

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

KARIN ALLEN SANTOS CERQUEIRA

**A ADOÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS PERANTE O ORDENAMNETO
JURÍDICO BRASILEIRO**

**Aracaju
2014**

KARIN ALLEN SANTOS CERQUEIRA

**A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS PERANTE O ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção do grau de Bacharelado em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

ORIENTADORA:

Prof^a. Me. Antonina Gallotti L. Leão

Aracaju

2014

KARIN ALLEN SANTOS CERQUEIRA

**A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS PERANTE O ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial à Comissão Julgadora do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Me. Antonina Gallotti Lima Leão.
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Prof. Me. Vitor Costa Oliveira.
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Prof. Esp. Carlos Magno de Oliveira.
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Dedico este trabalho a Deus e aos meus filhos Gustavo e Olga que são a razão pela qual tenho tanta força para seguir em frente, e que são a minha inspiração em tudo que eu faço na vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por todas as oportunidades que me foram dadas na vida, e até pelas provações e momentos difíceis, que foram extremamente importantes para o meu desenvolvimento, crescimento pessoal e acadêmico.

Não posso deixar de agradecer aos meus pais **Lana** e **Alberto** pela educação e ensinamentos que a mim foram dados, as minhas irmãs **Karine** e **Camila** que nos momentos mais difíceis me apoiaram e me deram incentivo de nunca desistir.

Ao meu cunhado **André Luiz**, pelo esforço e dedicação em colher material para confecção deste trabalho.

A **Profª. Me. Antonina Gallotti**, que aceitou o convite para me orientar na confecção desse trabalho, em virtude do comprometimento, por fornecer material de pesquisa e por ter tido muita paciência comigo.

A **Profª. Pós.doc. Hortência** por me orientar na formatação do trabalho e fornecer dicas preciosas para que tudo corresse bem.

Ao **Profº. Esp. José Carlos**, por ter me ouvido e ter expressado sua opinião sobre o tema e também por se mostrar disponível a fornecer material.

Aos professores **Esp. Alessandro Buarque**, que me incentivou a escrever artigos, **Esp. Cleide Alves**, **Me. Vitor Condorelli**, **Esp. Matheus Brito**, por terem sido importantes no meu processo de aprendizagem, me abrilhantando com seus ensinamentos.

Aos meus colegas de classe, em especial **Rejane Agnes** que esteve junto comigo nessa caminhada e que me ajudou na coleta de material.

Agradeço em especial aos meus filhos **Gustavo** e **Olga**, razão pela qual cheguei até aqui, que mesmo ainda inocentes suportaram a minha impaciência nos momentos de cansaço.

Não poderia esquecer-me do meu companheiro **Manoel** que foi o grande incentivador para que eu voltasse a estudar e cursasse Direito, a priori custeando o curso até que eu pudesse andar com as minhas próprias pernas.

Agradeço a todos que contribuíram para o desenvolvimento desta monografia. Obrigada! .

Adotar é acreditar que a história é mais forte que a hereditariedade, que o amor é mais forte que o destino.

Lidia Weber

RESUMO

O presente trabalho faz uma breve reflexão acerca do contexto histórico da família, do instituto da Adoção no Brasil e aprofunda-se mais especificamente na adoção de crianças/adolescentes por casais do mesmo gênero. A pesquisa é embasada na discussão de diversos autores, bem como na análise da legislação vigente que trata dos institutos da família, da adoção e dos princípios basilares desse direito. Por meio da coleta bibliográfica e análise de julgados dos Tribunais Superiores, é possível compreender que cada vez mais está sendo concedida a adoção a casais do mesmo gênero, tendo como principais fundamentos para os magistrados, o melhor interesse da criança/adolescente e a histórica decisão do STF que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. O objetivo dessa pesquisa é demonstrar que a adoção homoafetiva não oferece nenhum inconveniente comprovado à criança adotada, e que os casais homoafetivos preferem adotar crianças que não estão nos perfis mais requisitados, como negras e deficientes, sendo uma medida que desafoga as instituições de acolhimento às crianças abandonadas. No Brasil não há lei específica que trate da matéria, porém não há nenhuma que proíba, cumpre então ao judiciário a tarefa de suprir as lacunas da lei, é o que se aplica atualmente no tema em comento. Não se pode fechar os olhos para essa nova realidade social

PALAVRAS – CHAVE: Adoção. Criança e Adolescente. Homoafetividade. Família. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

The present work is a brief reflection on the historical context of the family, the institution of adoption in Brazil and delves more specifically the adoption of children/adolescents by couples of the same gender. The research is grounded in discussion of several authors, as well as analysis of existing legislation dealing with the institutions of family, adoption and the basic principles of that law. Through the collection and analysis of bibliographic judged the Superior Courts, you can understand that is increasingly being given to adopting couples of the same gender, the main grounds for judges, the best interests of the child / adolescent and the historic decision of the Supreme Court recognized that the homo-affective union as a family unit. The objective of this research is to demonstrate that the homo-affective adoption offers no proven the adopted child downside , and that homosexual couples prefer to adopt children who are not the most requested profiles are black and poor , with a measure which relieves the host institutions abandoned children. In Brazil there is no specific law that deals with the matter, but there is no banning, then falls to the judiciary the task of addressing the deficiencies of the law, is what is currently applied in the subject under discussion. We can't close our eyes to this new social reality.

KEY - WORDS: Adoption. Child and Adolescent. Homoafetividade. Family. Constitutional Principles.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	FAMÍLIA: ASPECTOS GERAIS	13
	2.1 Entidade Familiar.....	13
	2.2 Evolução do Modelo Familiar no Brasil.....	14
	2.3 Reconhecimento da União Homoafetiva como Entidade Familiar.....	18
	2.4 Importância da Convivência Familiar para o Desenvolvimento Saudável de Crianças e Adolescentes.....	20
3	ADOÇÃO NO BRASIL	25
	3.1 Conceito e Evolução Histórica da Adoção no Brasil.....	25
	3.2 Tipos de Adoção.....	27
	3.3 Dos Requisitos para Adoção.....	33
	3.4 Do Procedimento Judicial da Adoção no Brasil.....	38
	3.5 Princípios que Norteiam a Adoção.....	40
4	ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS	45
	4.1 Viabilidades Jurídicas	45
	4.2 Aspectos Psicossociais.....	48
	4.3 Análise Jurisprudencial.....	54
5	CONCLUSÃO	57
	REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é fruto de uma pesquisa cujo objetivo foi analisar a possibilidade da adoção por casais homossexuais face às normas vigentes no ordenamento jurídico pátrio, sob o norte dos princípios constitucionais, em especial a Dignidade da Pessoa Humana e o Melhor Interesse da Criança, de forma a traçar alguns fundamentos que fortaleçam a aceitação desta forma de adoção, a partir das principais doutrinas e jurisprudência sobre a tão polêmica questão, realçando a importância de uma legislação clara que regule tal situação.

Examina - se também se há condições dessa união configurar uma relação saudável entre pais ou mães no sentido de suprir as necessidades afetivas, emocionais e financeiras da criança, sem prejudicar o desenvolvimento de sua personalidade.

Para tanto foi necessário recorrer a outras ciências além do Direito, mais especificamente a psicologia e a sociologia, visando analisar se as condições proporcionadas aos filhos de casais homossexuais se coadunam com a proteção especial, assegurada às crianças e adolescentes, como seres em desenvolvimento.

Ao decorrer deste, verifica-se a diversidade na Doutrina e jurisprudência dos Tribunais brasileiros. Vale ressaltar que mesmo sem lei que regule o assunto, já houve decisões no sentido de favorecer casais do mesmo sexo a adotar em conjunto uma criança ou adolescente. Isto porque os juízes que decidiram os casos pautaram-se nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, igualdade e o melhor interesse da criança para justificarem o direito dos homoafetivos de adotar e o direito das crianças e adolescentes de serem adotadas.

Destarte, não se pode admitir que a ausência de legislação seja um pretexto para engessar a concessão de direitos inerentes a pessoa humana. O que se vislumbra por trás desse argumento são conceitos pré concebidos que acabam por causar restrições na vida desses indivíduos.

A proibição da adoção por casal homossexual com base em argumentos fracassados e infundados deixa claro o que há muito tempo se perpetua na sociedade: o pré-conceito. Fala-se na possibilidade de a criança ter problemas futuros por conta da ausência da figura materna ou paterna e até mesmo que o infante poderia ser influenciado pela convivência, e tornar-se também um homossexual. Porém essa afirmação é equivocada, pois vários estudos realizados

na área da psicologia comprovam que a orientação sexual não é uma escolha do indivíduo, mas algo inerente a ele. Dessa forma, há de convir que tal argumento é falho, pois boa parte das pessoas homossexuais nasceram e cresceram em ambiente heterossexual, além de que não se pode tratar a homossexualidade como uma doença ou distúrbio de caráter de uma pessoa, muito menos como sinônimo de promiscuidade.

Paralelamente a tais argumentos, numa rápida reflexão torna-se difícil aceitar que seja melhor para uma criança viver entregue ao abandono numa instituição, onde lhe falta amor, carinho, atenção e tudo o quanto é necessário para que se desenvolva sadiamente, a que seja esta adotada por casal homoafetivo disposto a oferecer todo suporte necessário ao sadio crescimento e desenvolvimento.

Como se pode notar, a adoção por homossexuais é um assunto muito polêmico e delicado, pois envolve regramento que sobressai à seara do Direito e perpassa pelo ramo da psicologia, sociologia e inclusive na esfera religiosa. No entanto, fundamental o seu estudo, pois a homossexualidade compõe as relações familiares mais atuais, motivo pelo qual não se deve desprezar tal realidade.

Felizmente, alguns Tribunais, conscientizados da importância da adoção para essas crianças, têm deferido os pedidos aos casais homossexuais. Para tais magistrados e desembargadores resta provado que é preferível dar uma oportunidade ao adotado de crescer e desenvolver em um ambiente familiar onde terá carinho, educação, saúde e respeito a deixá-lo numa instituição, onde haverá menos oportunidades para sua formação social e intelectual.

Assim a escolha do tema justifica-se pela necessidade de conhecer e refletir acerca do direito a convivência familiar, ainda é pouco discutido em relação a tantos outros como saúde, educação, liberdade dentre outros.

No que se refere à relevância acadêmica e científica desse estudo, pode-se afirmar que o mesmo surge como fonte de pesquisa para fundamentar a possibilidade da adoção por casais homoafetivos, com o intuito de desafogar as instituições de acolhimento a menores abandonados e de compensar os desequilíbrios da sociedade e dos casais heteros que abandonam seus filhos por diversos motivos. Mister deixar claro que negar a adoção a um casal homoafetivo é suprimir a chance de uma criança mudar o seu futuro e até o futuro de um país, pois as crianças são o maior patrimônio de uma nação

Para a execução dos objetivos propostos, proceder-se-á análise bibliográfica a respeito do tema, em especial no Direito Constitucional, Estatuto da Criança e do Adolescente e no Direito Civil, buscando conceitos de apoio e desenvolvimento da pesquisa.

A pesquisa bibliográfica contemplou o levantamento de referências na forma de artigos científicos, monografias, teses, dissertações, revistas de cunho jurídico, também serão analisados casos práticos, em especial os tratados na jurisprudência, significando, portanto um acervo de fontes secundárias importantes.

Para a análise dos textos, artigos, legislações e outros materiais doutrinários levantados será utilizado o método dedutivo-lógico, no intuito de verificar a aplicação dos conceitos e dispositivos legais à realidade fática dessas uniões homoafetivas frente ao instituto da adoção.

Para atingir os objetivos propostos o presente trabalho foi estruturado em três capítulos. Inicialmente foi realizado um breve histórico da família, suas origens, evoluções do modelo familiar no Brasil e os diversos tipos de família que temos na atualidade, além do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar em decisão histórica proferida pelo Superior Tribunal Federal (STF) e a importância da convivência familiar para o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes.

A seguir, destinou-se a pesquisar a adoção no Brasil, sua evolução histórica, os tipos de adoção, os requisitos essenciais para o seu deferimento, o procedimento judicial previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e na nova Lei de Adoção, Lei 12.010/2009, bem como os princípios que norteiam o referido instituto no nosso país que servem de base para fundamentar as decisões judiciais, inclusive, no tocante à adoção por casais homoafetivos.

