

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO

JACQUELINE DANTAS MACEDO

ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS E O
PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Aracaju
2016

JACQUELINE DANTAS MACEDO

**ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS E O
PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe-FANESE.

Orientador: Prof. Me. Marcos Vander Costa da Cunha

**Aracaju
2016**

JACQUELINE DANTAS MACEDO

**ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS E O
PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR**

Monografia apresentada como requisito parcial à Comissão Julgadora do Curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe- FANESE.

Aprovada em ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Marcos Vander Costa da Cunha
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Professor Matheus Dantas Meira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Professor Neander Araújo
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

A Deus toda honra e toda glória.
A minha família todo amor.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe por te me acompanhado tão de perto nessa fase de conclusão, estendendo-me o auxílio necessário. Sem seu amparo para com meus filhos seria impossível chegar até aqui, a você dedico minha eterna gratidão.

Ao meu amado esposo, a pessoa que mais me incentiva e confia em mim. A sua paz me traz o equilíbrio necessário para alcançar meus objetivos. Sem dúvidas você tornou possível a conclusão deste trabalho. Não poderia desfrutar de companhia melhor nessa viagem da vida, estar ao seu lado me engrandece.

Acredito que todo acontecimento em minha vida tem um propósito de Deus, por isso hoje eu entendo o motivo de ter interrompido meu curso algumas vezes. A conclusão deste trabalho não seria a mesma se meus dois filhos amados não fizessem parte da minha vida. Vocês dois são as luzes que me guiam, as pupilas por onde enxergo, os pés que me sustentam, as vozes que me acalmam e as gargalhadas que me revigoram.

À minha família consanguínea e extensa - meu irmão, sobrinhos, tios, primas, sogros, cunhadas, e amigos, o meu muito obrigada por tornarem a caminhada até aqui mais leve, com mais sorrisos e comemorações, por compartilharem experiências e conhecimentos que só me engrandecem.

E por fim, agradeço a um anjo chamado Eduardo (*in memoriam*) que me deixou fisicamente bem no início dessa caminhada, mas permanece vivo em meu coração. Te levarei para sempre, Irmão.

Não queremos ser diferentes, e sim, que
todo mundo tenha o direito de ser como é.

Renato Russo

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar, sob o prisma do princípio do melhor interesse do menor, a adoção realizada por pares homoafetivos. Foram realizadas pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias. O STF, no bojo da ADI 4.277/DF, e o STJ, na ADPF nº 132/RJ, reconheceram a união homoafetiva como união estável, por meio da aplicação analógica do artigo 226, § 3º, da CF/88, estabelecendo que o artigo 1.723, do CC/02 deve ser interpretado de acordo com a Constituição. Assim, foi reconhecida a adoção homoparental, desde que atendido o princípio do melhor interesse do menor e que a adoção proporcione reais vantagens para o adotando e se fundamente em motivos legítimos, de acordo com o artigo 43, do ECA. Não há óbice à adoção homoafetiva na Constituição Federal; no artigo 42, § 2º, do ECA; na lei 12.010/09; nem tampouco no Código Civil de 2002.

Palavras- chave: Família. Adoção. Homoafetivos. Melhor interesse do menor.

ABSTRACT

The objective of this study is to examine, in the light of the principle of the best interests of the minor, performed the adoption by homosexual couples. jurisprudential and doctrinal research has been done. The Supreme Court, in the midst of ADI 4.277 / DF, and the Supreme Court, the ADPF No. 132 / RJ, recognized homosexual marriage as a stable union, through the analogous application of Article 226, § 3 of CF / 88, establishing that Article 1723, CC / 02 should be interpreted in accordance with the Constitution. Thus, the adoption homoparental has been recognized since the beginning met in the best interest of the minor and the adoption provides real advantages for adopting and are based on an legitimate reasons, in accordance with Article 43 of the ACE. There is no obstacle to homosexual adoption in the Federal Constitution; Article 42, § 2, of the ECA; in Law 12,010 / 09; nor in the Civil Code of 2002.

Key words: Family. Adoption. Homosexual. Best interests of the minor.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DA FAMÍLIA.....	18
2.1 Conceito	18
2.2 Evolução histórica	19
2.3 A família no Brasil após a Constituição de 1988	20
2.4 Espécies de família	22
2.4.1 Monoparental	22
2.4.2 Informal.....	22
2.4.3 Matrimonial	23
2.4.4 Homoafetiva.....	23
2.4.5 Pluriparental.....	24
2.5 Princípios.....	24
2.5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	24
2.5.2 Princípio da igualdade e respeito à diferença.....	24
2.5.3 Princípio da liberdade.....	25
2.5.4 Princípio da afetividade	25
2.5.5 Princípio do direito à convivência familiar.....	26
2.5.6 Princípio do melhor interesse do menor	26
3 DA ADOÇÃO	28
3.1 Breve histórico.....	28
3.2 Conceito	31

3.3 Procedimentos e Requisitos da adoção	33
3.4 Tipos de adoção	37
3.4.1 Adoção conjunta	37
3.4.2 Adoção unilateral	38
3.4.3 Adoção intuitu personae.....	38
3.4.4 Adoção post mortem	39
3.4.5 Adoção à brasileira	39
3.4.6 Adoção estrangeira	40
3.4.7 Adoção homoparental	41
3.5 Efeitos da adoção.....	41
3.5.1 Efeitos pessoais.....	42
3.5.2 Efeitos patrimoniais	42
3.6 Dados sobre a adoção	43
4 ADOÇÃO POR FAMÍLIA HOMOPARENTAL.....	45
4.1 Reconhecimento da união homoafetiva no Brasil	45
4.2 Características da adoção realizada por família homoafetiva	49
4.3 Fundamentos à possibilidade de adoção por pares homoafetivos e o Princípio do melhor interesse do menor.....	51
4.4 Dados estatísticos sobre a adoção por pares homoafetivos no Brasil	53
4.5 Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais esquematizados.....	54
5 CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS.....	59
ANEXO- A DECISÕES JURISPRUDENCIAIS QUE FUNDAMENTARAM A PESQUISA.....	65

1 INTRODUÇÃO

A adoção por pares homoafetivos é uma realidade social atual.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, reconhecendo como tal as relações que não são oriundas do casamento, assim como as formadas por apenas um dos seus progenitores e sua prole. Insta salientar que antes da promulgação da Magna Carta somente o modelo de família patriarcal era tutelado jurisdicionalmente, havendo, portanto, distinção entre os filhos legítimos, ilegítimos, naturais e adotivos, a exemplo do que dispunha o artigo 337, Código Civil de 1916: “Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”¹. Em razão da evolução social no que atine às diversas formas de constituição familiar, tornou-se necessária a consolidação de uma legislação mais dinâmica, que acompanhasse o fato social, por isso, em 2002, foi promulgado o Código Civil, no qual não foi apresentado um modelo específico de família.

O Direito Romano conceituava a família como sendo uma entidade na qual todo o poder estava concentrado na figura masculina, o *pater*².

Atualmente, é possível observar diversas formações do gênero familiar: mulheres sendo chefes de família; famílias formadas apenas por irmãos ou pelo pai e seus filhos; famílias por afinidade e a família monoparental, que é a constituição mais comum.

Destarte, em virtude dessa evolução social e jurídica no que diz respeito à formação e tutela jurisdicional do gênero familiar, garante-se, por exemplo, a igualdade de direitos entre os filhos havidos ou não no casamento e a equivalência de direitos entre as famílias por afinidade e as naturais.

Apesar de todo esse avanço, a família homoafetiva (união entre pessoas do mesmo sexo pautada pelo amor, respeito e comunhão de vida³) ainda não está regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, seja por uma legislação

¹ BRASIL. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 13 set. 2016.

² CALDERAN, Thanabi Bellenzier; DILL, Michele Amaral. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019#_ftnref17. Acesso em: 13 set. 2016.

³ ALESSI, Dóris de Cássia. **A família homoafetiva e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19055/a-familia-homoafetiva-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 13 set. 2016.

específica ou por meio de previsão constitucional. Trata-se, deste modo, de “um direito novo a exigir posituação, para o que é indispensável a cooperação interdisciplinar de todos os políticos do Direito”⁴. Em virtude do princípio do *non liquet*, que veda o não julgamento sob a alegação de obscuridade ou lacuna na lei, a doutrina diverge quanto à fundamentação no que diz respeito ao reconhecimento da família homoafetiva, sendo que uma parte defende a aplicação analógica do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal e outra parcela assevera que o respaldo constitucional para a legitimação da união homoafetiva reside nos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e vedação ao preconceito em razão de etnia, crença, cor ou sexo⁵. Para os que advogam a tese da aplicação analógica do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, a exemplo de Maria Berenice Dias, os requisitos para o reconhecimento da união homoafetiva são os mesmos exigidos para a caracterização da união estável, divergindo apenas em relação aos contraentes, que obviamente devem ser pessoas do mesmo sexo.

