vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores [...].

Assim, é necessário que o meio familiar no qual o adotado possa a vir ser inserido harmônico e afetuosamente regado de amor e compressão, pois, se assim não fosse, o princípio do melhor interesse da criança não estaria sendo efetivado, podendo, dessa forma, acarretar danos irreversíveis ao infante.

Dessa forma, é plenamente perceptível que o critério da afetividade não se limita apenas a uma única entidade familiar, uma vez que se deve fazer presente em todas elas, e, principalmente na socioafetiva, sendo esta construída através da convivência familiar.

1.4. Princípio da Convivência Familiar

O princípio a convivência familiar está explícito na Constituição Federal no seu art. 227 e também tem previsão legal no Estatuto da Criança e Adolescente, no qual irão assegurar o direito de crianças e adolescentes a serem criados e educados no seio familiar, seja ela biológica ou substituta.

Além do mais, não é apenas dever da família assegurar, entre outros direitos, a convivência familiar, uma vez que o Estado e a comunidade devem se comprometer igualmente com o bem estar de qualquer criança e adolescente de modo a resguarda-los de qualquer tipo de situação degradante e violenta.

A proteção à convivência familiar não se esgota na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e Adolescente, uma vez que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança também tutela o princípio da convivência familiar, no qual irá garantir que, em caso de pais separados, o infante terá direito a manter contato direito com ambos, salvo se não for da sua vontade.

Ato contínuo, instituto da adoção é instrumento essencial para que crianças e adolescentes gozem do direito a convivência familiar, bem como o direito à felicidade, ao amor, ao afeto e a dignidade humana.

Nesse sentido, a doutrinadora Maria Berenice aborda com perfeição a relação do princípio da afetividade com o direito a convivência familiar. Senão, vejamos:

Daí a necessidade de intervenção do Estado, colocando-os a salvo junto a família substitutas. Afinal, o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando elos laços de sangue. (BERENICE, 2015, p. 50).

Nesse prisma, o direito a convivência familiar tem como lastro de sustentação o princípio da afetividade, no qual irá tecer um convívio saudável e feliz entre pais, independentemente da sua orientação sexual, e filhos, biológicos ou não.

Dessa forma, é de suma importância à aceitação social e, principalmente, no âmbito das decisões judiciais para que casais homoafetivos possam exercer o direito de adoção sem qualquer tipo de obstáculo, pois envolve direitos fundamentais e que não podem ser suprimidos ou negados a essas crianças e adolescentes que tanto necessitam de um lar.

1.5. Princípio do Melhor Interesse da Criança

O princípio do Melhor Interesse da criança tem fundamento legal no art. 227 da Carta Magna, o qual determina que é dever da família, da sociedade e do Estado asseverar, de forma prioritária, os direitos que enuncia. A proteção

jurídica desse princípio também está tutelada na Lei 9.069\1090, conhecida como Estatuto da Criança e adolescente, nos seus artigos 4º e 6º. (LOBÔ, 2018, p. 76).

A Convenção Internacional dos direitos da criança, no seu art. 3.1, também se preocupou em atribuir proteção à criança e adolescente ao determinar que as ações relativas a estes devam atender, principalmente, ao princípio em epígrafe. (LOBÔ, 2018, p. 76).

O princípio do melhor interesse da criança e adolescente tem como principal objetivo afastar a percepção de que criança seja vista como objeto e enxerga-la como sujeito passível de direitos juridicamente reconhecidos, e, para isso, é necessário tratar como prioridade absoluta os seus interesses. (Pereira, 200, p. 36).

Nesse sentido, o princípio se comporta como um dos fundamentos primordiais a concessão da adoção por casais homoafetivos, uma vez que este busca o melhor mecanismo para crianças e adolescentes não sejam expostas a situações vulneráveis, como por exemplo, o abandono em orfanatos, sem família, e suscetíveis à marginalidade.

Além disso, podemos considerar que o princípio do melhor interesse do infante se coaduna perfeitamente com o princípio à convivência familiar, pois nada mais saudável para aqueles que estão em situação de abandono em orfanatos do que passarem a ter um lar, com pais que os amam e os dão carinho.