Finalmente no último capítulo priorizou-se o foco do trabalho na tão polêmica adoção por casais homoafetivos, vislumbrando sua viabilidade jurídica, a ausência de legislação que disponha sobre o assunto e a necessidade de garantir os direitos da criança e do adolescente, sem olvidar-se dos direitos das pessoas homossexuais frente aos fundamentos da Constituição Federal de 1988.

Neste cenário aborda-se também os aspectos psicossociais que envolvem o tema, haja vista o grande preconceito que enfrentam os homossexuais que pretendem adotar um infante, acrescentando-se o capítulo com a análise jurisprudencial dos superiores tribunais brasileiros e logo a seguir houve o desfecho com a

conclusão de todo o exposto, de forma a sintetizar todas as informações apreendidas com a pesquisa.

2 FAMÍLIA: ASPECTOS GERAIS

2.1 Entidade Familiar.

Não se sabe ao certo como e onde surgiu a família, porém é sabido que em tempos primitivos homem e mulher se relacionavam sexualmente independente da descendência. Para melhor compreensão vejamos os ensinamentos de Engels (1984, p. 39):

[....]

Reconstituindo retrospectivamente a história da família, Morgan chega, de acordo com a maioria dos seus colegas, à conclusão de que existiu uma época primitiva em que imperava, no seio da tribo, o comércio sexual promíscuo, de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres.

Com a evolução da sociedade humana, homens e mulheres que descendiam do mesmo tronco deixaram de praticar relações sexuais, surgindo as proibições do incesto. Dessa forma, leciona Coelho (2012, p. 23):

[....]

Por óbvio, à época bem que começou a praticar a proibição do incesto, o *Homo sapiens* não tinha a menor ideia da importância disso para seu desenvolvimento. Foi o puro instinto animal que o fez dividir as tribos em agrupamentos menores (clãs), segundo regras de quem podia e quem não podia manter relações sexuais. Essa divisão está na origem da família.

Nesta época foram formados pequenos grupos e esses tinham que respeitar regras de convivência e apesar de não existir uma comprovação científica, alguns doutrinadores, como Coelho (2012), defendem que foi através da proibição do incesto que surgiu a família.

Observa-se que ainda na atualidade há uma certa dificuldade em conceituar família, pois vivemos numa sociedade que comporta vários tipos de famílias. Assim leciona Gagliano (2011, p.37).

[....]

Não é possível apresentar um conceito único e absoluto de Família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias.

De modo geral, família é o aconchego onde os seres humanos experimentam todos os tipos de sentimentos ao mesmo tempo, como felicidade, angústias e frustrações; é nela que o ser humano se desenvolve psiquicamente e emocionalmente. Esclarece Dower (2009, p.24):

[...]

O termo família indica um conjunto de pessoas unidas por relação de parentesco (avós, pais, filhos, tios, primos). Ela é reconhecida como base da sociedade. “A família base da sociedade, diz o art. 226 da CF, tem especial proteção do Estado”, ou seja, por se tratar de instituição de grande importância, o Estado tem a incumbência de protegê-la.

Nesse sentido e sob o aspecto jurídico, Gonçalves (2012, p.17) nos ensina que:

[...]

Latu sensu, o vocábulo *família* abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins.

Por via de consequência, hodiernamente não podemos conceituar família unicamente sob o prisma jurídico, haja vista que cada vez mais a família está ancorada na afetividade, e hoje, os membros que a compõem, preocupam-se prioritariamente com a felicidade e o bem estar uns dos outros.

Enfim, o que norteia nos dias atuais o conceito de família é o afeto e a busca da felicidade de todos os indivíduos que a compõem. Nesse diapasão, segue o pensamento de Pastore (2011, p.55):

[...]

Portanto, não há mais falar em família sem o condão afetivo que necessariamente deve sustentá-la, não se olvidando das relações de solidariedade e cooperação, agora a ela inerentes. A valorização de sentimentos entre seus membros trouxe à baila a concepção eudemonista de família, a qual sucumbiu com a ideia da entidade patriarcal caracterizada por ser uma unidade de produção.

2.2 Evolução do Modelo Familiar no Brasil

Ao longo dos séculos a instituição família sofreu grandes transformações para adaptar-se às mudanças culturais, e por via de consequência, suas funções

também passaram a ser outras. Na antiguidade em romana a família era chefiada pelo *pater* que detinha o poder e controle sobre todos os entes, quais sejam: esposa, concubina, irmãs, filhos, escravos; todos moravam juntos e deviam obediência ao *pater*. Nessa época, a família tinha origem reconhecida com o casamento e era extremamente religiosa e patrimonialista.

A função patrimonialista se consubstanciava na produção de produtos voltados ao consumo e pequeno comércio pela própria família. Além desta, a função religiosa era muito presente no núcleo familiar, uma vez que cada uma cultuava seus próprios deuses. Nesse cenário o patriarca detinha o papel de maior destaque, pois ele era ao mesmo tempo sacerdote, chefe político e juiz.

A sociedade foi, com o passar do tempo, tornando-se mais complexa e algumas funções que eram exercidas pela família vão sendo suprimidas. A função religiosa, por exemplo, extingue-se a partir do surgimento do cristianismo, assim entende Coelho (2012, p.27): “A difusão do cristianismo retirou da família a função religiosa”.

Vejamos o que esclarece Penha (2008, p.46), nesse sentido:

[...]

Com a vinda do cristianismo, as relações sexuais foram destinadas à procriação, devendo haver a sua prática apenas após o casamento. Só poderia então ocorrer um segundo casamento caso um dos cônjuges tivesse morrido, ou cometido adultério, sendo proibido pela igreja o divórcio e as uniões informais.

Tempos depois, já em meados do século XIX, e com o advento da Revolução Industrial a função econômica da família foi substituída pelas máquinas, uma vez que tudo que era produzido unicamente pelos membros da família passou a ser produzido em grandes proporções, a fim de expandir o comércio. O patriarca acaba por perder parte do domínio sobre a família. Assim podemos vislumbrar nos ensinamentos de Coelho (2012, p. 28):

[...]

A desfuncionalização econômica da família terá um efeito claro no modelo de sua estruturação. O chefe da família perde um poder significativo, o de escolher com quem vão casar seus filhos. A organização da economia já prescindir de um poderoso tirano à frente da unidade produtiva, como forma de garantir seu funcionamento: a empresa capitalista substitui a família na função econômica.

Nessa mesma esteira nos ensina Pastore (2011, p.53):

[....]

assim, a família baseada essencialmente no matrimônio dá lugar a uma sociedade pluralizada, aberta e multifacetária. Na mesma medida, o caráter eminentemente patriarcal cede lugar a um espaço, agora democrático”.

A esposa passa a ter um papel diferente na família e com a evidente força decorrente dos movimentos feministas, a mulher começa a ganhar espaço no mercado de trabalho e não mais comporta-se sob a égide do marido, pois precisa trabalhar fora do ambiente familiar para ajudá-lo com as despesas do lar.

Surge nesse novo cenário, um modelo de família bem diverso daquele já mencionado e que tinha como principais objetivos a preservação da espécie, do patrimônio e da religião.

Enfim, como resultado das revoluções e movimentos sociais, surgiram novas relações informais entre homens e mulheres, dentre as quais desencadeou o aparecimento da união estável.

Como consequência dessa mudança cultural vem o direito a sofrer transformações, visando adaptar-se às novas exigências e, assim, o Direito de família ao sofrer influência Constitucional ampliou o conceito desse instituto para além do casamento. E em decorrência disso, os filhos havidos fora do casamento não sofriam mais distinção.

Cada vez mais, nos dias atuais, temos a prevalência da igualdade e a liberdade entre os seus membros, no qual cada um se sustenta por seus próprios esforços e ajudam os demais a complementarem o orçamento familiar. Nesse sentido, entende Penha (2008, p.48):

[....]

A família pós-moderna tem pouca interação entre seus membros, mas suas funções estão remodeladas com base na igualdade de direitos entre homens e mulheres e a não discriminação entre filhos.

Dessa forma, com a evolução da sociedade e conseqüentemente das relações humanas tornaram-se evidente os novos conceitos de família, e aquela antes pautada no patrimonialismo atualmente volta-se para o afeto. Trata-se da conhecida família eudemonista, que consiste na realização plena dos seus membros através do afeto recíproco.

[...]

Surgiu um novo nome para esta nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar. (DIAS, 2005, p. 48).

Dentre os vários tipos de família, temos a monoparental, constituída apenas pelos filhos e um de seus genitores, seja por causa da viuvez, separação, produção independente, adoção unilateral, entre tantos outros motivos.

Cabe citar ainda a família nuclear, que é aquela formada pelos os dois genitores e os filhos, tradicionalmente conhecida. E, por fim, a família homoafetiva que, embora desnuda de proteção legal e marginalizada por não atender a estereótipos conservadores, tornou-se uma realidade na sociedade moderna.

Dessa forma entende Dias (2007, p.2):

[....]

Pluralizou-se o conceito de família, que não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Não há como afirmar que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente esta convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é uma simples recomendação em transformá-la em casamento.

Sendo assim, e como mencionado em linhas anteriores, não é possível falar em um único molde de família observemos o que diz Coelho (2012, p. 33).

[....]

Centrada a atenção apenas no ambiente urbano, podem-se divisar os mais variados tipos: há os núcleos compostos pelo esposo, esposa e seus filhos biológicos; o viúvo ou viúva e seus filhos, biológicos ou adotivos; pai ou mãe divorciado e seus filhos, biológicos ou adotivos; esposo, esposa e os filhos deles de casamentos anteriores; esposo, esposa e o filho biológico de um deles havido fora do casamento; esposo, esposa e filho adotivo; casais não casados, com ou sem filhos; pessoas do mesmo sexo, com ou sem filhos, biológicos ou adotivos, de um deles ou de cada um deles; a homossexual e o filho da companheira falecida; avó e neto; irmãs solteiras que vivem juntas etc.

Em suma, as mudanças sofridas pelo instituto deram ensejo às diversas formas de família dentre elas a família composta pelo casamento civil, pela união

estável, pela relação monoparental entre ascendente e qualquer de seus descendentes, como prevê a Constituição Federal de 1988. Porém o fato de o legislador não prever expressamente a união homoafetiva na Magna Carta, não impossibilita tampouco inviabiliza a existência da mesma na sociedade.

Todavia trataremos da família homoafetiva de maneira mais profunda em capítulo específico deste trabalho.

2.3 O Reconhecimento da União Homoafetiva como Entidade Familiar

O Poder Constituinte, ao prever no art. 226, §3º da Carta Magna a união estável como sendo aquela composta por um homem e uma mulher, reconheceu, apenas esta união como digna da tutela estatal, fazendo discriminação a qualquer outra, e contrariando os princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana, e o da não discriminação (DIAS, 2007). Por outro lado, há doutrinadores que entendem que se deve fazer uma interpretação ampla e considerar a relação homoafetiva como entidade familiar, em virtude de o referido art. 226 trazer em seu texto um rol meramente exemplificativo e não exaustivo. Nesse diapasão vejamos o entendimento de três autores renomados:

Lôbo (2011, p. 90), esclarece que:

[....]

A ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação. As uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria. Como a legislação ainda não disciplinou seus efeitos jurídicos, como fez com a união estável, as regras desta podem ser aplicáveis àquelas, por analogia (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), em virtude de ser a entidade familiar com maior aproximação de estrutura, nomeadamente quanto às relações pessoais, de lealdade, respeito e assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos.

Maria Berenice Dias (2007, p.3) expande:

[....]

Mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos que são alvo da exclusão social, enquanto a

homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito.

Lenza (2008, p. 860), na mesma esteira, argumenta que:

[....]

Deve ser feita uma interpretação mais ampla do art. 226, § 3º (que discorre sobre a união estável entre homem e mulher), à luz do caput, que prestigia a proteção da família, e, especialmente, do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).

Não temos dúvida de que o direito tem de evoluir para disciplinar a realidade social das uniões homoafetivas, assegurando o direito de herança, previdência, propriedade, sucessão e, quem sabe, no futuro, de acordo com a evolução da sociedade, de adoção de crianças e qualquer outro direito assegurado à união estável como entidade familiar.

Destarte, observa-se, pois que a força da doutrina e posteriores decisões tem atribuído às relações homoafetivas lastro e amparo nos princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade e da Igualdade, daí o entendimento conclusivo de Rios (2001, p.110 *apud* SILVA 2007, p.16) ao definir que: "as relações entre pessoas do mesmo sexo estão inseridas no âmbito jurídico familiar em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, não existindo razão para a sua exclusão".