O Superior Tribunal de Justiça, historicamente, em 27 de abril de 2010, ao julgar o Recurso Especial nº 889.852/RS, da 4ª Turma, publicado em 10 de agosto de 2010, cujo relator foi o Ministro Luiz Felipe Salomão, permitiu, por unanimidade, que um casal homoafetivo adotasse umas crianças (não há informações nos autos da quantidade, nem tampouco do sexo), incluindo-se nos assentos de nascimento destas o nome das companheiras, sem a menção dos termos pai e mãe, embasando-se no princípio do melhor interesse da criança.

Em novembro de 2011, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, no Recurso Extraordinário nº 646721/RS, publicado em 07 de dezembro de 2011, em sede de repercussão geral, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio, reconheceu a união estável para os pares homoafetivos, estendendo a eles os direitos e deveres inerentes aos casais heterossexuais, inclusive o direito à adoção.

O preconceito contra os homossexuais ainda é perceptível em nossa sociedade, sendo os mesmos, na maioria das vezes, impedidos de buscar a efetivação de seus direitos enquanto seres humanos e cidadãos. É imprescindível a propagação e conseqüente enraizamento da cultura de que os homossexuais, assim

⁴ JENCZAK, Dionísio; ANDRADE, Paulo Henrique Horn. **Aspectos das Relações Homoafetivas à Luz dos Princípios Constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.103.

⁵ MARTINS, Priscila Uchoa. **A família homoafetiva e seu legal reconhecimento**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7336. Acesso em: 13 set. 2016.

como qualquer cidadão, independentemente de sua opção sexual, devem ser tratados com dignidade e respeito, em razão da redação do artigo 5º, da Constituição Federal, que disciplina o princípio da igualdade.

Em relação à adoção, a lei 12.010/2009, nem tampouco o Estatuto da criança e do adolescente (lei 8.069/1990) não apresentam nenhuma condição ou fator que impeça que casais homoafetivos adotem uma criança. O Estatuto da criança e do adolescente, em seu artigo. 42, §2º, cuja redação foi dada pela citada lei 12.010/2009, assegura que para a adoção conjunta basta que o casal seja casado civilmente ou mantenha união estável, desde que comprovada a estabilidade da família. Assim, analogicamente, a condição *sine qua non* para a adoção conjunta por casal homoafetivo é que haja a relação de casamento ou de união estável entre os pares, e a unidade familiar por eles formada seja sólida.

O princípio do melhor interesse do menor, que possui status de direito fundamental e está previsto no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e nos artigos 4º e 5º, da lei 8.069/1990, assegura que toda e qualquer ação em favor do menor deve objetivar garantir-lhe a efetivação dos direitos à vida, saúde, educação, alimentação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária. A adoção, seja por casais heterossexuais ou homossexuais, torna efetivo o princípio do melhor interesse do menor, visto que à criança serão garantidas as condições de assistência médica e social necessárias ao seu pleno desenvolvimento. Nesse sentido decidiu o STJ:

[...] 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.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

Terceiro, precisamos parar com essa falsidade, quiçá hipocrisia, de que elas podem fazer mal aos meninos. As famílias de pais heteros têm nos dado seguidos exemplos de maus tratos às crianças. As periferias nos mostram pais maltratando e estuprando as próprias filhas. Então, não se pode supor que o fato de as adotantes serem duas mulheres ou que vivam uma relação homoafetiva possa causar algum dano. Dano causa a manutenção do menor no abrigo ou dano causará ao interesse das crianças a não adoção. A adoção melhora, e muito, as condições de assistência médica e social; isso está positivado no acórdão recorrido. Mais interessante, e que merece destaque, é a posição do acórdão,

quando diz que o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, ao recorrer, é incapaz de escrever uma linha sobre essas questões sociais, sobre o interesse dos menores, trazendo apenas leis e questões legais. A indignação fora acolhida do acórdão até pelo Ministério Público Federal, que fala ser nítido manter o interesse dos menores. Então, como se trata do primeiro caso da Turma, devemos ter bem presente que estamos fixando uma orientação. Nesses casos, há de se atender sempre o interesse do menor. E o interesse dos menores aqui, diante da melhoria de sua situação social, é o da adoção ⁶.

Como já dito, trata-se de um tema recente, que carece de regulamentação constitucional e legal e que ainda possui um arcabouço tímido de posições doutrinárias e jurisprudenciais. Deste modo, em razão da constante evolução social no que diz respeito às formas de constituição familiar, sobretudo a composição homoafetiva, é imperiosa uma análise aprimorada do assunto. É necessário que haja a subsunção do Direito ao fato social por meio da edição de normas que regulamentem de forma específica a adoção realizada por casais homoafetivos.

De tal maneira uma questão se faz pertinente: Como se faz presente o princípio do melhor interesse do menor nos processos de adoção que têm como pretendentes pares homoafetivos?

As questões que nortearam a pesquisa foram as seguintes: o ordenamento jurídico brasileiro admite a adoção por pares homoafetivos? Quais os fundamentos legais e axiológicos da adoção homoparental? Os critérios adotados na adoção por casais homoafetivos são os mesmos da adoção por casais heterossexuais? Quais os posicionamentos recentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina quanto à possibilidade de adoção por casais homoafetivos?

O objetivo geral do presente trabalho é analisar, sob o prisma do princípio do melhor interesse do menor, a adoção realizada por pares homoafetivos. Por meio dos objetivos específicos, buscou-se indicar a formação histórica e a evolução das relações afetivas no Brasil após a Constituição Federal de 1988; verificar os fundamentos da adoção homoparental, à luz do princípio do melhor interesse do menor; e perceber os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina quanto à adoção por casal homoafetivo.

⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. nº 889.852/RS. Rio Grande do Sul, 27 de abril de 2010. **Lex:** Jurisprudência do STJ. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/inteiro-teor-16839763>. Acesso em: 14 set. 2016.

O tema proposto é de grande relevância acadêmica e jurídica, apesar de ainda não possuir amparo expresso na legislação brasileira.

Os debates em torno dessa matéria pelo poder Judiciário na tentativa de estabelecer uma norma que a regule são constantes, o que a torna sempre inovadora. Preservando o interesse do menor e priorizando suas chances de viver em família, o tema se faz de grande relevância social.

A pesquisa utilizada foi a bibliográfica e a hermenêutica, já que todo o estudo foi alicerçado na leitura, análise e interpretação sistemática de materiais publicados em livros, monografias e artigos científicos eletrônicos. Também foi realizada a pesquisa jurisprudencial, com o escopo de se verificar o posicionamento dos Tribunais Superiores nos casos concretos. O levantamento bibliográfico foi realizado em bibliotecas de faculdades, de órgãos públicos, em livrarias e sites jurídicos. Quanto à abordagem, a pesquisa foi qualitativa, posto que as informações colhidas não são quantificáveis, mas descritivas e explicativas⁷.

Os métodos de abordagem de pesquisa empregados foram o indutivo, no que atine ao exame de casos concretos documentados, uma vez que foram obtidas conclusões gerais a partir de premissas individuais, bem como o dedutivo, em relação à delimitação dos elementos que caracterizam a união homoafetiva, para após analisar a adoção realizada por casais homoafetivos. Assim sendo, o presente estudo encontra-se dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo trata sobre a família, apresentando seu conceito, evolução histórica, panorama após a Constituição de 1988, espécies e princípios aplicáveis.

O segundo capítulo, por sua vez, traz o instituto da adoção, denotando o seu histórico, conceito, procedimentos e requisitos, tipos, princípios e dados aplicáveis.

O terceiro capítulo trata sobre a homoafetividade, apontando seu conceito e situação no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, o quarto capítulo versa sobre a adoção por família homoparental, apontando uma análise das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, as características da adoção realizada por casal homoafetivo, o exame da ADI 4.277 e da ADPF 132/RJ, os dados estatísticos

⁷ RODRIGUES, Auro de Jesus. **Metodologia Científica**. 4 ed., ver., ampl., Aracaju: Unit, 2011, p. 55. Segundo o autor a pesquisa qualitativa não utiliza procedimentos estatísticos de abordagem.

sobre a adoção realizada por casais homoafetivos no Brasil, e, por fim, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais do STF e STJ esquematizados.

A finalidade deste trabalho é demonstrar que apesar de inexistir no ordenamento jurídico brasileiro previsão expressa quanto à adoção por pares homoafetivos, esta é admissível com base nos princípios do melhor interesse do menor, da dignidade da pessoa humana e da isonomia, não podendo o julgador, diante do caso concreto, esquivar-se de proferir julgamento, uma vez que a legislação pátria veda o *non liquet*.

Assim, em razão da evolução social no que atine às formas de constituição de família, e conseqüentemente no desejo daqueles que as formam de ter filhos, sobretudo no que diz respeito às famílias estabelecidas por pessoas do mesmo sexo, faz-se necessária a análise do instituto da adoção homoparental, a fim de se estabelecer os fundamentos legais e axiológicos que a torna admissível no ordenamento jurídico brasileiro. Garantir a adoção homoparental é possibilitar e priorizar a convivência familiar do adotando.