Embora ainda exista resistência, social e legislativa, para que casais do mesmo sexo adotem, todos os argumentos caem por terra se pensarmos da seguinte maneira: sabendo do longo e burocrático processo de adoção no qual crianças e adolescentes se submetem, mais o sentimento de rejeição pela família biológica, seria humano impedi-los de terem um lar afetivo, mesmo que por casais homoafetivos?

Portanto, não há qualquer embasamento lógico e jurídico para a negativa da adoção homoafetiva, uma vez que isso resultaria afronta ferrenha ao princípio do melhor interesse do menor, até porque não existem danos psicossociais dos que forem adotados por esta nova forma de entidade familiar.

2. Homossexualidade e Adoção

A adoção por casais homoafetivos até os dias atuais sofre com barreiras impostas por parte do judiciário, uma vez que ainda existem decisões que

negam a esses casais o direito a construção familiar, afastando, dessa forma, uma gama de direitos garantidos constitucionalmente.

Não apenas o direito dos possíveis adotantes é suprimido, como também o direito das crianças e adolescentes que aguardam ansiosos por uma família, pois vão de encontro totalmente com os princípios da convivência familiar, dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança.

Nesse toar, a adoção por casais do mesmo sexo só é possível no Brasil graças aos princípios gerais do direito, que, por analogia, suprem a lacuna legal que o legislativo insiste em deixar. Também não há expressa previsão que vede ou conceda esse tipo de adoção, mas a ausência de lei regulamentadora facilita para que alguns operadores do direito coloquem suas convicções pessoais preconceituosas acima dos princípios exaustivamente elencados ao longo deste artigo.

Além do mais, a ausência de legislação que regule a adoção por casais homoparentais traz consequências nocivas ao Estado Democrático de Direito, uma delas é a insegurança jurídica, uma vez que a escassez legal pode acarretar diversos entendimentos sobre a mesma matéria fática.

Desse modo, deve-se compreender que adoção é ato unicamente de amor e que em nada a orientação sexual dos pais deve interferir para que essa nova entidade familiar se forme. Observa-se também que é de suma importância a regulamentação da adoção homoafetiva, de modo a evitar a insegurança jurídica e injustiças para com aqueles que apenas desejam amar e serem amados.

3. Inconstitucionalidade da Lei 12.010\09

A Lei Nacional de Adoção assume viés tradicionalista e, diga-se de passagem, ultrapassado, uma vez que deixa de admitir de forma expressa a adoção por casais homoafetivos, cerceando, dessa forma, que muitas crianças e adolescentes possam vir a ter possibilidade de fazerem parte de um lar, e, não é apenas o direito dos possíveis adotados é limitado, como também o direito dos adotantes, acabado, assim, por afrontar normas de ordem constitucional.

A Lei 12.010\09 é fruto do pensamento arcaico e retrogrado social que acaba por influenciar as decisões judiciais de forma negativa, pois nega aos casais homossexuais o direito à formação de uma família, sendo este reguardado pelo art. 226 da CF\88, e ainda deixa de reconhecer o direito à convivência familiar tutelada pelo art. 227 do mesmo texto legal.

Nesse toar, a Lei em epígrafe exclui, suprime, nega alguns dos principais princípios fundamentais dispostos no ordenamento jurídico pátrio, quais sejam: dignidade da pessoa humana, direito a igualdade, o princípio do melhor interesse do infante e o direito a convivência familiar.

Assim, a Lei que regulamenta o instituto da Adoção acaba sendo considerada inconstitucional, pois extingue a possibilidade de casais do mesmo sexo formem uma família, infringindo prontamente o art. 226 da Carta Magna, no qual garante o direito a formação familiar juntamente com a proteção estatal.

O art. 227 do mesmo diploma legal afasta a garantia constitucional das crianças e adolescente o direito à convivência familiar, uma vez que o mesmo estabelece que é dever da família e do estado asseverar a esses jovens o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade e a convivência familiar.