Na mesma linha, cabe ainda ressaltar o posicionamento de Dias (2007, p.5).

[...]

As uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não previstas expressamente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, fazem jus à tutela jurídica. A ausência de regulamentação impõe que as uniões homoafetivas sejam identificadas como entidades familiares no âmbito do Direito das Famílias. A natureza afetiva do vínculo em nada o diferencia das uniões heterossexuais, merecendo ser identificado como união estável.

Observa-se, portanto, o que se tem por trás de tantos argumentos contrários a regulamentação da união dos pares homoafetivos são o preconceito e o conservadorismo excessivo por parte da sociedade. Cumprindo com uma de suas atribuições, qual seja suprir lacunas, o Supremo Tribunal Federal em maio de 2011 concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº132, nas quais se discutia a equiparação da união estável de pessoas do mesmo sexo à entidade

familiar, prevista no art.1723 do CC, quando preenchidos os requisitos semelhantes. E por decisão unânime o STF conheceu a constitucionalidade da união homoafetiva, consubstanciando-se numa decisão histórica para o direito.

Cabe destacar, diante da magnitude, um trecho do voto do então relator o Ministro Aires Brito.

[...]

“Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade”.

Em outro trecho, aduz o Ministro Aires Brito:

[...]

“Verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme a Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade conhecimento do público (não clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família”.

2.4 A Importância da Convivência Familiar para o Desenvolvimento Saudável de Crianças e Adolescentes.

A família é a primeira referência do ser humano, uma vez que, é nela que todo ser se desenvolve fisicamente, psiquicamente e emocionalmente. Vejamos os ensinamentos de Lôbo (2011, p. 74):

[...]

Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

O art. 227, caput, da CF/88 prevê, expressamente, dentre tantos direitos fundamentais, o da convivência familiar. Este deve ser assegurado a todas as crianças e adolescentes preferencialmente em família natural ou, não sendo

possível em família ampliada ou substituta, através de institutos como a guarda, tutela e adoção.

O direito a convivência familiar é mais que um direito, é uma necessidade que o ser humano tem de manter laços de afetividade com os membros que compõem a família. Trata-se de um direito personalíssimo, indisponível e fundamental, tanto é que mesmo com a dissolução do casamento a lei resguarda o direito da criança ao convívio familiar. Assim leciona Fonseca (2011, p.64) “Significa respeitar a convivência da criança com os pais, com os idosos, com seus avós, assegurando – se, inclusive, o direito de visitas”.

Além de previsão constitucional, o direito de a criança e o adolescente conviverem em ambiente familiar saudável encontra guarida no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil e é efetivado por meio do Poder Familiar, por ser a criança um sujeito de direitos civis, políticos e sociais, mas também em função da sua peculiaridade de pessoa em desenvolvimento.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.010, de 3 – 8 - 2009, o direito da criança de conviver com a família foi evidenciado, sendo atribuído ao poder público e às entidades não governamentais o dever de empregar todos os esforços para que tal direito seja garantido, de forma a manter sempre que possível a criança ou o adolescente no seio de sua família natural, e que somente seja colocada em uma nova família caso esteja comprovada a impossibilidade de a criança conviver com a família natural (art. 1º, § 1º da Lei de Adoção).

Ademais o ECA em seu art. 19 prevê o direito a convivência familiar às crianças e adolescentes aliado aos princípios da prioridade absoluta e da preferência da família natural, bem como juramenta a elaboração e implementação de políticas públicas específicas, a fim de evitar o afastamento da criança da família de origem, além de visar o fortalecimento dos laços e vínculos afetivos, nos casos em que os pais estejam envolvidos com drogas e outros entorpecentes, pois mesmo nessas condições há que se ter cautela para que a criança não seja colocada em outra família, que não a natural, de forma desnecessária, precipitada e traumática (arts. 90, inciso I, 101, inciso IV, 129, incisos I a IV, do ECA).

Em todas as ações a serem desenvolvidas pelo poder público há de se atentar sempre aos princípios da autonomia da família e da responsabilidade parental, competindo ao Estado apenas assessorar e não buscar substituir a família

na função de desenvolvimento sadio da criança ou adolescente (art. 100, parágrafo único, inciso IX, do ECA).

Por outro lado, caso todas as tentativas e ações destinadas a manter a criança na família natural restem frustradas, deve-se subsidiariamente ser promovida a colocação da criança ou adolescente em família substituta (art.100, inciso X, do ECA), sempre observando os princípios do melhor interesse da criança e da proteção integral, de modo a garantir o desenvolvimento saudável do infante.

É importante destacar que intimamente ligado ao direito à convivência familiar está o instituto do poder familiar, pois é através dele que a convivência familiar se concretiza. Gonçalves (2012, p. 412) descreve poder familiar da seguinte forma “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”.

Da mesma forma leciona Coelho (2012, p. 412):

[...]

À ingente responsabilidade que os pais têm devem corresponder os meios para cumpri-la. Por isso, a família se organiza com a atribuição a eles de um *poder*, que exercem sobre os filhos. Justifica esse poder o adequado cumprimento das funções associadas à paternidade e maternidade. É um simples instrumento para a realização dos objetivos de preparação dos filhos para a vida; objetivos que a sociedade reserva aos pais, e espera sejam atendidos, na formação de seus membros.

Lôbo (2011, p. 295) conceitua poder familiar da seguinte forma, “O poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos”.

Cabe ressaltar que o poder familiar é conferido igualmente a ambos os pais e na mesma proporção, sendo que na ausência de um o outro exerce plenamente esse poder. Esse seria o caso da família monoparental, todavia o fato de os pais não conviverem sob o mesmo teto, não permite que um exerça o poder familiar sem a concordância do outro. Para melhor esclarecer a situação Coelho (2012, p. 415) exemplifica:

[...]

O pai não pode escolher sozinho em que escola o filho será matriculado; nem a mãe tem o direito de o representar na prática de negócio jurídico, sem o concurso do pai. Em caso de divergência,

qualquer um dos pais pode requerer ao juiz que decida como ela deve ser superada (CC. art. 1.631, parágrafo único). A decisão judicial deve pautar-se, evidentemente, no interesse do filho.

Por via de consequência, o poder familiar constitui-se de *múnus público*, por isso não pode ser renunciado, alienado, delegado ou substabelecido, pois não podem os pais sob sua própria vontade transferi-lo a um terceiro. É também incompatível com a tutela, uma vez que não se pode nomear tutor a menor, quando os pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar. Vejamos a inteligência do art. 1.634, do Código Civil de 2002, no tocante aos direitos e deveres imputados aos pais, em relação aos filhos:

[...]

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A *priori* o poder familiar perdura até a maioridade do filho, todavia pode ocorrer a extinção desse poder de forma prematura como, por exemplo, com a morte dos pais ou do filho, ou mediante a emancipação do menor, ou ainda através da suspensão ou destituição do poder familiar por decisão do poder judiciário como penalidade, ao uso indevido desse poder pelos pais. Assim esclarece Gonçalves (2012, p. 427):

[....]

Com a morte dos pais, desaparecem os titulares do direito. A morte de um deles faz concentrar no sobrevivente o aludido poder. A morte de ambos impõe a nomeação do tutor, para se dar sequência à proteção dos interesses pessoais e patrimoniais do órfão. A morte do filho, a emancipação e a maioridade fazem desaparecer a razão de ser do instituto, que é a proteção do menor.

À guisa de fundamentação, podemos destacar o art. 24, do ECA que prevê a suspensão e a perda do poder familiar.

[....]

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Eis, pois, que a perda do poder familiar é a pena mais severa aplicada aos pais, nos casos em que os mesmos agem com descuido, ou mesmo quando aplicam castigo imoderado ao filho, quando houver abandono, dentre outros atos típicos e característicos de negligência familiar.

3 ADOÇÃO NO BRASIL.

3.1 Conceito e Evolução Histórica da Adoção no Brasil.

O ECA em seu art. 41, caput, expressa que “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

Sendo, portanto, a condição de filho que orienta a adoção, para (DOWER, 2009, p.268) “a adoção é ato jurídico que estabelece entre adotante e adotado uma relação de paternidade ou maternidade, e de filiação”.

Na mesma linha de raciocínio (GONÇALVES, 2012, p. 376) define “adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”.

Aduz Coelho (2012, p. 364):

[....]

A adoção é processo judicial que importa a substituição da filiação de uma pessoa (adotado), tornando-a filha de outro homem, mulher ou casal (adotantes). Ela está regida, no direito positivo brasileiro, pela Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA), quando o adotado tem até 12 anos de idade incompletos (*criança*) ou entre 12 e 18 anos de idade (*adolescente*) (CC art. 1.618). Sendo maior de 18 anos o adotado, a adoção dependerá da assistência efetiva do Poder Público e de sentença judicial, aplicando-se subsidiariamente o ECA (CC, art. 1.619).

Como dito alhures, mister se faz empenhar todos os esforços para que seja mantida a criança ou adolescente no seio da família natural, porém caso isso não seja possível, haverá a intervenção do Estado para proteção integral da criança colocando-a em família substituta.

No Código Civil de 1916 a adoção possuía como natureza jurídica o seu caráter contratual, sendo um negócio jurídico bilateral e solene. Com o advento da Constituição de 1988, a adoção passou a ter como sua natureza um ato jurídico solene e não mais negócio, contudo ato complexo, uma vez que pressupõe a chancela do judiciário para sua efetivação. Assim dispõe o caput do art.47 do ECA, *in verbis*: “O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”.

A Lei 12.010/2009, intitulada Lei da Adoção, veio para disciplinar o instituto e abolir um conflito que havia entre o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando se falava em adoção, uma vez que o CC entrou em vigor em 2002 e não deixou claro se revogava ou não o ECA.

Dessa forma a nova lei de Adoção extirpou quaisquer dúvidas que haviam, revogando as disposições específicas do CC que dispunham sobre adoção, restando em vigor apenas as disposições genéricas do referido diploma, bem como as disposições suplementares ao ECA.

Grandes foram as modificações sofridas pelo instituto, porém todas necessárias, pois nos tempos remotos, a adoção era vista a partir de um enfoque meramente patrimonialista, conforme nos ensina Bernardino (2013,p.3)

[....]

A adoção é um instituto antigo e remonta ao Código de Hamurabi, que a definia como uma espécie de contrato (cf. XI - ADOÇÃO, OFENSAS AOS PAIS, SUBSTITUIÇÃO DE CRIANÇA). A adoção foi instituída com o animus de conceder descendentes aos casais inférteis.

[....]

Silva (2007, p.19), leciona que a questão da adoção surgiu no Brasil com a consolidação das Leis Cíveis, com Teixeira de Freitas, determinando aos juizes: “conceder cartas de legitimação aos filhos sacrilégios, adulterinos e incestuosos, e confirmar as adoções”.

A adoção no Brasil já era presente desde as Ordenações Filipinas, pois nessa época recém nascidos eram abandonados, as mães solteiras que não queriam seus filhos ou que não tinham condições para criá-los e assumir publicamente os colocavam em um sistema de “Roda” giratória, também conhecida como “RODA DOS ENJEITADOS”, que preservava a identidade da mãe. Em seguida a freira recolhia a criança que seria cuidada pela instituição e depois encaminhada para asilos. Essas crianças ou eram criadas por essas instituições ou eram escolhidas e encaminhadas para trabalhar como serviçais nas casas de famílias bem sucedidas.

Consoante citado nos aspectos históricos, em 1927 o Código de menores proibiu o sistema de “Rodas”, a partir desta época os bebês passaram a ser entregues diretamente as freiras ou a pessoas que faziam parte dessas entidades. O referido diploma trouxe dois tipos de adoção, a simples para menores de 18 anos

em situação irregular e maiores de idade pelo Código Civil, e a adoção plena prevista aos menores de sete anos, a qual o desligava de qualquer vínculo com a família natural, inclusive quanto ao registro civil do adotando que era cancelado. Diferentemente de hoje em dia, o instituto da adoção resguardava mais os interesses do adotante que do adotado, pois o Código de Menores tinha a marca da situação irregular, que eram os delinquentes ou abandonados e, dessa forma todas as outras crianças/adolescentes que não se enquadravam nessas situações não estavam sob a sua égide. Portanto, o objetivo do Código de Menores não era proteção e nem assegurar direitos às crianças, e sim proteger a sociedade daqueles que, por estarem em situação de abandono ou irregular, pudessem vir a delinquir e perturbar a paz da coletividade.