2 DA FAMÍLIA

2.1 Conceito

Família é “uma reunião de pessoas descendentes de um tronco ancestral comum, incluídas aí também as pessoas ligadas pelo casamento ou pela união estável, juntamente com seus parentes sucessíveis, ainda que não descendentes”⁸.

A família é cantada e decantada como a base da sociedade e, por essa razão, recebe especial atenção do Estado (CF 226). A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece (XVI 3): A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases ⁹.

“A família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social” ¹⁰.

Deste modo, a família é constituída por um grupo de pessoas que mantêm vínculos consanguíneos ou afetivos, na maioria das vezes compartilham o mesmo ambiente, o lar, e cumprem tanto as regras por elas estabelecidas, bem como aquelas impostas pelo Estado.

É necessário, em virtude da evolução quanto à constituição familiar, considerar como família, toda e qualquer relação de caráter sólido e que tenha o objetivo de constituir uma parentela, ainda que não seja formada necessariamente por homem e mulher. Assim, como dito, é necessária a regulamentação legal tanto das famílias monoparentais, tanto daquelas homoafetivas.

O fato é que a família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor ¹¹.

A Constituição Federal dá especial proteção à entidade familiar em seu artigo

⁸ FIUZA, Cezar. **Direito Civil – Curso Completo**. 12ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 939.

⁹ DIAS, MARIA BERENICE. **Manual de Direitos das Famílias**. 10ª ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice, loc. cit.

¹¹ DIAS, Maria Berenice, *Ibid.*, p. 34.

226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes¹².

Ineditamente, o legislador infraconstitucional, acompanhando o fato social, passou a prever na lei 11.340/06 (artigo 5º), conhecida como lei Maria da Penha, um conceito mais amplo de entidade familiar, reconhecendo como tal não somente a união formada somente por homem e mulher, mas também aquela constituída por pessoas do mesmo sexo.

Agora - e pela primeira vez - a lei define a família atendendo a seu perfil contemporâneo. **A Lei Maria da Penha (L 11.340/06), que busca coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica como família qualquer relação íntima de afeto (LMP 5.º III). Com isso, não mais se pode limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional. Lei nova alargou seu conceito. E não se diga que este conceito serve tão só para definir a violência como doméstica. Ainda que este seja o seu objetivo, acabou por estabelecer os contornos de seu âmbito de abrangência¹³. (grifo nosso)**

2.2 Evolução histórica

A formação da família brasileira sofreu forte influência do Direito Romano, o qual era marcado pelo patriarcalismo, ou seja, todo o poder estava concentrado na figura do homem, sendo que as mulheres e os filhos não eram titulares de direito algum, já que o *pater* exercia todo o seu poder com autoritarismo. A mulher dependia do marido e era responsável pelo cuidado do lar.

No Direito Romano, a família era uma entidade que se organizava em torno da figura masculina, muito diferente da contemporaneidade. Em Roma, reinava o autoritarismo e a falta de direitos aos componentes da família, principalmente no que diz respeito aos filhos e à mulher. Existia uma concentração de poder e quem o detinha era a figura do *pater*¹⁴.

¹² BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2016

¹³ DIAS, Maria Berenice, Op. cit., p. 132.

¹⁴ CALDERAN, Thanabi Bellenzier; DILL, Michele Amaral, Op. cit.

Foi do Direito Romano que surgiu a expressão “pátrio poder”.

2.3 A família no Brasil após a Constituição de 1988

O Código Civil de 1916 reconhecia a família como sendo o relacionamento estabelecido apenas pelo casamento, fazendo distinções discriminatórias entre os filhos havidos fora do matrimônio e as relações constituídas sem este vínculo. À vista do antigo Código Civil, o casamento era definido sob o enfoque do patriarcalismo, haja vista às mulheres ser atribuída apenas a função de cuidar do lar. “Em uma sociedade conservadora, para merecer aceitação social e reconhecimento jurídico, o núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal”¹⁵.

O antigo Código Civil, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações.³¹ As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação do casamento.

Na época, a família patriarcal posicionava-se como pilar central da legislação, exemplo disso foi a indissolubilidade do casamento e a capacidade relativa da mulher. O artigo 233 do Código Civil de 1916 designava o marido como único chefe da sociedade conjugal. Ademais, à mulher era atribuída apenas a função de colaboração no exercício dos encargos da família, conforme artigo 240 do mesmo diploma legal ¹⁶.

A Constituição Federal de 1988 rompeu com o paradigma anterior ao reconhecer a igualdade entre homem e mulher e ampliar o conceito de família, admitindo como tal não somente a relação estabelecida pelo vínculo matrimonial, mas também a união estável e a família monoparental. Foi garantida ainda a equivalência de direitos entre os filhos havidos ou não no casamento, bem como aqueles que tenham sido adotados.

A Constituição Federal de 1988, como diz Zeno Veloso, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito.³⁴ Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável

¹⁵ DIAS, Maria Berenice, Op. cit., p. 30.

¹⁶ CALDERAN, Thanabi Bellenzier; DILL, Michele Amaral, Op. cit.

entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico¹⁷.

Em seu artigo 226, a Magna Carta reconheceu a família como sendo uma entidade fundada na igualdade e no afeto.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações¹⁸.

O Código Civil de 2002, seguindo o que dispunha a Lei Maior sobre o conceito e as formas de constituição de família, robusteceu as questões fundamentais do Direito de família, entretanto não ousou em “[...] operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional”¹⁹, mais precisamente as entidades familiares formadas por casais homoafetivos. “O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito das famílias”²⁰.

Logo, observa-se que após a Constituição Federal de 1988 houve um avanço no que se refere às formas de constituição de família, reconhecendo-se

¹⁷ DIAS, Maria Berenice, *Ibid.*, p. 32.

¹⁸ BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice, *Op. cit.*, p. 33.

²⁰ DIAS, Maria Berenice, *Ibid.*, p. 133.

como entidade familiar não só os vínculos formados através do matrimônio, mas também aqueles ditos como extramatrimoniais, a exemplo da união estável, e garantindo-se direitos iguais entre os filhos havidos ou não no casamento, entretanto o legislador constitucional e infraconstitucional não ousou em editar normas que regulamentassem sobre os direitos das famílias concebidas através da união de casais homoafetivos.

2.4 Espécies de família

2.4.1 Monoparental

Conforme a redação do artigo 226, § 4º, da Constituição Federal, é “[...] a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Somente um dos pais é titular do vínculo familiar.

Vale ressaltar que a guarda compartilhada dos filhos não caracteriza a família monoparental, pois os filhos não residem fixamente em uma das casas.

2.4.2 Informal

É a denominada união estável, a qual pode ser convertida em casamento. Está prevista no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal (“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”²¹) e no artigo 1.723, do Código Civil (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”²²).

A família informal permaneceu por muito tempo à margem da sociedade, uma vez que não era reconhecida pela Igreja Católica, sendo considerada como um descaminho que levaria a família tradicional à ruína, bem como por não possuir respaldo legal. Entretanto, com o suceder dos anos, os efeitos dessas uniões chegaram ao Judiciário, exigindo, portanto, um posicionamento, o que de fato

²¹ BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

²² BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 set. 2016.

aconteceu. Assim, a doutrina e a jurisprudência elencaram alguns requisitos que caracterizam a união estável, a saber: “existência de relação afetiva, durabilidade, estabilidade, publicidade, convivência sob o mesmo teto, prole e dependência econômica”²³.

2.4.3 Matrimonial

É a família estabelecida pelo vínculo do casamento. Até o advento da Constituição de 1988 era considerado como o modelo oficial de família.

2.4.4 Homoafetiva

É a família cujo vínculo é estabelecido pelo afeto.

Apesar de inexistir uma legislação específica disciplinando as relações homoafetivas, parte da doutrina defende pela aplicação analógica do artigo 226, §3º, da Constituição Federal, que é uma norma autoaplicável.

Qualquer ato ou conduta que atente contra este tipo de entidade familiar, fere os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

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 impedimentos²⁴.

Diante disso, as relações sociais ditas “clássicas” passam a dividir espaço com o novo modelo de interação, aos quais enquanto instrumento de pacificação social, não pode permanecer alheio. Neste sentido talvez a mudança mais significativa, possa ser nota no âmbito de direito de família, em que novos modelos familiares fazem cada vez mais parte da realidade social, e portanto, merecem proteção jurídica²⁵.

²³ BAPTISTA, Silvio Neves Batista. **Manual de direito de família**. 2. ed. rev. atual e ampl. Recife: Bagaco, 2010, p. 29.

²⁴ LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 90.

²⁵ DA SILVA, Ulisses Simões. Adoção por casal homoafetivo e o Conservadorismo da Nova Lei de Adoção. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, ano XI, nº 57, dez- jan 2010.