Por fim, percebe-se que o não reconhecimento patente e ostensivo da possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo dificulta e afasta não só o direito dos adotantes como também dos adotados, pois deixam de fazer parte de uma entidade familiar para mofarem em orfanatos, ficando assim mais suscetíveis a marginalidade, uma vez que deixam de receber afeto e carinho daqueles que só querem dar amor.

Conclusão

Diante de todo exposto é notório a importância dos princípios gerais do direito para a adoção homoafetiva, uma vez que, na escassez de norma jurídica positivada que regulamente a matéria, eles passam a ter força normológica, permitindo, dessa forma, que casais do mesmo sexo possam adotar.

Nesse sentido, ante a omissão legal, nos faz pensar que o legislador ainda está preso a ideologias, crenças e preceitos morais antiquíssimos, advindos de ensinamentos religiosos que se negam a aceitar e acolher a adoção por esta nova forma de entidade familiar, não havendo, dessa maneira, outra interpretação se não a de que a conduta omissiva do Poder Legislativo nada mais é do que reflexo da sociedade que se encontra encarcerada a pensamentos discriminatórios.

Evidencia-se, pois, que a omissão preconceituosa do legislador em nada sem nada tem a ver com a ausência de direitos daqueles que desejam adotar, muito menos daqueles passíveis da adoção, em que pese à existência de incontáveis princípios que amparam o ordenamento jurídico para efetivação destes.

Verifica-se também que os princípios são instrumentos fundamentais para a concessão da tutela de crianças e adolescentes a casais homoafetivos, contudo, a ausência de lei regulamentadora traz insegurança jurídica, acarretando, dessa forma, prejuízo aos envolvidos, uma vez que a mesma matéria fática terá uma diversidade de julgados, e, justamente por isso, é de extrema importância a sua uniformização.

Por fim, entende-se que a adoção não está condicionada a sexualidade dos adotantes, até porque a lei não impõe qualquer obstáculo nesse sentido, além dos mais a adoção é ato de amor, humanidade e bondade no qual todos os envolvidos tendem a garantir felicidade, realização e plenitude no seio da família e burocratizar e dificultar ainda mais o procedimento da adoção não são as melhores formas para a efetivação dos direitos fundamentais garantidos pelo Poder Constituinte originário.

Referências

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**.

Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508200/CF88_EC85.pdf> Acesso em: 19 de novembro de 2018

BRASIL, **Código Civil de 2002**. Brasília: Senado Federal, 2015.

Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%2020ed.pdf>>. Acesso em: 19 de novembro de 2018.

BRASIL, **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/crianca.htm>>. Acesso em: 24 de novembro de 2018

BRASIL. STF. **União Homoafetiva como Entidade Familiar**. Disponível em: <

<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683&fbclid=IwAR24c1b2QVwHS2xfBaFOzyyDuVjb8yS6mArT HC3PDtYxCIKit4h0OzSMQGU>>. Acesso em: 24 de novembro de 2018>. Acesso em: 24 de novembro de 2018

- BRASIL. TJMG. **APELAÇÃO CÍVEL: 1.0480.08.119303\001**. Relator: EXMO. Des. Armando Freire. DJ: 11.08.2011.
- BRASIL. TJRS. **APELAÇÃO CÍVEL: 70013801592**. Relator: EXMO. Luiz Felipe Brasil Santos. DJ: 05.04.2006
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: SARAIVA, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2 ed. São Paulo: SARAIVA, 2012.
- LOBÔ, Paulo. **Direito Civil**. 08 ed. São Paulo: SARAIVA, 2018
- LOBÔ P. **Paternidade Socioafetiva e o Retrocesso da Súmula 301-STJ**. Disponível em:
http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf. Acesso em: 23 de novembro de 2018
- LOBÔ P. **Entidades Familiares Constitucionalizadas para além do *numerus clausus***. Disponível em:
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18 ed. São Paulo: SARAIVA, 2012.
- PEREIRA, Caio Gischkow. **Concubinato – União Estável**. Representando o Direito de Família. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- VENOSA, Sílvio. **Direito Civil**. 13 ed. Atlas S.A, 2013.