Após o Código Civil de 1916 a adoção passou a ser sistematizada, porém era encarada sob o prisma da discriminação, na qual eram feitas distinções entre filhos naturais e filhos adotivos.

Hodiernamente essas diferenças desapareceram em virtude da Carta Magna de 1988, momento em que os filhos adotivos passaram a possuir os mesmos direitos que os filhos biológicos.

Alguns doutrinadores ainda defendem existir dois tipos de adoção: a adoção civilista e a estatutária, porém tal distinção apresenta-se como irrelevante, pois o que realmente importa é o melhor interesse da criança, o direito de conviver em ambiente familiar seguro e estruturado, bem como a função social que a adoção exerce. Desse modo nos ensina Pereira (2011, p.3):

[...]

A família é a base para a formação do caráter, da personalidade, do ser humano como um todo - aspectos físicos, morais, éticos, educacionais, afetivos, dentre outros. É nela que se desenvolvem laços afetivos fundamentais a uma vida saudável e completa; além de assegurar a proteção do ser humano em desenvolvimento, seja pelos cuidados, pelo amor ou pela própria condição digna de vida. A ausência desta convivência pode trazer ao indivíduo não apenas danos pontuais na educação, saúde e crescimento, mas também danos psicológicos, pela falta de afeto, pelo abandono/ausência de pais/família, pela solidão.

3.2 Tipos de adoção

Embora após a entrada em vigor da Lei de Adoção, existir um único preceito legal para o instituto, o judicial, temos vários tipos de adoção, seja por conta da forma como é demandada ou por quem a ajuizou. Dessa forma, pode ser bilateral, unilateral, póstuma, *intuitu personae*, à brasileira, internacional e, por fim, a adoção homoafetiva, que será abordada em capítulo separado por ser o objeto principal desse estudo.

A adoção bilateral encontra-se prevista no art.42, § 2º, do ECA e é também conhecida como adoção conjunta. Trata-se daquela concedida a duas pessoas que sejam unidas pelo laço do matrimônio ou pela união estável e comprovada a estabilidade da família, pois a legislação pátria exige para adoção por duas pessoas, que estes sejam casados ou que convivam em união estável. Referida restrição é advinda do antigo Código Civil 1916, que tinha como preceito a família constituída pelo casamento. Assim explica Bordallo (2010, p. 248):

[...]

A exigência de que o requerente da adoção seja casado importa em obstáculo a que se retirem crianças e adolescentes de uma vida de infortúnios para colocá-los no seio de uma família. Enfim, não se pode ter como pressuposto à postulação da adoção o estado civil do requerente.

No entanto, podem também adotar conjuntamente os divorciados e os separados judicialmente, desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal e além desse requisito devem ser observados outros requisitos objetivos exigidos na Lei de Adoção e no Estatuto, os quais serão explicitados em tópico posterior.

Já a adoção unilateral refere-se à forma individual, ou seja, postulada por apenas uma pessoa, conforme prevê o art.41,§ 1º, do ECA: que pode um dos cônjuges ou companheiro adotar o filho do outro.

A adoção unilateral é nos dias atuais algo corriqueiro diante de tantas alterações sofridas pela família ao longo dos séculos, pois são várias as situações que podem ensejá-la, a exemplo da viuvez de um dos pais biológicos. Nada impede que o sobrevivente refaça sua vida e tenha como novo companheiro; alguém que lhe auxilie na criação do infante, e em decorrência dessa convivência diária e afetiva, ambos queiram oficializar juridicamente tal situação através da adoção.

É também possível que um homossexual adote individualmente, uma vez que o ECA em todo seu texto não faz qualquer menção à orientação sexual do adotante.

Nesse mesmo sentido leciona Coelho (2012, p. 374):

[...]
Qualquer pessoa física nessas condições pode adotar individualmente a criança ou adolescente. Nada obsta a adoção pelo solteiro, viúvo, separado ou divorciado que viva sozinho, hipótese em que se constituirá uma família monoparental. Aliás, mesmo que o adotante seja casado ou viva em união estável, admite-se a adoção unilateral. Precisar, contudo, nesse caso, da anuência do outro cônjuge ou convivente (ECA, art. 165, I).

Depreende-se, pois, diante dos argumentos acima que desde que atendidos todos os requisitos legais exigidos no Estatuto é possível que uma pessoa solteira, casada ou viúva adote formando uma família.

Entende-se por adoção póstuma, também denominada *adoção "post mortem"* e prevista no art. 42, § 6º do ECA aquela caracterizada pelo falecimento do adotante no curso do processo judicial, antes da prolação da sentença, e, nesse caso, a adoção passa a produzir efeitos desde o óbito do adotante e não do trânsito em julgado da sentença.

Dessa forma, aduz Gagliano (2012, p. 586):

[...]
Trata-se, em nosso sentir, de uma medida de justiça, em respeito à pessoa que, tendo iniciado o procedimento de adoção, segundo a sua livre manifestação de vontade, teve a vida ceifada, pelas mãos do destino, antes da prolação da sentença.

Em suma, tal medida visa garantir os direitos sucessórios do adotado em face da morte do adotante em sua inequívoca vontade de ter aquela criança como seu filho.

A adoção *intuitu personae* ocorre quando os pais da criança escolhem quem serão os adotantes. Trata-se de uma adoção direcionada, da mesma forma quando os adotantes escolhem a criança que desejam adotar e os pais concordam. O grande problema consiste na forma como é realizada referida modalidade de adoção, vez que a escolha subjetiva é feita antes que o pedido de adoção seja encaminhado ao judiciário ou muitas vezes é celebrado um contrato entre as partes

antes mesmo do nascimento da criança, sendo que o acordo e a entrega do bebê aos pais adotivos ocorrem sem qualquer intervenção da justiça.

O lado positivo dessa modalidade de adoção está no fato de que é melhor que uma mãe doe seu filho a alguém que possa criá-lo com amor e afeto do que abandoná-lo em qualquer lugar a exemplo do que vemos por diversas vezes na televisão em noticiários quando mães, logo após o parto, deixam seu filho em lixeiras ou córregos, configurando crime de abandono de incapaz, o que tem chocado frequentemente a sociedade.

Por outro lado há doutrinadores que são contrários à adoção *intuitu personae* em razão da proximidade e do vínculo entre a criança adotada e os seus pais biológicos, que acaba sendo mantido mesmo após a adoção. Vejamos os ensinamentos de Fonseca (2011, p. 146):

[...]

É uma adoção que pode violar o cadastro de pessoas habilitadas. Em tais casos, antes de ser uma violação legal, devemos atender o melhor interesse da criança, até porque, no mais das vezes, a mãe biológica fica por perto da criança e acompanha o crescimento do filho junto à família adotante.

Outro argumento contrário e de grande relevância é a hipótese de os pais estarem entregando seu filho a outra pessoa em troca de dinheiro ou de algum benefício, configurando a venda da criança por parte dos pais biológicos, infringindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Observemos as lições de Bordallo (2010, p.252):

[...]

Por certo que a troca de uma criança por dinheiro ou algum outro benefício é fato que causa grande repulsa e também somos contrários a ela, mas é certo que nem sempre isto irá ocorrer. Não se deve ter a ideia de má-fé envolvendo todos os atos que são praticados envolvendo a entrega de uma criança, sendo este um preconceito dos profissionais do direito. Existindo alguma suspeita que tal situação possa ter ocorrido, deverá ser investigada no transcorrer do processo de adoção, sendo tomadas as medidas legais cabíveis, caso seja ele comprovado.

Importante ressaltar que esse tipo de adoção pode trazer insegurança jurídica, bem como não se pode ter certeza de que foi respeitado o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, o qual deve ser sempre observado,

haja vista que a adoção deve acarretar mudanças positivas e significativas para o adotado.

Observa-se, pois a necessidade de cautela quanto à aceitação da adoção *intuitu personae* e deve ser a partir da análise de cada caso concreto, desde que verificada as vantagens para o adotado e os vínculos de afetividade entre as partes envolvidas.

Já a adoção “à brasileira” implica crime previsto no art. 242 do Código Penal, configurado pelo registro de filho alheio como se próprio fosse, ou seja, ao receberem dos pais biológicos uma criança que não desejam ou não podem criar, estes vão direto ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e declaram-se pais da criança. Porém esse registro é passível de nulidade por conter um vício.

Nesse sentido preleciona Bordallo (2010, p.256):

[...]

Muitas pessoas assim procedem, por motivos os mais diversos, dos quais podemos enumerar: não desejarem que o fato seja exposto em um processo, achando que assim agindo a criança nunca saberá que foi adotada; receio que a criança lhes seja tomada ao proporem a ação, considerando a existência do cadastro que deve ser respeitado; medo de não lhes ser concedida a adoção. Preferem assumir o risco e praticar ato que o ordenamento jurídico tipifica como crime (art. 242 do CP).

Diante do exposto temos que a adoção “à brasileira” não pode ser considerada uma modalidade de adoção, uma vez que trata-se de ato ilícito incompatível com o instituto.

Finalmente tem-se na legislação em vigor a adoção Internacional, realizada por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do Brasil e prevista no Estatuto nos arts. 46, § 3º, 51, 52, 52-A, 52-B, 52- C, 52-D, bem como na Convenção de Haia de 29 de maio de 1993, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999.

Se a adoção já é medida excepcional, referida modalidade é mais ainda, vez que poderá estar contaminada pelo estigma do preconceito e da precaução, uma vez que pessoas mal intencionadas podem utilizar-se do instituto para a prática de tráfico de crianças, dificultando assim a defesa da criança brasileira em outro país. Nas lições de Coelho (2012, p. 381):

[...]

A adoção de brasileiros por pessoa residente ou domiciliada no exterior é medida excepcional e depende de cautelas visando impedir que por meio dela tenha curso o tráfico internacional de menores.

Diariamente, nos quatro cantos do mundo, há crianças que são compradas, vendidas e transportadas para longe de suas casas. O tráfico de crianças constitui uma das mais sérias violações aos direitos humanos.

Por outro lado a adoção internacional é uma modalidade bastante interessante, pois temos uma grande quantidade de crianças abandonadas em instituições e que por muitas vezes não são adotadas por brasileiros em razão de possuírem pele negra, idade avançada, doença ou deficiência que lhe imponha limitações, pois os brasileiros ao tentarem adotar têm preferências por bebês de pele branca e saudáveis, e os estrangeiros geralmente não fazem tais exigências, sendo uma forma de desafogar os abrigos e ao mesmo tempo propiciar uma vida digna como toda criança merece e tem direito. Nessa esteira, entende Gagliano (2012, p. 591):

[...]

Trata-se de um instituto jurídico importante, que tem base constitucional, mas que inspira redobrada cautela. Se por um lado, não podemos deixar de incentivar a adoção, como suprema medida de afeto, oportunizando às nossas crianças e aos nossos adolescentes órfãos uma nova vida, com dignidade, por outro, é de se ressaltar a necessidade de protegê-los contra graves abusos e crimes.

São muitos os prós e os contras em relação a essa modalidade de adoção, mas é certo que a adoção nacional é preferida em relação a internacional, está só deveria ser realizada depois de consultado o cadastro da comarca, do Estado e Nacional e se constatado que não existia adotante interessado em adotar aquela criança/adolescente.

Porém, em 24 de março de 2014 o Conselho Nacional de Justiça aprovou proposta que permite a inclusão de pretendentes domiciliados no exterior, sejam brasileiros ou estrangeiros, devidamente habilitados nos tribunais estaduais, no Cadastro Nacional de Adoção, aumentando assim a visibilidade dos pretendentes que moram fora do país, da mesma forma que aumenta as chances da adoção de crianças e adolescentes que não tem o perfil eleito pelos brasileiros. Contudo

mesmo após a alteração via resolução 54 do CNJ a adoção brasileira ainda se mantém preferível à adoção internacional por questão de cautela, além da adaptação da criança em todos os sentidos.

Por conta de todos os riscos que cercam a saída de um infante do território brasileiro é que a adoção internacional é precedida de bastante rigor e cautela por nossa legislação, que além de requisitos internos faz outras exigências que estão previstas desde no art. 46, § 3º e no art. 51 *usque* 52 D, bem como na Convenção de Haia, a exemplo da previsão dos dispositivos abaixo descritos:

[...]

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 3º. Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, **o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias.** (grifo nosso).

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no Artigo 2 da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999.