2.4.5 Pluriparental

Também denominada de composta ou mosaico, é aquela constituída após o

“desfazimento de relações afetivas pretéritas: reconstruídas, recompostas e até a bela expressão famílias ensambladas, em voga na Argentina - estrutura familiar originada no matrimônio ou união de fato de um casal, no qual um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou relação prévia”²⁶.

2.5 Princípios

2.5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

É um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito.

“[...] É o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”²⁷.

Constitui-se em um balizador e direcionador da atuação do Estado, ou seja, as ações estatais devem promover a dignidade da pessoa humana e não atentar contra ela.

À toda e qualquer entidade familiar, ainda que não esteja regulamentada especificamente, deve ser garantido o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.5.2 Princípio da igualdade e respeito à diferença

Trata-se de princípio constitucional consagrado no artigo 5º, *caput* (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]” e § 1º (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”).

A igualdade pode ser formal (aquela garantida nos termos da lei) ou material (objetiva abolir as desigualdades).

Em seu artigo 226, § 5º, a Carta Maior previu a igualdade na sociedade conjugal, ao dispor que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, garantem às

²⁶ DIAS, Maria Berenice, Op. cit., p. 141.

²⁷ DIAS. Maria Berenice, Op. cit., p. 44.

famílias constituídas por casais homoafetivos os mesmos direitos assegurados às entidades familiares formados por homem e mulher.

2.5.3 Princípio da liberdade

A liberdade na relação familiar assegura:

[...] é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual. Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento²⁸.

À luz deste princípio, o Estado ou qualquer pessoa de direito público ou privado não podem interferir de forma direta nas relações de autonomia privada das entidades familiares, cabendo apenas àquele somente a intervenção indireta por meio de políticas públicas, a fim de incentivar a tomada de decisões mais conscientes no âmbito das famílias.

Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, seja casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado como dispõe o supramencionado art 1.513 do código civil. Tal princípio abrange também a livre decisão do casal de planejamento familiar (CC, art. 1565)intervindo o estado apenas para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (CF, art 226,7): a livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts 1.642 e 1.643) e opção pelo regime de bens mais conveniente (art. 1.639): a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultura e religiosa da prole (1.634): e a livre conduta, respeitando-se a integridade física –pisco e moral dos componentes da família²⁹.

2.5.4 Princípio da afetividade

Apesar de não possuir uma previsão legal específica, o princípio da afetividade decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral, aplicando-se sobretudo às questões relacionadas à família homoafetiva.

Por meio deste princípio, o vínculo familiar é estabelecido através do afeto, considerado como “o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da

²⁸ DIAS, Maria Berenice, Op. cit., p. 46.

²⁹ GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25.

ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais, não possui previsão legal específica na legislação pátria”³⁰.

A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família³¹.

2.5.5 Princípio do direito à convivência familiar

De acordo com o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, a todos os membros da família deve ser assegurado o direito à convivência familiar.

O artigo 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente garante à criança e ao adolescente o direito de serem criados primordialmente por sua família natural, assegurando-se a convivência familiar e comunitária, consistindo em medida excepcional a colocação em família substituta.

É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral³².

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 opressão³³.

2.5.6 Princípio do melhor interesse do menor

Está previsto no *caput* do artigo 227, da Constituição Federal, assim como nos artigos 4º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

³⁰ NUNES, Andréa Ribeiro. **Princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15406. Acesso em: 14 set. 2016.

³¹ DIAS, Maria Berenice, *Ibid.*, p. 52.

³² BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 14 set. 2016.

³³ BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 set. 2016.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais³⁴.

No que diz respeito às questões de filiação, sempre se deve decidir por aquilo que de fato atende aos interesses da criança e do adolescente, ainda que se sobreponha aos vínculos biológico e consanguíneo, uma vez que a saúde mental e física, assim como o desenvolvimento pessoal do menor devem ser resguardados.

No direito brasileiro, o princípio encontra fundamento essencial no art. 227, que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente “com absoluta prioridade” os direitos que enuncia. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, com força de lei no Brasil desde 1990, estabelece em seu art. 3.1 que todas as ações relativas aos menores devem considerar, primordialmente, “o interesse maior da criança”. Por determinação da Convenção, deve ser garantida uma ampla proteção ao menor, constituindo a conclusão de esforços, em escala mundial, no sentido de fortalecimento de sua situação jurídica, eliminando as diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos (art. 18) e atribuindo aos pais, conjuntamente, a tarefa de cuidar da educação e do desenvolvimento. O princípio também está consagrado nos arts. 4º e 6º da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)³⁵.

³⁴ BRASIL. **Estatuto da Criança e do adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 14 set. 2016.

³⁵ LOBO, Paulo, Op. cit., p. 76

3 DA ADOÇÃO

3.1. Breve histórico

A adoção não é um instituto recente, ao contrário, “é um dos mais antigos de que se tem notícia”³⁶. Suas raízes remetem à Antiguidade. A adoção foi criada com objetivo de que as famílias que não podiam gerar filhos pudessem tê-los, como forma de perpetuar seu “nome”, e seus interesses econômicos e religiosos. Assim:

O instituto da adoção é encontrado nos sistemas jurídicos dos povos mais antigos, tendo expressiva evolução, desde os seus primórdios, no Direito Ancião, até os dias de hoje. Existindo desde as civilizações mais remotas, a adoção foi instituída com a finalidade de dar filhos a quem não podia tê-los, a fim de que a religião da família fosse perpetuada³⁷.

Deste modo, “[...], sabe-se que a adoção existia na antiguidade figurando no código de Hamurabi e de Manu, assim como nos direitos gregos e romanos nestes com finalidade diversa da compreendida atualmente”.

O fato é que “em nosso país, a adoção sempre foi prevista em lei”³⁸. No Brasil Colônia, em razão da adoção de crianças órfãs e abandonadas ser considerada nula, começaram a surgir os orfanatos.

Para o cuidado das crianças expostas ou enjeitadas (os termos utilizados naquela época para denominar as crianças abandonadas) foram instituídos os orfanatos, dentro de todo um espírito cristão de exercer o amor e a caridade e de evitar o infanticídio. A legislação colonial determinava que os hospitais cuidassem das crianças abandonadas e, em sua falta, as Santas Casas de Misericórdia³⁹.

O decreto 5.083, de 1926, que instituiu o Código de Menores, e o Decreto 17.943-A, de 1927, que regulamentou o Código Mello Matos, apresentavam normas que disciplinavam os direitos dos menores abandonados (crianças com idade superior a sete e menor de dezoito anos) e infantes expostos (crianças até sete anos de idade).

O Decreto 5.083 de 1926, que instituiu o Código de menores, cuidava dos infantes expostos em seu Capítulo III (arts. 14 a 25) e dos menores

³⁶ DIAS, Maria Berenice, Op. cit., p. 480.

³⁷ ALMEIDA, João de; ALMEIDA, João Luiz da Silva. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010, p. 197.

³⁸ FONSECA, Antônio Cezar Lima da, Id. Ibid., p. 199.

³⁹ ALMEIDA, J; ALMEIDA, J.L.S, Op. cit., p. 197.

abandonados em seu Capítulo IV (arts. 26 a 44). O Código Mello Matos, Decreto 17.943-A de 1927, que consolidou as leis de assistência e proteção a menores, utilizava a mesma denominação, cuidando dos infantes expostos no Capítulo III (arts. 14 a 25) e dos menores abandonados no Capítulo IV (arts. 26 a 30). Os textos de ambas as leis eram praticamente idênticos e consideravam expostas as crianças até sete anos de idade e menores abandonados aquelas com idade superior a sete e menores de dezoito anos ⁴⁰.

O Código de 1916, que versava sobre o instituto da adoção em seus artigos 368 a 378, foi alterado pela lei 3.133/57⁴¹, a qual lhe ampliou a aplicabilidade, reduziu a idade mínima do adotante para 30 anos e possibilitou a adoção por casais que já possuíssem filhos legítimos. Uma das principais inovações trazidas por este diploma legal foi o reconhecimento da adoção como um ato irrevogável. Em contrapartida, no que atine aos direitos sucessórios do adotado, a lei 3.133/57, revelou-se regressista, uma vez que possibilitou ao adotante a opção de afastar ou não o filho adotado da linha sucessória. Além do caráter assistencialista emprestado à adoção, fruto da origem histórica, a legislação mostrava maior preocupação com os interesses dos adotantes do que com os dos menores.

Esta lei reduziu o limite mínimo de idade do adotante para 30 anos e diminui a diferença etária entre adotantes e adotados, passando a admitir por casais que já possuíssem filhos legítimos. Daí por que ficava impossibilitada a concessão dos efeitos da relação em virtude da prole superveniente ⁴².

[...] a Lei nº 3.133/57 representa um divisor de águas na legislação e na filosofia da adoção no Direito pátrio. Esse diploma aboliu o requisito da inexistência de prole para possibilitar a adoção e diminuiu a idade mínima do adotante ⁴³.