§ 3º. A adoção internacional pressupõe a **intervenção das Autoridades Centrais Estaduais e Federal em matéria de adoção internacional.** (sem grifo no original).

Note-se que, além dos requisitos que serão estudados no próximo tópico são somados a esses mencionados alhures para que haja a concessão da medida em cunho internacional.

Ademais é também considerada adoção internacional àquela postulada por brasileiro residente ou domiciliado em outro país e que, apesar de ter preferência em relação ao estrangeiro, deve obedecer a todas as exigências feitas pela legislação retromencionada.

3.3 Dos Requisitos para a Adoção no Brasil.

Conforme dispõe o artigo 42 e seguintes do ECA, são requisitos para adotar:

a) Inviabilidade de manutenção em família natural ou extensa, como previsto no art. 39, § 1º, do ECA *in verbis*: “ A adoção é medida excepcional e irrevogável, à

qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta lei”. Assim vejamos os ensinamentos de Coelho (2012, p.368):

[....]

A criança e o adolescente devem crescer e se preparar para a vida adulta no seio de sua família natural. É esta a melhor alternativa para sua formação psicológica, por menos preparados que estejam os integrantes da família natural para a tarefa. Não se mostrando viável a manutenção das crianças e adolescentes no âmbito da família natural, deve-se priorizar a integração à família extensa (ou *ampliada*), assim considerada a constituída por parentes próximos, com os quais a criança ou o adolescente conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade (ECA, art. 25, parágrafo único).

Contudo, mesmo que sejam empenhados todos os esforços em manter a criança na convivência da família de origem ou extensa, não sendo possível essa manutenção, sempre destacando o melhor interesse da criança e a proteção integral da mesma, recorrer-se-á ao instituto da adoção, que é medida extrema e excepcional.

b) Ter idade mínima de dezoito anos. O ECA não faz menção à idade máxima, cabendo ao juiz fixar de acordo com as necessidades e o interesse do adotando. Portanto, o adotante deverá possuir idade mínima de dezoito anos e discernimento para prática desse ato, não importando sexo nem estado civil. Exige-se, porém, que haja a diferença mínima de dezesseis anos entre o adotante e o adotando, e que a pessoa que irá adotar uma criança ou um adolescente não seja irmão ou ascendente do mesmo. Dessa forma, complementa Lôbo (2011, p. 277):

[....]

Ante a natureza do ato, que supõe inserção em ambiente familiar saudável, propiciador do pleno desenvolvimento humano do filho, estão impedidos de adotar os ébrios habituais e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, considerados relativamente incapazes (art. 4º).

É importante destacar que o estado civil também pouco importa quando o assunto é adoção, uma vez que nada impede que o solteiro, o viúvo ou mesmo o divorciado que vive sozinho possa adotar, constituindo-se assim a família monoparental.

Ademais nada implica que o adotante casado ou que conviva em união estável adote sozinho, porém para tanto haverá a necessidade de anuência do outro cônjuge ou convivente, conforme prevê o art. 165, inciso I, do ECA.

Com relação ao gênero sexual, o ECA não faz nenhuma ressalva, inclusive já tem sido acolhida a adoção por homossexual. Vejamos o que ensina Gonçalves (2012, p.387).

[....]

A adoção por homossexual, individualmente, tem sido admitida, mediante cuidadoso estudo psicossocial por equipe interdisciplinar que possa identificar na relação o melhor interesse do adotado.

Até o exato momento destacamos apenas a adoção individual, mas é possível e salutar a adoção conjunta por casal que esteja unido pelo matrimônio ou por união estável, desde que ambos possuam dezoito anos, uma vez que com o advento da Lei 12.010/09 foram revogados alguns artigos do CC e não mais permite a adoção conjunta quando um dos pares não possui dezoito anos, sendo um requisito indispensável à concessão, haja vista que mesmo um adulto possuindo dezoito anos, é possível que não tenha maturidade suficiente e ou não se interesse para tal ato, sendo certo que cuidar e educar uma criança ou adolescente pressupõe muita responsabilidade e comprometimento.

Vale destacar, que em 14 de maio de 2013 o Conselho Nacional de Justiça editou a resolução 175, na qual veda às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Essa resolução foi criada com fundamento na decisão histórica do STF que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar por analogia à união estável heterossexual. Cabe pontuar que tal medida serve de fundamento à concessão da adoção por casal homoafetivo.

Da mesma forma prevê o art. 42, § 4º, do ECA que também podem adotar conjuntamente os divorciados, os separados judicialmente e os ex- companheiros, caso o estágio de convivência com criança ou adolescente tenha sido iniciado antes da dissolução conjugal, comprovada a existência de vínculo afetivo e de afinidade entre a criança/adolescente e o não possuidor da guarda.

Porém por se tratar de uma medida excepcional que deve ser justificável, devem ambos estar de acordo sobre a guarda do menor e o regime de visitas, de

modo a assegurar ao infante o direito à convivência familiar. Na ausência de acordo a adoção deverá ser deferida a apenas um dos postulantes, obviamente àquele que demonstrar melhores qualidades morais, emocionais e éticas, com o fito de sempre analisar sob os princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança/adolescente.

Dessa forma, segue o pensamento de Fonseca (2011, p.159) para melhor compreensão:

[....]

Nesses casos, de forma excepcional, a Lei permite que os divorciados, os separados judicialmente e/ou aqueles que vivam em união estável adotem conjuntamente, desde que obedecidos certos requisitos: (a) o estágio de convivência com a criança ou adolescente deve ter sido iniciado ainda na constância da vida em comum; (b) a separação em sendo o caso deve estar judicializada ou os adotantes já devem estar divorciados; e (c) o casal deve acordar sobre a guarda e o regime de visitas ao adotando, comprovando a existência de vínculos de afinidade e afetividade com o não detentor da guarda da criança ou adolescente.

c) Vantagens para o adotado e motivos legítimos do adotante. A adoção deve trazer para o adotado reais mudanças de melhoria tanto no aspecto material, quanto emocional ou psíquico, pois se não proporcionar uma melhoria na qualidade de vida perde a sua razão de ser, devendo inclusive ser negada pelo juiz.

O motivo legítimo do adotante justifica-se no fato de existir pessoas que não podem ter filhos e desejam adotar uma criança para preencher um vazio familiar. Trata-se de um motivo justificável, porém todos devem ser largamente investigados, uma vez que devem suprir as necessidades dos adotantes e trazer reais benefícios para a criança ou adolescente. Havendo dúvidas quanto as verdadeiras intenções dos requerentes o ato não deve ser concretizado, pois o principal objetivo da adoção é satisfazer o interesse do adotando e em função disso é feito um trabalho interprofissional por parte da justiça da infância e da juventude, juntamente com outros órgãos com a intenção de avaliar a fundo as reais razões e resguardar à criança uma convivência familiar saudável e segura.

d) O art. 45 do ECA prevê a necessidade de consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, embora a criança/adolescente não seja uma propriedade da qual os pais possam dispor. Trata-se de um dever do poder público

realizar políticas voltadas a promoção da família, que visem fornecer condições para que a mesma possa educar e criar seus filhos de forma honrada e responsável.

É fundamental que seja realizado um trabalho de conscientização com os pais, a fim de que eles reflitam melhor sobre tal decisão, pois uma vez concedido o consentimento e realizada a adoção esta é irrevogável. É importante ressaltar que o consentimento por parte dos pais é essencial, já que lhes seria dada a oportunidade de se manifestarem contra a adoção e evitar que seu filho seja posto em família substituta sem a sua anuência. Somente é dispensado o consentimento dos pais ou do representante legal quando são desconhecidos ou no caso de perda do poder familiar sem a nomeação do respectivo tutor.

Apesar do ECA não exigir o consentimento da criança adotanda é importante que a mesma seja ouvida por uma equipe interprofissional sempre que puder expressar seu desejo, todavia o consentimento do adolescente é obrigatório, pois nesta fase a sua vontade é crucial para constituição do vínculo familiar.

Vejamos o que nos ensina Diniz (2011, p. 554):

[....]

Sempre que possível a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitando seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

e) Relativamente ao estágio de convivência, cabe ressaltar que com o advento da nova lei de adoção, foi dada uma nova redação ao art. 46 do ECA, acrescentando parágrafos os quais disciplinam de maneira mais efetiva o estágio de convivência, dando maior importância a esse requisito para a concessão da adoção. Isso se faz importante no sentido de garantir o respeito ao melhor interesse da criança, condição *sine qua non* para a concretização da adoção como ato perfeito.

Define-se como estágio de convivência o tempo no qual a criança fica sob os cuidados dos interessados em adotá-la e tem por objetivo promover a adaptação da criança/adolescente com sua possível família, de forma que possam ser construídos, de maneira gradual, laços de afinidade e vínculos de afetividade. Vale ressaltar, a obrigatoriedade que este estágio seja acompanhado por uma equipe interprofissional, a fim de melhor observar o convívio familiar. Nessa esteira, o ECA prevê que o período de convivência seja fixado pelo juiz, que o fará de acordo com o caso concreto. “Esse estágio de convivência é fundamental, a fim de que seja

firmada a consciência e a certeza no coração dos adotantes acerca da importância e da definitividade do ato de adoção” (GAGLIANO, 2012, p. 587).

Vejamos os ensinamentos de Lôbo (2011, p. 279):

[....]

O estágio de convivência, em prazo fixado pela autoridade judiciária, precederá a adoção, para que sua viabilidade possa ser mais bem aferida pelas pessoas envolvidas e pelo juiz. Quando se tratar de adoção por estrangeiro ou brasileiro residente fora do País, o estágio será de no mínimo trinta dias, cumprido no território brasileiro. O objetivo do estágio é o de permitir que a autoridade judiciária, com auxílio de equipe interprofissional, possa avaliar a conveniência da adoção.

3.4 Do Procedimento Judicial da Adoção no Brasil

Como citado alhures há a necessidade da intervenção do poder judiciário para que haja a adoção, desse modo não se pode falar em adoção regular sem uma sentença judicial proferida. Assim leciona Lôbo (2011, p. 286):

[....]

Ao exigir o processo judicial, a lei brasileira extinguiu a possibilidade da adoção mediante escritura pública e, por consequência, unificou seu regime. Toda e qualquer adoção passa a ser encarada como instituto de interesse público, exigente de mediação do Estado, por seu Poder Judiciário.

No que diz respeito à competência vale ressaltar que quando se tratar de menor de 18 anos esta será privativa das Varas da Infância e da Juventude, como prevê o art.148, III, do ECA *in verbis* “ A Justiça da Infância e da juventude é competente para: III - conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes”. Quando o adotando for maior de 18 anos competirá as Varas de Família.

O processo de adoção que deve tramitar em segredo de justiça tem início com o requerimento de inscrição no cadastro de pessoas interessadas em adotar no âmbito estadual e nacional. Vejamos os ensinamentos de Fonseca (2011, p. 178):

[....]

Logo, há de existir um processo que tramitará em segredo de justiça, iniciado por petição assinada pela parte, pessoalmente ou por seu advogado, com toda documentação necessária à identificação das partes, sendo observados os arts. 282 do CPC e incisos do art.165 do ECA”.

De acordo com o art. 166, caput, ECA, no caso de os pais serem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar ou hajam aderido expressamente ao pedido de adoção, este poderá ser formulado diretamente ao cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes sem a necessidade de advogado que os represente. Nesse sentido explica Fonseca (2011, p.178):

[....]

O Estatuto disciplinou a questão da necessidade de advogado na adoção, determinado que o pedido, quando os pais forem falecidos, já tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar ou houverem aderido de forma expressa ao pedido de adoção, possa ser formulado diretamente em cartório em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensando a assistência de advogado. Embora haja quem entenda inconstitucional essa norma (art. 166, caput, ECA), parece-nos que isso facilita a adoção e vem em benefício da criança ou adolescente adotandos.

A petição inicial deve obedecer aos requisitos do art. 282 do CPC e acompanhada dos documentos exigidos no art. 197-A do Estatuto, incluído pela nova Lei de Adoção, *ipsis literis*:

[....]

Art. 197-A. Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste:

I - qualificação completa;

II - dados familiares;

III - cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável;

IV - cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas;

V - comprovante de renda e domicílio;

VI - atestados de sanidade física e mental;

VII - certidão de antecedentes criminais;

VIII - certidão negativa de distribuição cível.

O ECA prevê também procedimentos próprios que estão descritos nos arts. 165 a 170. O art. 165 e incisos do ECA contém os requisitos para os pedidos de adoção, e ainda deve atender aos requisitos específicos do Estatuto no tocante a cada modalidade de adoção. Vejamos os ensinamentos de Maluf (2013, p. 574):

[....]

No caso de adoção de menor de idade, após as modificações trazidas pela Lei n. 12.010/2009, a adoção mantém um procedimento judicial específico, como retrata o art. 39, caput (“a adoção de criança e de adolescente rege-se – á segundo o disposto nesta Lei”), c/c os

arts. 152 e 165 e seguintes do ECA, que indicam os procedimentos especiais para o processo de adoção.

Com relação ao cadastro de pessoas interessadas em adotar, ou seja, ao processo de habilitação, este está disciplinado nos arts. 197-A a 197-E do Estatuto, e tem por objetivo garantir a ordem de preferência dos requerentes, a fim de evitar favoritismo, bem como a resolução nº 54 do CNJ que dispõe sobre a implantação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção.

Comporta-se exceção à ordem cronológica das habilitações nos casos previstos no art.50, § 13, do ECA mediante decisão judicial. Dessa forma, nos ensina Lôbo (2011, p. 287):

[...]

A ordem cronológica das habilitações somente poderá ser dispensada pelo juiz (art. 197-E do ECA) nas hipóteses de adoção unilateral (feita pelo cônjuge ou companheiro em relação ao filho biológico ou adotado do outro), de parente com que a criança tenha efetivos laços de afetividade (parentesco biológico ou socioafetivo), ou de quem já detenha a tutela ou a guarda legais da criança com mais de três anos de idade. Em virtude da primazia legal à afetividade existente entre o adotante e o adotando, o parentesco pode ser de qualquer origem, não apenas biológico, e em qualquer grau, exceto se o interessado for avô ou irmão, pois estes estão impedidos de adotar.

Ressalte-se que em todo processo de adoção o Juiz e o Ministério Público devem sempre estar atentos aos benefícios para a criança e ao seu melhor interesse.

3.5 Princípios que Norteiam a Adoção

Juridicamente o termo princípio tem o significado de pilar, fundamento, funcionando como um verdadeiro alicerce para a construção do sistema jurídico. Assim os princípios são considerados “como vigas mestras” que sustentam o ordenamento jurídico. Dessa forma, os valores firmados pela sociedade são consagrados em princípios que servem de norte para o legislador, para o operador do direito e, portanto, para o magistrado ao aplicá-lo. Vejamos os ensinamentos de Dias (2005, p. 30).

[...]

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. Os princípios consagram valores universais e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios. Os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam.

Destarte, a adoção possui alguns princípios essenciais à proteção dos direitos da criança e do adolescente, os quais abordaremos ao longo desse capítulo

Inicialmente vale mencionar o princípio da afetividade, extremamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e expressamente previsto na CF de 1988 como um dos princípios fundamentais. Trata-se de um garantidor da afetividade familiar, pois mesmo que o constituinte não tenha incluído no texto constitucional a palavra afeto há de se admiti-lo implicitamente, de modo que este atualmente é a grande mola propulsora dos diferentes tipos de família.

O princípio da afetividade permite desabrochar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos. Nessa esteira leciona Lôbo (2011 p.71)

[...]

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

A Carta Magna de 1988 consagra o princípio da afetividade implicitamente no art. 227, § 6º ao prever que todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, bem como no art. 226, §4º que reconhece como entidade familiar aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos.

Com o passar do tempo as pessoas mudam e conseqüentemente a família vem acompanhando essas mudanças, de modo que atualmente a família está ancorada num conceito eudemonista, isto é pautado na solidariedade recíproca de seus membros, sobrepondo-se aos interesses patrimoniais.

Assim entende Dias (2005, p.40):

[....]

As transformações foram sentidas plenamente com a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individuais. Com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.

É essencial destacar a aplicação do princípio da afetividade na adoção, haja vista que o ECA, por diversas vezes faz menção a afinidade e afetividade entre o adotante e o adotando. Vejamos como exemplo o art. 28, § 2º do referido diploma *in verbis*:

[....]

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

§ 1º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.

§ 2º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de **afinidade ou de afetividade**, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida” (grifo nosso).

O Princípio da proteção integral e da prevalência da família encontra-se explicitamente ancorado na Constituição Federal e em documentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente. Versa sobre um acolhimento completo, sob vários aspectos sociais, físicos, psicológicos e até espirituais; assim, crianças e adolescentes são titulares de direitos frente à família, à sociedade e ao Estado.

A Constituição Federal prevê a proteção integral no art. 227, caput, definindo os direitos fundamentais às crianças, adolescentes e jovens sem qualquer tipo de discriminação.

Vejamos a inteligência do referido dispositivo:

[....]

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.

No mesmo sentido prevê o art. 1º do ECA, *in verbis* “ Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

A proteção integral é o objetivo principal do Estatuto e garante a cada brasileiro que nasce o direito a seu pleno desenvolvimento físico, moral e até religioso, que deve ser assegurado através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos.

A prevalência da convivência familiar está reafirmada na Lei de Adoção como sua maior diretriz e garante a todas as crianças e adolescentes o direito à convivência em família desde que observadas as disposições previstas no Estatuto, bem como o art. 226 caput da CF, o qual prevê que o Estado deve intervir especialmente a proteger e promover a manutenção ou reintegração na família natural, mantendo a criança e o jovem sob a sua proteção, ressalvadas as exceções quando há a impossibilidade de permanência destes no seio familiar ou na família extensa, devendo assim ser integrada em uma família substituta.

Nesse mesmo diapasão nos ensina Fonseca (2011, p. 15):

[....]

Dessa forma, há de existir uma proteção, integral e prioritária, na interpretação e na aplicação de toda e qualquer norma que diga respeito a criança ou adolescente(art. 100, parágrafo único, II, ECA), bem como, pelo princípio da Prevalência da Família, todas as ações e promoções relativas a crianças e adolescentes devem ter em mira o cuidado e a atenção para o ambiente familiar.

O Princípio do superior interesse ou do melhor interesse de crianças e adolescentes (The Best Interest) tem suas origens nos Tratados Internacionais, mais especificamente na Convenção Internacional 1989 que institui em seu art. 3, *in verbis*:

[....]

“Art. 3.1 Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, **devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança**”. (grifo nosso).

Da mesma forma prevê o art. 18.1 da Convenção:

[...]

“Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. **Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.**” (grifo nosso).

O Brasil adotou o princípio do “melhor interesse da criança” em seu ordenamento jurídico, inspirado na preferência das necessidades da criança/adolescente como critério de interpretação da lei na resolução de conflitos que tenha criança envolvida e, inclusive, na elaboração de políticas públicas voltadas a esses grupos em desenvolvimento.

Foi expressamente amparado pelo Estatuto no art. 100, parágrafo único, IV, com redação dada pela Lei de Adoção como um dos princípios que dirigem a aplicação de medidas de proteção aos interesses da criança e do adolescente.

Possui caráter de norma fundamental e visa orientar tanto o legislador quanto o aplicador do direito, pois funciona como um norteador.

Para melhor compreensão do instituto vejamos os ensinamentos de Lôbo (2011, p.76):

[...]

A criança é o protagonista principal, na atualidade. No passado recente, em havendo conflito, a aplicação do direito era mobilizada para os interesses dos pais, sendo a criança mero objeto da decisão. O juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a verdade socioafetiva, apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação.

Todavia cabe destacar que referido princípio, como outros que já mencionados na pesquisa, não é absoluto e deve ser aplicado com cautela diante de cada caso concreto, pois não pode o magistrado deixar de aplicar a lei ou, afastar princípios como os do Contraditório e do Devido Processo Legal com fundamento no superior interesse da criança ou adolescente.

4 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.

Trata-se de tema bastante discutido hodiernamente na sociedade. Atualmente os livros de direito de família, mesmo que timidamente, já trazem o assunto a baila. Polêmica atual e cada vez mais latente, a adoção por casais homoafetivos vem sendo discutida e retratada inclusive na mídia mais especificamente em novelas, e por ser um tema de grande relevância e cada vez mais evidente nas relações sociais, precisa ser disciplinado por nossos legisladores, a fim de que o preconceito ceda lugar ao afeto e ao interesse maior das crianças e adolescentes institucionalizadas.

4.1 Viabilidades Jurídicas

Primeiramente é importante destacar mais uma vez que a legislação atinente à adoção em nosso país não faz nenhuma ressalva em relação à orientação sexual do adotante. Vejamos a inteligência do art. 42 do ECA: *“Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil”*. Note-se que não há nenhuma referência quanto à sexualidade do adotante e dessa forma não existe na lei impedimento à adoção por pessoa homossexual. Nesse sentido, esclarece Maluf (2013, p. 594):

[....]

Quanto aos aspectos legais, não há na lei impedimento para a adoção unilateral de pessoa com orientação homossexual. Preceitua o art. 1.625 do CC que “somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando”, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no mesmo sentido, prevê em seu art. 43 que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. A orientação homossexual do adotante, portanto, não impede a adoção do menor, o que os faz formar uma família monoparental, com previsão constitucional no art. 226, § 4º.

Ocorre que, em função dos obstáculos a serem enfrentados, alguns homossexuais decidem adotar individualmente sem mencionar sua opção sexual e sua convivência com outra pessoa do mesmo sexo, o que nem sempre é a melhor alternativa, por privar o adotado dos benefícios sucessórios e tantos outros direitos

como o da guarda do infante em relação ao outro companheiro que não consta da adoção.

No tocante à adoção por parceiros do mesmo sexo o legislador, ao editar a nova Lei de Adoção, que regulou toda disciplina correspondente ao instituto contido no ECA, perdeu a oportunidade de esclarecer a situação dos referidos casais que tem o desejo de completar a família. No mesmo sentido argumenta Pastore, 2011, p.66):

[....]

Muito embora não haja regramento legal dispendo expressamente sobre a possibilidade de adoção por casal formado por pessoa do mesmo sexo, a grande maioria da doutrina entende que tal omissão não pode constituir empecilho à garantia de adoção por casal homoafetivo”.

Contudo, na previsão Estatutária à luz do art. 42, § 2º, dispõe que podem adotar conjuntamente os casados civilmente ou que mantenham união estável, e, nessa linha, cumpre lembrar que em decisão histórica o STF reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar digna da proteção estatal por analogia à união estável heterossexual. Nesse diapasão entendem:

Maluf (2013, p.596):

[....]

Em 5 de maio de 2011, foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, na sede do STF. O resultado, unânime, situou-se no sentido de reconhecer a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar. Com a mudança, o Supremo cria um precedente que pode ser seguido pelas outras instâncias da Justiça e pela Administração Pública, resguardando-se ao Congresso Nacional a regulamentação legal dos efeitos dessa decisão, entre eles o direito à adoção conjunta de menores.

Massarollo (2012, p. 62):

[....]

No entanto, ainda que os primeiros casos de adoção surjam exatamente nessa época, o tema ainda é delicado, uma vez que os juízes decidem baseados na estabilidade da união homoafetiva legitimada pela decisão do STF e na análise do caso concreto, privilegiando o bem estar da criança e não raro contrariando uma parcela da sociedade.

Destarte, cabe pontuar que não existe legislação que autorize expressamente, porém não há, por outro lado, uma que proíba a adoção de crianças por casais homossexuais. Independentemente de legislação o que se deve nortear a decisão sempre será o melhor interesse das crianças, pois são o futuro da nação. E, portanto, cabe ao Poder Judiciário, a tarefa de fazer a ponderação e manter o equilíbrio nesses conflitos tão contaminados de preconceitos, trazendo sempre à luz da verdade a justiça. “O direito advém de fatos, de necessidades sociais, da busca de novos parâmetros de avaliação de direitos. Atualmente não é mais possível deixar de ser o maior requisito para a adoção”. Massarollo (2012, p.68).

Nessa mesma esteira entende Pereira (2011, p. 8):

[...]

É neste momento que o princípio do melhor interesse da criança prevalece e vem fundamentar as decisões que concedem a adoção por casais homossexuais, além, é claro, do fim do preconceito e da aplicação do princípio da igualdade, sobretudo.

É alto o número de crianças e adolescentes que vivem em abrigos, no Brasil, aguardando um novo lar, uma nova família. Uma análise preconceituosa desta possibilidade pode acabar por privar diversos jovens da chance de adquirir uma nova família.