A lei 6.697/1979, que revogou os decretos 5.083/26 e 17.943-A/27, instituindo um novo Código de Menores, criou duas novas modalidades de adoção: a simples e a plena. A adoção simples era aplicada aos menores de 18 anos que se encontravam em situação irregular (“delinquente ou abandonado”), dependia de autorização judicial e era realizada por meio de escritura pública. Por sua vez, a adoção plena, era aplicada aos menores de 7 anos, por meio de procedimento judicial, rompendo-se de todo e qualquer vínculo com a família original. Enquanto na adoção simples ocorria apenas a alteração na certidão de nascimento do adotado,

⁴⁰ ALMEIDA, J; ALMEIDA, J.L.S, Op. cit., p. 200.

⁴¹ BRASIL. **Lei 3.133, de 8 de maio de 1957.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm>. Acesso em: 08 out. 2016.

⁴² FONSECA, Antônio Cezar Lima da, Op. cit., p. 139.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 13. ed.. São Paulo: Atlas, 2013, p. 261.

na adoção plena era expedido mandado de cancelamento do registro civil original. Somente os casais casados no mínimo há cinco anos e que pelo menos um dos cônjuges tivesse mais de 30 anos poderiam pedir uma adoção plena — irrevogável e destinada a menores de 7 anos. Atualmente, a adoção simples, efetivada mediante escritura pública, aplica-se somente aos casos de adoção de maiores de 18 anos.

Com o advento do Código de Menores (Lei nº 6.697/79), ficou estabelecida em nosso sistema legal a adoção simples e a adoção plena. A adoção simples era aplicada aos menores de 18 anos, em situação irregular, utilizando-se os dispositivos do Código Civil no que fossem pertinentes, sendo realizada através de escritura pública. A adoção plena era aplicada aos menores de 07 anos de idade, mediante procedimento judicial, tendo caráter assistencial, vindo a substituir a figura da legitimação adotiva. A adoção plena conferia ao adotando a situação de filho, desligando-o totalmente da família biológica. Concedida a adoção plena, era expedido mandado de cancelamento do registro civil original. A figura da adoção plena foi mantida no Estatuto da Criança e do Adolescente com a denominação única de adoção, sendo extinta a figura da adoção simples. Havia, ainda, a figura da adoção dos maiores de 18 anos de idade, que se regia pelas regras do Código Civil ⁴⁴.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, §6º, “consagrou proteção isonômica aos filhos, afastando todo e qualquer (odioso) tratamento discriminatório” ⁴⁵. Deste modo, foi assegurado aos filhos adotivos o direito sucessório, que outrora não lhes era garantido. Logo, não deve haver qualquer distinção entre os filhos biológico e adotado. A partir de então se abortou a concepção de que o objetivo da adoção era possibilitar ter filhos aqueles que não podia tê-los por meio do método biológico-sexual, emergindo a ideia de que este era um mecanismo de colocação em família substituta, materializando o direito à convivência familiar e à proteção do adotado. É o que asseveram Farias e Rosenvald:

No que tange à adoção, a norma constitucional (art. 227, § 6º) implantou significativo avanço, afastando o seu caráter contratual. Em decorrência, o filho adotivo ganhou tratamento igualitário, sendo tratado sem nenhuma distinção em relação aos filhos biológicos, inclusive sendo assegurado o direito sucessório que, outrora, lhe era negado. Restou totalmente incompatível o sistema de adoção do Código Civil de 1916, cujo escopo era oferecer a oportunidade de ter filhos a quem não os possuía ou não poderia tê-los por mecanismo biológico-sexual. A partir da perspectiva constitucional, a adoção ganhou novos contornos, com avanço considerável no tratamento da matéria. A ideia de que a adoção era o mecanismo para conceder um filho a alguém que, biologicamente, não

⁴⁴ ALMEIDA, J; ALMEIDA, J.L.S, Op. cit., p. 201.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Famílias. São Paulo: Atlas, 2015, p. 907.

poderia ter foi afastada, prevalecendo a concepção do instituto como mecanismo de colocação em família substituta, consubstanciando o direito à convivência familiar e à proteção integral do adotado ⁴⁶.

Em 1990 foi promulgado o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), regulamentado pela lei 8.069/90 ⁴⁷, fundamentando-se nos princípios e valores assentados na CF/88, com a finalidade de dar proteção integral à criança e adolescente. Em 2002, foi editado o Código Civil, amparado na CF/88 e corroborando as disposições legais do ECA. Em 2009 entrou em vigor a nova lei da adoção, a lei 12.010/09 ⁴⁸ estabelecendo novas regras no que atine ao processo de adoção.

Essa nova visão sobre a adoção, fundamentada na proteção integral e na real vantagem para o adotando, decorrente do Texto Constitucional, vinculou o tecido infraconstitucional, motivo pelo qual o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente (inclusive com as modificações impostas pela lei 12.010/09- Lei Nacional de Adoção) preservam as linhas gerais protecionistas.

3.2 Conceito

A “adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha” ⁴⁹.

A adoção permite a inserção de forma efetiva e plena de uma pessoa em um determinado núcleo familiar, a fim de assegurar-lhe a dignidade e promover seu desenvolvimento psíquico, educacional e afetivo.

Contemporaneamente, a adoção está assentada na ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo ⁵⁰.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA, em seu artigo 41, *caput* ⁵¹, a

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, Op. cit., p. 907.

⁴⁷ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 08 out. 2016.

⁴⁸ BRASIL. **Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 08 out. 2016.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 379.

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, Op. cit., p. 908.

⁵¹ Art. 41, *caput*, do ECA - Art 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotada, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer com pais e parentes salvo os

“adoção atribui ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, desligando-o de qualquer vínculo com os pais biológicos, [...], salvo quanto aos impedimentos para o casamento”⁵².

Por ser um ato irrevogável, a adoção, conforme redação do artigo 39, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, rompe todos os laços do adotado com a sua família biológica.

A adoção é proveniente do verdadeiro desejo de se ter um filho, e não fruto da vontade de aumentar a família ou ainda de se fazer caridade. Quem considera a adoção como um ato de bondade ou compaixão, equivoca-se, uma vez que não compreende o verdadeiro propósito que ela tem, qual seja, proporcionar amor e afeto.

Adoção é o ato jurídico solene, pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha⁵³.

O menor adotado não pode ser visto como algo que irá suprir as necessidades afetivas do adotante, ou ainda como um remédio que irá curar a infertilidade de um casal impossibilitado de gerar filhos biológicos.

A adoção “constitui um parentesco eletivo, por decorrer exclusivamente de um ato de vontade. Trata-se de modalidade de filiação construída no amor”⁵⁴. “É no amor paterno-filial entre pessoas mais velhas e mais novas, que imita a vida, que a adoção se baseia. São filhos que resultam de uma opção e não do acaso que são adotivos”⁵⁵.

Deste modo, infere-se que a adoção é um ato de amor, por meio do qual se origina uma família em que não há qualquer vínculo sanguíneo ou carga genética entre os seus membros, mas que se fundamenta no amor e afeto. Trata-se de um ato jurídico solene e bilateral, formalmente estabelecido por um processo judicial, sendo tal ato irrevogável e personalíssimo.

impedimentos matrimoniais.

⁵² DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 482.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 416.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice, *Ibid.*, p. 481.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice, *Ibid.*, p. 482.

3.3 Procedimentos e Requisitos da Adoção

A adoção “é um ato personalíssimo e exclusivo”⁵⁶. A lei 12.010/09 estabelece em seus artigos 39 a 52 os requisitos subjetivos e objetivos da adoção, os quais também estão elencados no Código Civil de 2002.

A adoção de crianças e adolescentes rege-se, na atualidade, pela Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. De apenas 7 artigos, a referida lei introduziu inúmeras alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou expressamente 10 artigos do Código Civil concernentes à adoção (arts. 1.620 a 1.629), dando ainda nova redação a outros dois (arts. 1.618 e 1.619). Conferiu, também, nova redação ao artigo 1.734 do Código Civil e acrescentou dois parágrafos à Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento⁵⁷.

Os requisitos subjetivos são: idoneidade moral do pretense adotante, motivos legítimos para a adoção e reais vantagens para a pessoa que se quer adotar. Por sua vez, os requisitos objetivos são: idade e parentesco das pessoas envolvidas, consentimento ou destituição do poder familiar dos pais biológicos, consentimento da pessoa que se quer adotar, estágio de convivência, prévio cadastramento.

Toda pessoa cuja diferença mínima de idade com o adotante seja de 16 anos pode ser adotada, conforme redação do artigo 42, § 3º, da lei 12.010/09.

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 347.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, Ibid., p. 335.

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença (.ECA) ⁵⁸.

Insta salientar que, conforme redação do artigo 39, § 2º, da nova lei de adoção, a lei 12.010/09, é vedada a adoção por procuração.