A ausência legislativa que regulamente a situação jurídica das relações homoafetivas só fez com que essas relações fossem marginalizadas, diante dessas lacunas o poder judiciário vem decidindo esses litígios a partir da analogia aplicando o Direito ao caso concreto e adaptando o Direito a realidade. Dessa forma o judiciário vem sendo favorável a considerar a convivência entre homossexuais como união estável. De modo que adoção por pares homoafetivos vem sendo concedida.

Assim vejamos os ensinamentos Dias (2007, p.8):

[...]

Não se pode fechar os olhos e tentar acreditar que as famílias homoparentais, por não disporem de capacidade reprodutiva, simplesmente não possuem filhos. Está-se à frente de uma realidade cada vez mais presente: crianças e adolescentes vivem em lares homossexuais. Gays e lésbicas buscam a realização do sonho de estruturarem uma família com a presença de filhos. Não ver essa verdade é usar o mecanismo da invisibilidade para negar direitos, postura discriminatória com nítido caráter punitivo, que só gera injustiças.

É bastante numerosa a quantidade de crianças que estão institucionalizadas no Brasil, privadas de ter uma família, atenção, amor, carinho e inclusive a chance de ter um futuro melhor. Nesse sentido entende

[...]

É alto o número de crianças e adolescentes que vivem em abrigos, no Brasil, aguardando um novo lar, uma nova família. Uma análise preconceituosa desta possibilidade pode acabar por privar diversos jovens da chance de adquirir uma nova família. (PEREIRA, 2011, p.8).

4.2 Aspectos Psicossociais

Em se tratando de adoção por pares homoafetivos, várias são as opiniões preconceituosas e fundamentadas nos argumentos de que a orientação sexual dos pais/mães influenciaria na opção sexual do filho (a) adotado (a), além da discriminação que elas sofreriam em razão de terem duas mães ou dois pais, e ainda pela ausência de referenciais comportamentais, embora tais argumentos estejam desprovidos de comprovação científica. Leciona Dias (2006, p.113 *apud* PASTORE, 2011, p.64) “a prole advinda de famílias não convencionais, dentre elas as que envolvem crianças criadas por mães lésbicas ou pais gays, é objeto de estudos desde meados de 1970 na Califórnia”. De acordo com a doutrinadora os cientistas concluíram que:

[...]

Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças. As meninas são tão femininas quanto às outras, e os meninos tão masculinos quanto os demais. Também não foi detectada qualquer tendência importante no sentido de que filhos de pais homossexuais venham a se tornar homossexuais.

Na mesma linha segue afirmando que a orientação sexual dos adotantes não influencia a sexualidade da criança (PASTORE, 2011, p.64) “de fato, não são necessárias maiores digressões para perceber a fragilidade do argumento em tela. Se assim fosse, pais heterossexuais não gerariam filhos homoafetivos, o que sabemos não ser verossímil”.

Conforme os estudiosos acima, vários acompanhamentos psicossociais já foram realizados, o que resta provado que a adoção por pares homoafetivos não traz nenhum prejuízo para a criança. Nesse mesmo sentido afirma Dias(2007, p.9):

[....]

Mas estudos realizados a longo tempo mostram que essas crenças são falsas. O acompanhamento de famílias homoafetivas com prole não registra a presença de dano sequer potencial no desenvolvimento, inserção social e sadio estabelecimento de vínculos afetivos. Ora, se esses dados dispõem de confiabilidade, a insistência em rejeitar a regulamentação de tais situações só tem como justificativa uma indisfarçável postura homofóbica.

Aduz ainda (PEREIRA, 2011, p.20):

[....]

Diante do exposto, podemos concluir que, além das reais vantagens que a vida, crescimento e desenvolvimento em seio familiar podem trazer à criança/adolescente adotado, a vida em família homoafetiva não traz qualquer prejuízo, seja no que tange à orientação sexual, educação ou desenvolvimento psicológico; revelando-se uma família substituta em perfeitas condições de criação e filiação dos infantes abandonados.

Diante do exposto observa-se que a adoção por pares homossexuais não oferece prejuízos ao desenvolvimento da criança adotada.

Nas lições de Massarollo (2012, p. 52- 54), uma pesquisa realizada pelo IBOPE, logo após a prolação da decisão do STF, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, entre os dias 14 e 18 de julho de 2011, aponta que a maioria da população brasileira é preconceituosa e ignorante. Nessa pesquisa foram entrevistados 2 (dois) mil brasileiros de todas as regiões do país, distribuídos por idade, sexo e classe de consumo. O resultado da pesquisa foi divulgado no dia 28 de julho de 2011. Vejamos alguns números citados pelo autor acima ao referir-se à pesquisa:

[....]

A decisão do STF é apoiada por brasileiros com menos de 40 anos, e contrariada pelos mais velhos. O apoio a à união gay varia de 60% entre os jovens de 16 a 24 anos e apenas 27% entre aqueles com 50 anos ou mais.Quanto maior o nível de escolaridade maior a tolerância às uniões homoafetivas. A aceitação da união entre homossexuais é praticamente a metade entre quem só cursou até a 4ª série do fundamental (32%) em comparação a quem fez faculdade (60%). Quanto maior a classe de consumo maior a tolerância às uniões homoafetivas. Nas classes D/E, 62% são contra à

oficialização da união homoafetiva. A taxa de rejeição cai para 56% nos emergentes da classe C, e fica em 51% na soma das classes A/B. Geograficamente quanto mais ao sul maior a tolerância. Entre os brasileiros do Nordeste e Norte, onde a renda e a escolaridade são menores, 60% são contra a união homoafetiva. Os dados mostram uma grande diferença de tolerância vinculada à região professada. 55% dos brasileiros são contra a adoção por casal homoafetivo

Dessa forma, podemos notar que o preconceito tem um estreito liame com a baixa escolaridade, idade mais avançada, pobreza, e a regionalidade, pois quanto mais tradicionalista a sociedade maior a dificuldade de aceitação das diferenças.

Massarollo (2012, p. 55) apontou ainda que segundo referida pesquisa, o posicionamento contrário à adoção parte mais dos homens, que das mulheres. Por outro lado, há uma aceitação entre os mais jovens (60% entre pessoas de 16 a 24 anos) e mais escolarizados (58% no nível superior), e aumento da oposição entre os menos favorecidos economicamente (62% nas classes D/E).

E finaliza Massarollo (2012, p. 52) com relação a pesquisa:

[....]

São justamente estes dados que justificam inércia dos políticos em regularizar através das leis os direitos daqueles que optam por estabelecerem relacionamentos com indivíduos do mesmo sexo, obrigando o STF a tomar decisões que minimizem o problema.

Partindo do pressuposto que adoção homoafetiva está intimamente relacionada a união homoafetiva, fica a mesma prejudicada, haja vista que a não regulamentação da união homoafetiva por parte do legislador, em função do preconceito, influencia, por via de consequência, a constituição integral de uma família mediante a prole advinda pelo instituto da adoção

Por outro lado pode-se afirmar que a inércia do legislador não constitui empecilho para a adoção, vez que os Tribunais vêm deferindo-a com base nos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da Não Discriminação.

O preconceito alcança tais sujeitos de tal forma, que em razão do medo de serem discriminadas e que essa discriminação seja transmitida a criança adota, desistem da adoção ou evitam entrar com o pedido conjuntamente.

Nesse sentido leciona Massarollo (2012, p. 66):

[....]

O medo acaba por privilegiar o preconceito. Lutar pela aceitação desta nova realidade é uma forma não apenas de firmar posicionamento contra aqueles que vêm com maus olhos esta nova realidade, como uma maneira de dar às crianças uma chance a mais de fazerem parte de uma família que as ame, não importa a opção sexual.

Cabe destacar também que dentre os tantos argumentos contrários à adoção, afirmam os opositores que a orientação sexual dos pais/mães determina e influencia a dos filhos, sem que haja qualquer comprovação científica das assertivas em questão.

Nesse diapasão entende Farias (2009, p. 173):

[....]

Na opinião dos psicólogos, os estudos científicos ainda não têm uma resposta sobre esta questão, mas acreditam que a orientação sexual dos pais não influencia a dos filhos visto que, se assim fosse, pessoas que tiveram pais com orientação sexual heterossexual não podiam ter uma orientação homossexual. Também relatam conhecer famílias compostas por pais/mães homossexuais cujos filhos têm orientação sexual heterossexual.

Com propriedade afirma Gagliano (2012, p. 437-438):

[....]

Deve-se evitar, nesse sentido, a açodada afirmação de que o adotado necessariamente tornar-se-ia homossexual, por conta do modelo de vida dos seus pais.

Ora, uma vez que a própria homossexualidade é de causa desconhecida, chegar-se a tal conclusão sem embasamento científico é, sem dúvida, uma temeridade.

Aliás, a realidade da vida não demonstra que, em uma família cujo casal seja heterossexual, podem existir — e existem — filhos homossexuais?

Não há, portanto, um determinismo psicológico, sociológico, enfim, científico, que permita chegar-se a tal conclusão.

Ademais, além de não acarretar influência alguma quanto à orientação sexual da criança, psicólogos afirmam que a orientação sexual dos pais pode contribuir para que as crianças tenham mais maturidade e sejam mais tolerantes com a diversidade sexual e social. Vejamos o que leciona Farias (2009, p. 176):

[....]

Na opinião do psicólogo PJ3, a convivência com pais/mães homossexuais permitirá que a criança se desenvolva com capacidade emocional mais adequada para enfrentar as questões sociais cotidianas já que terão que aprender desde cedo a lidar com as adversidades. Este psicólogo também acredita que estas crianças desenvolverão uma maior capacidade para tolerar e conviver com a diversidade social.

Cabe ressaltar que a permanência de crianças e adolescentes em instituições para acolhimento de órfãos deve ser temporária, para que se evite ao máximo prejuízos emocionais e situações de risco como violência maus-tratos, abuso ou exploração sexual, pois nenhum “abrigo” substitui o aconchego de uma família. Conforme dispõe o art. 19, §2º do Estatuto *in verbis*:

[....]

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

§ 2º. A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária .

A esse respeito vejamos as argumentações de Vasconcelos (2010, p. 29):

[....]

Abandone-se, portanto, atitudes hipócritas e desprovidas de base científica e adote-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art.227 da Constituição Federal).

O fundamento legal utilizado na atualidade pelos Magistrados ao conceder a adoção homoparental, são, como citados acima, os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, o princípio da Igualdade e da Não Discriminação juntamente com princípio do Melhor Interesse e da Proteção Integral da criança/adolescente. Dessa forma vejamos o que leciona Maluf (2013, p.597):

[....]

A adoção homoafetiva baseia-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o princípio da igualdade e da não discriminação, previsto no *caput* do art. 5º da CF,

na inexistência de expressa vedação legal, à luz do art.5º, II, na presença do real interesse do menor, materializado nas concretas vantagens que confere para o adotado, além de fundar-se em motivos legítimos. O direito à proteção integral do menor também há de ser valorizado, tal como dispõe o Estatuto da Criança e do adolescente, resultante do princípio elencado no art. 227 da CF, que trata da melhor preferência para que se possa oferecer uma boa formação física, moral, psicológica, para os filhos.

Outro problema enfrentado por essas famílias e que preocupa os estudiosos seria o preconceito social a ser encarado por essas crianças. Para tanto, os psicólogos apontam que a orientação sexual e os papéis sexuais devem ser esclarecidos desde cedo à criança, para que ela possa lidar melhor com essa situação. Vejamos os ensinamentos de Farias (2009, p. 174 - 175):

[...]

Na opinião dos psicólogos, seria importante que tanto a orientação sexual dos pais/mães quanto a adoção sejam revelados desde cedo para a criança. Isto porque, para eles, o que prejudicaria a criança, mais do que o preconceito social, seria o modo como as temáticas podem ser tratadas no âmbito da família; para eles, lidar com essas questões de modo verdadeiro e com naturalidade seria mais benéfico para o desenvolvimento emocional da criança.

Vale a pena comentar que os psicólogos mostram algumas ideias equivocadas difundidas pela sociedade como, por exemplo, sobre os papéis parentais quando afirmam que as pessoas podem dizer para a criança que “seu pai não é um pai, é uma mãe”, quando sabemos que a mãe é mãe, mesmo que seja lésbica e o pai é pai, mesmo que seja gay.