Vale ressaltar que a lei fixa a idade mínima de 18 anos para que a pessoa possa adotar. Contudo não há previsão neste dispositivo legal acerca da adoção por casais homoafetivos, ou seja, a adoção homoparental. Deste modo, o artigo 42, § 2º da lei 12.010/09 prevê que “para a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Contudo, a doutrina e a jurisprudência já admitem a adoção homoparental.

A lei em apreço fixa em 18 anos a idade mínima para que uma pessoa possa adotar uma criança. Foi, porém, suprimido do projeto o artigo que permitia a adoção de crianças e adolescentes por casal formado por pessoas de mesmo sexo, ou seja, a adoção homoparental. Dispõe efetivamente o § 2º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a redação dada pela aludida lei da adoção, que, “para adoção conjunta é indispensável que os adotantes sejam civilmente casados ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Tal redação reitera o entendimento do legislador brasileiro de não admitir a adoção por pessoas do mesmo sexo (casais homoafetivos) figurando como pai e como mãe. Argumenta-se que a Constituição Federal reconhece como união estável somente aquela constituída por homem e mulher (art. 226, § 3º. Todavia, como se verá adiante (item 4), a quantidade de julgados que admitem a adoção por casal formado por duas pessoas do mesmo sexo tem aumentado acentuadamente, parecendo mesmo ser essa a tendência da jurisprudência ⁵⁹.

De acordo com o artigo 47, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja redação foi dada pela lei 12.010/09, a adoção tanto de maior quanto de menor deve submeter-se a processo judicial.

Em cada comarca ou foro regional deverão ser mantidos cadastrados com registros de crianças e adolescentes em condições de serem adotados ou de pessoas interessadas na adoção. Esta inscrição condiciona-se ao preenchimento dos requisitos legais ou à não configuração de uma das hipóteses do artigo 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recomenda-se ainda, sempre que possível, o contato e aproximação entre a criança ou adolescente e o pretense adotante, em

⁵⁸ BRASIL. **Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 12 out. 2016.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 336.

momento que antecedente a adoção. Tudo isso conforme o disposto nos artigos 49 e 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com o artigo 45, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, sendo dispensado nas hipóteses em que seus pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. Quando o adotando tiver mais de 12 anos de idade, a sua aquiescência também deverá ser considerada para a adoção. Vale destacar que, consoante o artigo 166, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o assentimento do pais deverá ser colhido em audiência, presente o Ministério Público, e garantindo-lhes a livre manifestação de vontade e esgotados todos os esforços para manutenção da criança ou adolescente em sua família natural ou extensa. Este consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção. A anuência dada por escrito só produzirá efeitos se for ratificada em audiência.

Para fins de consentimento, a lei n 12.010./09 acrescentou os §§ 1º a 7º ao art 166 do ECA, determinando não apenas que aquele (consentimento) seja acolhido em juízo, coma parecerça necessária do Ministério Público, mas que haja previa orientação e esclarecimento aos titulares do poder familiar acerca da irrevogabilidade da adoção⁶⁰.

O artigo 43, do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”, o que revela a efetivação do princípio do melhor interesse do menor, o qual demanda que o adotante possua meios reais para prover o afeto e as condições materiais necessários à dignidade do adotado.

Todo esse procedimento depende da avaliação de uma equipe interprofissional, formada, por exemplo, por psicólogo (responsável pelo acompanhamento da saúde mental do adotado e da família adotante), por assistente social (avalia a condição material a ser proporcionada ao adotando, a idoneidade do adotante, a relação de aproximação entre adotante e adotado e a estabilização da relação entre o adotando e a família interessada na adoção). Esta análise tem por objetivo examinar se a adoção irá proporcionar reais vantagens ao adotando, por meio do rastreio de eventuais riscos que podem ocorrer na relação entre aquele e o adotante.

⁶⁰ FONSECA, Antônio Cezar Lima da, Op. cit., p. 165.

Com a Lei Nacional de Adoção, o art. 50 da norma estatutária estabeleceu a necessidade de prévio período de preparação psicossocial e jurídica para a inscrição de postulantes na lista de adoção, devidamente assistida pela equipe interprofissional do juízo. Sempre que possível, essa prévia medida deve incluir o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional, em condições de adoção⁶¹.

A finalidade da prévia constatação das reais vantagens na adoção irá evitar, ou ao menos prevenir o seu insucesso, visando rastrear eventuais riscos que podem ocorrer na relação entre adotantes e adotandos. Por fim, vale dizer que as reais vantagens para o adotando serão aquilatadas de forma cuidadosa pela Equipe Interprofissional, que atua junto ao Juizado de Infância e Juventude, mediante estudo da personalidade dos sujeitos da relação adotiva, do ambiente familiar e comunitário e do estado material e econômico do lar do adotando⁶².

A priori, antes da efetivação da adoção, exige-se o estágio de convivência com a criança e o adolescente, durante um período determinado pelo juiz, a fim de que a equipe interprofissional possa avaliar a viabilidade ou não da perfilhação.

Caso o adotando já esteja sob a guarda (concedida pelo juiz, não guarda de fato) ou tutela dos adotantes por tempo suficiente para se proceder à avaliação da relação familiar, o período de estágio pode ser dispensado. A simples guarda de fato não dispensa o período de estágio⁶³.

Assim, “conforme análise acurada dos dispositivos legais contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que o procedimento para a efetivação da adoção pode ser de jurisdição voluntária ou contenciosa, ambos com prioridade absoluta na tramitação”⁶⁴. As hipóteses que ensejam a jurisdição voluntária são aquelas em que há destituição do poder familiar da família biológica, há o consentimento dos pais e ainda quando os progenitores são falecidos.

[...] não havendo litígio, situação em que há o consentimento dos pais, ou, sendo os progenitores falecidos, ou, ainda, quando já houverem sido destituídos do pátrio poder, previamente, a jurisdição é voluntária. Nestes casos, a instrução judiciária inicia-se com a petição inicial apresentada por

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, Op. cit., p. 938.

⁶² FURLANETTO, Carolina Dietrich. **Adoção: aspectos jurídicos e sociais e a viabilidade jurídica para os homossexuais.** Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/carolina.pdf. Acesso em: 13 out. 2016.

⁶³ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil: Direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 96.

⁶⁴ CUNHA, Tainara Mendes. **O Instituto da adoção no estatuto da criança e do adolescente após a Lei 12.010/2009.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-instituto-da-adoacao-no-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-apos-a-lei-120102009,34508.html>>. Acesso em: 13 out. 2016.

advogado. Todavia, por exceção à regra, nos termos do artigo 166 do Estatuto, o pedido poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, no caso de pais falecidos ou que tiverem sido destituídos do pátrio poder ou ainda, houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta. Nessa hipótese não haverá necessidade da presença de advogado e o impulso oficial será dado pelo magistrado, com a anuência do Ministério Público⁶⁵.

Em vista disso, observa-se que o processo de adoção é moroso, uma vez que se exige a realização de tantos procedimentos que poderiam ser abreviados, a fim de torná-lo mais célere e evitar desgaste emocional tanto do adotante quanto do adotado. “Assim, a chamada Lei da Adoção não conseguiu alcançar os seus propósitos. Em vez de agilizar a adoção, acabou por impor mais entraves para sua concessão”⁶⁶.

Diante de tais condições o processo de adoção deveria ser célere para beneficiar ambas as partes, porém o processo é moroso e com certo desgaste emocional. São tantas as exigências e os entraves que existem, que se torna interminável a espera pela adoção, o que, muitas vezes, leva crianças e adolescentes a permanecerem abrigadas até completarem a maioridade. Nesse dia são postos para fora do local onde passaram toda a vida à espera de alguém que os quisesse adotar⁶⁷.

3.4 Tipos de adoção

A adoção é de fundamental importância social. Embora tenha diferentes classificações, os efeitos legalmente produzidos por cada tipo são os mesmos.

3.4.1 Adoção conjunta

Prevista no artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é aquela realizada por adotantes civilmente casados ou que vivem em união estável.

É a hipótese em que o casal se apresenta como postulante à adoção de uma criança ou adolescente com a qual nenhum deles possui qualquer vínculo - também chamada de adoção bilateral. Para tanto, o Estatuto exige que ambos estejam casados ou mantenham união estável, com a devida comprovação da estabilidade da família. (art. 42, § 2º)⁶⁸.

⁶⁵ FURLANETTO, Carolina Dietrich, Op. cit.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice, Op. cit., p. 506.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice, Ibid., p. 500.

⁶⁸ MONTEIRO; SILVA, Op. cit., p. 77.

Como todos os tipos de adoção, encerra com quaisquer eventuais laços do adotando com sua família sanguínea.

É possível que ex-companheiros ou ex-cônjuges adotem em conjunto, desde que a convivência com o adotante tenha se iniciado antes da dissolução da união estável ou do casamento, sendo necessário que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, conforme previsto no artigo 42, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.4.2 Adoção unilateral

Está prevista no art 41, § 1.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ocorre quando o cônjuge ou companheiro adota o filho do seu par, sem a necessidade de que os laços com o pai ou mãe biológicos sejam quebrados.

Assim, temos que, caso tenha mais de 12 anos de idade, é imprescindível o consentimento do adolescente para a adoção (art. 28, § 2.º, do ECA). Caso seja menor de 12 anos ou, em sendo maior, não se trate de adoção, mas de guarda ou tutela, sempre que possível será colhida sua manifestação ⁶⁹.

3.4.3 Adoção *intuitu personae*

Ocorre quando a indicação dos adotantes é feita por um ou outro, ou por ambos os pais biológicos, que desejam que a criança ou adolescente seja adotado por pessoa específica. É a adoção caracterizada pela indicação dos pais biológicos da criança daqueles que irão adotá-la. “A indicação expressa daquele que vem a ser o adotante não implica em ignorar os requisitos legais a serem preenchidos, com exceção do prévio cadastro de postulantes à adoção” ⁷⁰.

Outro tipo de adoção bastante usual no Brasil é a adoção “*intuitu personae*”, que consiste no prévio acerto entre os pais biológicos e os adotantes, para que a criança seja entregue àqueles, ainda recém-nascida. Nesse caso, não há a intenção dos adotantes em registrar a criança em seu nome, como se seu filho consanguíneos fosse ⁷¹.

⁶⁹ BELINELO, Antônio. **Estatuto da criança e do adolescente**. 2ª Ed. Rev. Ampl. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 68.

⁷⁰ COELHO, Bruna Fernandes. **Adoção *intuitu personae* sob a égide da lei 12.010/09**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9265>. Acesso em: 14 out. 2016.

⁷¹ LOPES, Cecília Regina Alves. **Adoção: aspectos históricos, sociais e jurídicos da inclusão de crianças e adolescente em famílias substitutas**. 2008. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito).

Os adotantes ficam obrigados a requerer judicialmente a adoção da criança ou adolescente, a fim de que seja caracterizado o ato legal com manifesto consentimento dos pais consanguíneos.’

3.4.4 Adoção *post mortem*

Também conhecida como adoção póstuma, ocorre quando o adotante falece no curso do processo de adoção, desde que, conforme redação do artigo 42, § 6º, Estatuto da Criança e do Adolescente, tenha manifestado inequivocamente a vontade de adotar. Assim, são requisitos da adoção *post mortem*: processo de adoção em curso e inequívoca demonstração da manifestação de vontade de adotar.

A adoção *post mortem* ocorre quando o adotante falece no curso do processo de adoção. De acordo com o art. 42, § 6.º, do ECA, é possível, desde que haja inequívoca demonstração da manifestação de vontade do adotante⁷².

3.4.5 Adoção à brasileira

Também conhecida como adoção afetiva ou simulada, caracteriza-se quando alguém registra o filho de outrem como se fosse seu.

Há, ainda, a adoção *simulada* ou à *brasileira*, que é uma criação da jurisprudência. A expressão “adoção simulada” foi empregada pelo Supremo Tribunal Federal ao se referir a casais que registram filho alheio, recém-nascido, como próprio, com a intenção de dar-lhe um lar, de comum acordo com a mãe e não com a intenção de tomar-lhe o filho. Embora tal fato constitua, em tese, uma das modalidades do crime de falsidade ideológica, na esfera criminal tais casais eram absolvidos pela inexistência do dolo específico. Atualmente, dispõe o Código Penal que, nesse caso, o juiz deixará de aplicar a pena⁷³.

Trata-se de crime previsto no artigo 242, do Código Penal Brasileiro⁷⁴, tipificado como “parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado

Centro Universitário Salesiano de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp111460.pdf>>. Acesso em 14 de out. de 2016.

⁷² BELINELO, Antônio, Op. cit., p. 69.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto, Op. cit., p. 335.

⁷⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

civil de recém-nascido”, mas que passível do perdão judicial em razão da “motivação afetiva que envolve essa forma de agir” ⁷⁵.

Trata-se daquela situação em que uma pessoa registra filho alheio como próprio. Do ponto de vista jurídico, esta não é uma modalidade legítima de adoção. Pelo contrário, é ato tipificado criminalmente no artigo 242 do Código Penal: "Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos" ⁷⁶.

Apesar de ser reconhecido como crime, este tipo de adoção gera vínculo afetivo consolidado entre adotante e adotado, não se admitindo arrependimento por parte dos pais biológicos do infante.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. MENOR QUE ESTÁ SOB A GUARDA FÁTICA DOS AUTORES DESDE O NASCIMENTO. ARREPENDIMENTO MATERNO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. VINCULO AFETIVO CONSOLIDADO. MELHOR INTERESSE E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. Não merece reparo a decisão que destituiu o poder familiar, e concedeu a adoção do menor, que convive com os autores desde tenra idade. Em que pese o arrependimento materno, o infante, atualmente com 5 anos de idade, está adaptado à família adotante, reconhece-os como pai e mãe, já consolidado o vínculo afetivo. Manutenção deste arranjo familiar, considerando o melhor interesse da criança. RECURSO DESPROVIDO ⁷⁷.

3.4.6 Adoção estrangeira

Admitida constitucionalmente (artigo 227, § 5º), foi regulamentada pela lei 12.010/09. É um instituto jurídico brasileiro que oportuniza a adoção de criança ou adolescente brasileiro por estrangeiro ou por brasileiro domiciliado no exterior, desde que esgotadas todas as possibilidades de colocação em família substituta brasileira, conforme disposto no artigo 51, § 1º, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Deve-se observar os requisitos dispostos no artigo 51, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: que a colocação em família substituta seja a solução mais

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice, Op. cit., p. 495.

⁷⁶ MONTEIRO; SILVA, Op. cit., p. 79.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70062283361, da 7ª Câmara Cível. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 26 de novembro de 2014. **Lex:** Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/154004498/apelacao-civel-ac-70062283361-rs>>. Acesso em: out. 14 out. 2016.

adequada ao caso concreto; que tenham sido esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira, após consulta aos cadastros de adoção; que, caso o adotando seja adolescente, tenha sido consultado por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, mediante parecer de equipe interprofissional.

3.4.7 Adoção homoparental

Apesar de não estar expressamente regulamentada em lei, não há qualquer vedação constitucional ou legal à adoção homoparental, bastando tão somente que “apresente reais vantagens para o adotado e se fundamente em motivos legítimos”⁷⁸. Assim, desde que realizado um “estudo psicossocial por equipe multidisciplinar que possa identificar na relação o melhor interesse do menor”⁷⁹, admite-se a adoção homoparental, competindo ao casal homoafetivo cumprir os requisitos estabelecidos em lei.

O tema da adoção decorrente de uniões homoafetivas é marcado por certo ativismo extremado: de um lado, tem-se o ativismo que defende de maneira absoluta o direito à adoção; de outro, tem-se o ativismo moralista que é absolutamente contra essa modalidade de adoção⁸⁰.

Trata-se de uma discussão doutrinária não pacífica, em que há aqueles que admitem e os que não concordam com a adoção homoparental.

O tema ainda divide opiniões, mas não existe obstáculo à adoção por homossexuais. As únicas exigências para o deferimento da adoção são que apresente **reais vantagens** para o adotado e se fundamente em motivos legítimos (ECA 43). Em um primeiro momento, *gays* e *lésbicas* se candidatavam individualmente à adoção, não sendo questionado se mantinham relacionamento homoafetivo. Assim, não era feito o estudo social com o parceiro, o que tornava a habilitação deficiente e incompleta, deixando de atender aos prevalentes interesses do adotando⁸¹.

3.5 Efeitos da Adoção

“Os efeitos da adoção começam com o trânsito em julgado da sentença.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice, Op. cit., p. 839.

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, Op. cit., p. 339.

⁸⁰ BELINELO, Antônio, Op. cit., p. 69.

⁸¹ DIAS, Maria Berenice, Ibid., p. 839.

Observa a regra geral do trânsito em julgado, porque é suscetível de recurso das partes ou do Ministério Público”⁸².

Insta salientar que a sentença de adoção tem natureza constitutiva.

Os efeitos da adoção podem ser de ordem pessoal ou patrimonial.

3.5.1 Efeitos pessoais

São aqueles relacionados ao parentesco (“a adoção gera um parentesco entre o adotante e o adotado, chamado de civil, mas em tudo equiparado ao consanguíneo (CF, art. 226, § 6º)”⁸³, ao poder familiar (“Com a adoção, o filho adotivo é equiparado ao consanguíneo sob todos os aspectos, ficando sujeito ao poder familiar, transferido do pai natural para o adotante [...]”⁸⁴) e ao nome.

A adoção tem, também como *efeito pessoal* o impedimento ao casamento, tal como dispõe o artigo 1.521, I, III e V do C/C/02, pois não podem casar os ascendente com os descendente, seja o parentesco natural ou civil. Isso porque da adoção resulta o chamado *parentesco civil* (filiação civil), visto como uma ficção jurídica⁸⁵.