Tem-se que o tradicionalismo excessivo e a ideia retrógrada do homossexualismo como sinônimo de promiscuidade só dificulta a convivência e a inserção dessas famílias na sociedade. Acrescenta Farias (2009, p. 175):

[...]

Os psicólogos também mostram visões próprias que são equivocadas quando atribuem uma vida promíscua relacionada à homossexualidade: “exposta demais ... promíscua demais, relações caóticas”, reforçando, mais uma vez, uma ideia nebulosa da homossexualidade como uma condição negativa e que uma das preocupações da adoção por homossexuais seria sujeitar a criança a um ambiente desfavorável.

[...]

Essa preocupação parece embasar-se na crença social e, pessoal, sem fundamento científico, de que os homossexuais seriam, por natureza, pessoas promíscuas.

Enfim, resta patente que a adoção por casais homoafetivos não oferece prejuízos à criança adotada, porém para a concessão da medida deve o magistrado analisar o caso concreto, mediante o melhor interesse e as reais vantagens para criança/adolescente.

4.3 Análise Jurisprudencial

Vejamos os fundamentos da decisão prolatada pelo STJ (Processo REsp 1281093 / SP Recurso Especial 2011/0201685-2, Relator(a) Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador, T3 – Terceira Turma, Data do Julgamento 18/12/2012):

[....]

Ementa

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DEVANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.

II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado.

III. **A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável.**

IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, **em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.**

V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no **art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando".**

VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...) **têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo**". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76).

VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) **da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral.**

Recurso especial NÃO PROVIDO. (sem grifo no original).

Depreende-se que a decisão refere-se à adoção unilateral, na qual a criança já nasceu em uma família homoafetiva, via inseminação artificial heteróloga. Neste caso o pedido de adoção foi formulado pela companheira da mãe biológica da criança visando formalizar a convivência familiar e resguardar os interesses do infante.

Note-se que para manter a decisão do Tribunal de origem a relatora Ministra Nancy Andrighi pautou-se analogamente na decisão do STF que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, bem como no princípio da igualdade e na real vantagem que teria a criança adotanda, como também em estudos feitos por psicólogos que relatam não haver problemas no desenvolvimento de crianças adotadas por pais homossexuais.

Noutro recurso especial perante o STJ (Recurso Especial Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4) Relator: Ministro Luis Felipe Salomão), a adoção também foi deferida. Destacamos um trecho do voto para melhor compreensão:

[...]

EMENTA

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS

ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam 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 a seus cuidadores". (sem grifo no original).

Note-se que, no caso em tela o Ministro Relator fundamentou seu voto na proteção dos direitos das crianças, no afeto, senão ainda em estudos especializados que demonstraram não haver qualquer inconveniente na adoção por casais homoafetivos.

Vale ressaltar que grande parte da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais brasileiros são favoráveis à adoção homoafetiva, desde que com cautela sejam analisados o melhor interesse da criança e as reais vantagens que essa medida pode lhe proporcionar.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto restou claro que o conceito de família se ajustou à medida que as transformações sociais foram despontando e, tendo sido fortemente influenciado pelas revoluções sociais e feministas, foi cedendo lugar a um conceito mais pluralista, por via de consequência vem cada vez mais exigindo do legislador um posicionamento objetivo e eficaz quanto à matéria.

Na atualidade surge um novo modelo de família pautado no afeto, a chamada família eudemonista que consiste na realização plena dos seus membros através da afeição recíproca. Por outro lado, luta-se ainda pela aceitação da família constituída por pessoas do mesmo sexo, baseada no mais puro e nobre sentimento.

O presente trabalho trouxe à baila alguns aspectos da luta incessante dos homossexuais pelo direito de constituir formalmente uma família *versus* o preconceito ainda tão latente em nossa sociedade.

Tem-se que, como regulamentador de fatos sociais segundo os valores, deve o direito tutelar a adoção por casais homoafetivos, não havendo mais justificativa para o atraso legislativo que ainda se faz presente, principalmente se comparado a outros países, onde já existem grandes avanços em termos de reconhecimento do instituto em apreço, uma vez que referida postura contempla o melhor interesse da criança ou adolescente em situação de abandono.

Nesse sentido, o reconhecimento das novas entidades familiares pressupõe um progresso da legislação tendo em vista a nova realidade social e, nesse diapasão, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pelo STF, tornou-se mola propulsora para facilitar a concessão da adoção, pois serve de parâmetro, juntamente com os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e Não Discriminação, para fundamentar as decisões ainda tão polêmicas e recheadas do ranço preconceituoso, principalmente no que tange a processos de adoção por pares homoafetivos.

Ao longo da pesquisa pudemos observar que o judiciário tem se posicionado de forma favorável no que pertine aos relacionamentos homossexuais como uniões estáveis, e, ao sentenciar, os juízes utilizam-se da analogia numa interpretação inclusive sociológica, visando equalizar a decisão jurídica às novas exigências da sociedade, em virtude de os preceitos constitucionais num Estado Democrático de Direito reclamarem interpretação adequada à luz da realidade.

Ademais, podemos afirmar que não existem mais razões para o indeferimento da adoção por casais homossexuais, haja vista que boa parte da doutrina e da jurisprudência vem se posicionando de modo favorável, além disso, não há sequer um argumento consistente que obste a concessão da referida medida, pois observa-se que a maioria dos argumentos contrários são desprovidos de comprovação científica e estão impregnados de preconceito, e em pleno século XXI não se pode mais aceitar que seja melhor para uma criança ou um jovem crescer e ser educado numa instituição fria e destituída do aconchego de um lar, longe de um ambiente familiar saudável, que ter a oportunidade de estar no seio de uma família, cuja adequação de melhoria se reveste de tamanha magnitude, sendo a mera orientação sexual de seus membros, um detalhe desprezível e abjeto diante do amor, cuidados e oportunidade de um futuro digno e promissor.

Não se pode perder de vista que o que almejamos como fim maior em termos de família é uma relação saudável entre pais e filhos, não somente a mera manutenção dos menores quanto a aspectos materiais. Todavia, muitos conceitos que envolvem a questão precisam ser revistos, além da própria ausência de previsão legal específica que ponha fim a esta celeuma e contemple referidas mudanças tão corriqueiras na sociedade em que vivemos.

Importante se faz destacar ainda que o ordenamento jurídico pátrio não prevê que uma pessoa seja escolhida ou proibida de adotar em função de sexo, cor, raça, religião entre outros, ao contrário, sendo assim a opção sexual não pode servir como impedimento para que tão nobre ato seja indeferido de pronto.

Eis que a conduta desajustada de qualquer ser humano é o que deve ser a maior preocupação em termos de adoção, a fim de resguardar o interesse superior dos infantes relativamente a futuros pais que não correspondam às expectativas traçadas, não importando diretamente a sua sexualidade; afinal de contas quantas crianças vivem com pais heterossexuais e sofrem com abusos, maus tratos, violência, atos de crueldade e opressão, não sendo a sua escolha sexual uma prerrogativa de equilíbrio emocional ou atestado de sensatez na criação da prole.

E assim, o Direito é criado pela sociedade para reger a própria vida social, para tanto deve o bom legislador estar sensível às mudanças sociais, registrando-as, nas leis e nos códigos, a fim de que as decisões sejam pautadas em critérios institucionalizados objetivamente, afastando a insegurança jurídica que paira sobre o instituto da adoção por pessoas do mesmo sexo e promove a angústia aos que

sonham com a possibilidade de constituir uma família com as características acima descritas.

E finalizamos a pesquisa destacando que as relações jurídicas de cunho privado, como nos casos que envolvem o direito de família e o direito da criança e adolescente, independente da orientação sexual dos candidatos, devem sempre se orientar pela proteção à dignidade humana, ao direito de convivência familiar, ao superior interesse, à afetividade, além da proteção integral e isso inclui a integridade física e psíquica de todos membros da família.

REFERÊNCIAS

BERNARDINO, Valter. Adoção por pares homoafetivos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18,n. 3604,14 maio 2013. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/24434>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Curso de direito da criança e do adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos. 4 ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum Saraiva. 8 ed atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Código Civil**. Vade Mecum Saraiva. 8 ed atual.e ampl São Paulo: Saraiva,2012.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Mecum Saraiva. 8 ed atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Lei nº 12.010, de 3 - 8- 2009 - Adoção**. Vade Mecum Saraiva. 8 ed atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Resolução nº 54, de 29 de abril de 2008 Conselho Nacional de Justiça** Disponível em:<http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_54_29042008_28042014183840.pdf>Acesso em: 20 maio.2014.

_____. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013 Conselho Nacional de Justiça** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/atos_administrativos/atos_da_presidencia/resolucoespresidencia/24675-resolucao-n-175-de-14-de-maio-de-2013>Acesso em: 9 maio.2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça** (Recurso Especial Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4) Relator: Ministro Luis Felipe Salomão) Disponível em:> https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=966556&sReg=200602091374&sData=20100810&formato=PDF> Acesso em 30 abr. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça** (Processo REsp 1281093 / SP Recurso Especial 2011/0201685-2, Relator(a) Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador, T3 – Terceira Turma, Data do Julgamento 18/12/2012):Disponível em :><http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000470929%27>> Acesso em 30 abr.2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. V.5.

DIAS, Maria Berenice. A família homoafetiva e seus direitos. **Revista do Advogado**, 2007. mariaberenicedias.com.br. Disponível em:< http://mariaberenicedias.com.br/uploads/45_-_fam%EDlia_homoafetiva_e_seus_direitos.pdf>. Acesso em: 17 ago.2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ideara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010.

DINIZ, Maria Aparecida Silva Matias. Adoção por pares homoafetivos: Uma tendência da nova família brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2008, v. 13. Disponível em: <<http://www.colegioregistrals.org.br/doutrina.asp?cod=289>> Acesso em: 30 set. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.v.5.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito civil**. São Paulo: Nelpa, 2010. V.5.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. 9 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. V.99.

FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.

FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. A ampla possibilidade de adoção por casais homoafetivos face às recentes decisões dos tribunais. *Constituição e Garantia de Direitos*, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em:< <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/118/75> > Acesso em: 09 out. 2013.

FONSECA, Antonio Cezar Lima Da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil. Direito de família — As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. V.6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V.6.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13. ed. rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARIANO, Ana Beatriz Paraná **As Mudanças no modelo familiar tradicional e o afeto como pilar de sustentação dessas novas entidades familiares.** Acesso em, 2011. unibrasil.com.br. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/ana-beatriz-parana-mariano.pdf>> Acesso em: 17 ago.2013.

MARTA, Taís Nader; MUNHOZ, Iriana Maira. Entidade homoafetiva frente à adoção. **Revista de Direito**, v. 12, n. 16, p. 43-72, 2010. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/arquivos/noticias/segunda_sem_jur/papers/Iriana%20e%20Tais.pdf> Acesso em: 04 abr.2014.

MASSAROLO, Myrian Aparecida Bosco. **Adoção por casais homoafetivos.** São Paulo: Fundação Juscelino Kubitschek, 2012.

PASTORE, Viviane Simone. **Adoção por pares homoafetivos.** Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2011 Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/36520/000818208.pdf?sequence=1>> Acesso em: 10 set. 2013.

PEREIRA, Marina Eirado. Adoção por casais homossexuais. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, 2011- revista unificas. br. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1433/1119>> Acesso em: 02 set. 2013.

PENHA, Ariane Rafaela Brugnollo; LIGERO, Gilberto Notário. Adoção por casais homoafetivos. **Interitem@s** ISSN 1677-1281, v. 16, n. 16, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewArticle/677>> Acesso em: 30 set. 2013.

SILVA, Mariana Saraiva Chaves. **A adoção por pares homossexuais.** PUC RS, Porto Alegre, 2007. p.19-23 Disponível em:<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/mariana_saraiva.pdf> Acesso em 10. Set.2013.

SOARES, Ricardo Pereira. **O assistente social ea adoção por (casais) homossexuais: entre o direito e o preconceito.** 2007. Disponível em:<http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/751/1/2007_RicardoPereiraSoares.pdf> Acesso em: 17 out.2013.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano, v. 10, 2007. Disponível em: <http://professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo/Artigo/artigo_novos_principios_do_direito_de_familia_tartuce.pdf> Acesso em: 15 mar.2014.

VASCONCELOS, Desirée Cristina Rodrigues. Diversidade familiar e adoção homoafetiva: compreendendo a paradigmática decisão do STJ. **Revista Prática Jurídica.** Ano IX- Nº 104: Editora Consulex. , 2010. p.24-31.