3.5.2 Efeitos patrimoniais

Dizem respeito aos alimentos (a partir da adoção são devidos os alimentos entre adotante e adotado) e ao direito sucessório.

Assim, após a adoção, o adotante recebe o *status* jurídico de pai, e o adotado de filho, *status* que também é estendido a toda família do adotante. “Seus **efeitos** operam **ex nunc** e, excepcionalmente, no caso da **adoção póstuma**, os efeitos são também **ex tunc**, pois alcançam a data do óbito”⁸⁶, conforme redação do artigo 47, § 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não deve haver qualquer distinção entre o filho adotado e o natural, uma vez que a Constituição Federal preconiza o princípio da igualdade de direitos entre os filhos. “Como já se disse alhures, o art. 227, parágrafo 6º, da Constituição de 1988, introduziu o princípio da isonomia de direitos entre os filhos de qualquer natureza

⁸² LOBO, Paulo, Op. cit., p. 291

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto, Op. cit., p. 349.

⁸⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, Loc. cit.

⁸⁵ FONSECA, Antônio Cezar Lima da, Op. cit., p. 153.

⁸⁶ MONTEIRO; SILVA, Op. cit., p. 114.

corrigindo as injustiças e discriminações anteriores, quanto aos direitos sucessórios⁸⁷.

Filiação: os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Essa norma constitucional tem aplicabilidade imediata, garantindo-se imediata igualdade, sem que possa resistir qualquer prejuízo ao filho adotivo ou adulterino, que poderá, inclusive, ajuizar ação de investigação de paternidade e ter sua filiação reconhecida, além de ter o direito de utilização do nome do pai casado⁸⁸.

Em vista disso, por meio dos efeitos da adoção a lei atribui aos adotados os mesmos direitos assegurados aos filhos consanguíneos, gerando um vínculo irrevogável entre o adotado e sua família adotante.

3.6 Dados sobre a adoção

O § 1º, do artigo 13, do Estatuto da Criança e do Adolescente, garante o direito às mães e gestantes de entregarem seus filhos para adoção, desde que sejam encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude, devendo-lhe ser assegurado atendimento por equipe multidisciplinar, bem como o direito de desistir de sua decisão anterior.

A entrega do filho para a adoção é um direito assegurado às mães e gestantes pelo parágrafo primeiro do artigo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e a orientação e atendimento devem ser oferecidos pelas Varas da Infância e Juventude. A maior parte das gestantes chega para atendimento nas Varas de Infância e Juventude por meio de encaminhamento das maternidades e, na unidade judicial, têm direito a um atendimento multidisciplinar, tendo inclusive assegurado o direito de mudar de ideia durante o processo⁸⁹.

Atualmente em média existem 44 mil crianças abrigadas em todo Brasil, e somente 6.592 menores aptos para adoção que constam no Cadastro Nacional de Adoção (CNA)

Dos 6.592 crianças e adolescentes aptos à adoção que constam no CNA atualmente, 16,99% são negras, 48,86% são pardas, 33,48% são brancas, 0,3% pertencem à raça amarela e 0,36% são indígenas. Nos últimos seis

⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Ibid.*, p. 115.

⁸⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 683.

⁸⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ Social: como proceder para entregar uma criança à adoção**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81245-cnj-servico-como-proceder-para-entregar-uma-crianca-a-adocao>. Acesso em: 14 out. 2016.

anos, o número de pretendentes que somente aceitam crianças de raça branca tem diminuído – em 2010, eles representavam 38,73% dos candidatos a pais adotivos, enquanto em 2016 são 22,56% de pretendentes que fazem essa exigência. Paralelamente, o número de candidatos que aceitam crianças negras subiu de 30,59% do CNA em 2010 para os atuais 46,7% do total de pretendentes do cadastro. Da mesma forma, o número de pretendentes que aceitam crianças pardas aumentou de 58,58% do cadastro em 2010 para 75,03% dos candidatos atualmente ⁹⁰.

Faixa etária dos menores cadastrados:

Acima de 10 anos de idade 77,31%. De 07 a 09 anos 12,21%. De 04 a 06 anos 6,29%. De 0 a 03 anos 4,35%. Sexo masculino representa 56,41%, feminino 43,59% das crianças e adolescentes aptas a adoção. Quando os menores possuem irmãos esse vínculo deve ser preservado ao máximo e 36% possui irmãos que também esperam na fila da adoção ⁹¹.

Pretendentes cadastrados: 37.596 pretendentes na fila para adoção. Pretendentes que aceitam crianças negras raça: 18.230. Pretendentes que aceitam crianças da raça amarela: 19.143. Pretendentes que aceitam crianças da raça parda: 28.848. Pretendentes que aceitam crianças da raça indígena: 17.772. Pretendentes que aceitam crianças de todas as raças: 16.324. Pretendentes que aceitam crianças do sexo masculino: 3.287. Pretendentes que aceitam crianças do sexo feminino: 10.719. Pretendentes indiferentes ao sexo da criança: 23.590. Pretendentes que não aceitam adotar irmão: 25.926. Total de pretendentes por região: Região Norte: 1.205. Região Nordeste: 4.237. Região Centro-oeste: 2.735. Região sudeste: 17.386. Região Sul: 12.033 ⁹².

À luz dos dados apresentados, conclui-se que a diferença significativa entre o número de pretendentes à adoção e a quantidade de menores aptos à adoção, diz respeito, sobretudo, à exigência imposta por aqueles em relação à idade e à cor do menor.

Outra questão interessante é o fato de o Estado instituir várias exigências para a adoção, as quais, na maioria das vezes são injustificáveis, concorrendo então para a morosidade do processo adotivo, e retardando o acolhimento da criança ou adolescente em família substituta.

Por fim, vale ressaltar que em nenhuma dessas fontes de onde foram retirados os dados apontados apresentou informações numéricas acerca da adoção por casais homoafetivos no Brasil.

⁹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cai número de pretendentes à adoção que só querem crianças brancas**. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82321-cai-numero-de-pretendentes-a-adocao-que-so-querem-criancas-brancas>. Acesso em: 14 out. 2016.

⁹¹ JORNAL EM DISCUSSÃO!. **Realidade brasileira sobre adoção**. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>>. Acesso em: 14 out. 2016.

⁹² BRASIL. Cadastro nacional de adoção. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

4 ADOÇÃO POR FAMÍLIA HOMOPARENTAL

4.1 Reconhecimento da união homoafetiva no Brasil

O legislador constitucional e infraconstitucional não regulamentou expressamente a união homoafetiva.

O que caracteriza uma família não é o fato de aquele vínculo ter-se originado do casamento ou da união estável entre duas pessoas de sexo oposto, mas sim em razão da constituição daquele relacionamento objetivar conceber uma união familiar, independentemente do sexo daqueles que a originaram, bem como da possibilidade ou não de gerar filhos.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.723, confirmando a omissão legislativa no que diz respeito à regulamentação da união homoafetiva, dispõe que: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Em vista disso, os indivíduos que mantêm um relacionamento homoafetivo, em razão da necessidade de reconhecimento de seus direitos enquanto casais e entidades familiares, passaram a demandar do Estado uma solução jurídica.

Assim, em razão do disposto no artigo 4º, da Lei de Introdução às normas de direito brasileiro (LINDB- decreto-lei nº 4.657/1942)⁹³, bem como do artigo 126, do CPC, que vedam o *non liquet*, assegurando a todos, ainda que não exista lei regulamentando determinado fato, a tutela jurídica, os tribunais, em razão do grande número de demandas cujo objeto era o reconhecimento da união homoafetiva como uma entidade familiar, passaram a confirmar tal direito.

A Constituição, rastreando os fatos da vida, deixou de emprestar especial proteção somente ao casamento. Trouxe o conceito de entidade familiar, reconhecendo a existência de relações afetivas fora do casamento (CF 226). Emprestou proteção à união estável entre homem e mulher e às famílias monoparentais, formadas por um dos pais e sua prole. Esse elenco, no entanto, não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela. Trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade ostensividade. Não se pode deixar de reconhecer que relacionamentos,

⁹³ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

mesmo a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Por terem origem em um a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Por terem origem em um vínculo afetivo, devem ser identificados como entidade familiar merecedoras da tutela legal ⁹⁴.

Ante a omissão legislativa e invocando os preceitos estabelecidos na LINDB, os tribunais e doutrinadores passaram a reconhecer os direitos das uniões homoafetivas aplicando analogicamente o disposto no artigo 226, § 3º, da CF, sob o fundamento de que os mesmos requisitos que caracterizam a união estável entre pessoas heterossexuais são os que também devem ser aplicados para fins de legitimação da união homoafetiva, afinal, o princípio da isonomia garante o tratamento igualitário para todos, seja na norma ou quando da interpretação dela (art. 5º, *caput*, da CF).

“Diante das garantias constitucionais, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica, [...] independentemente de sua orientação sexual” ⁹⁵.

Ainda que não haja expressa referência às uniões homoafetivas, não há como deixá-las fora do atual conceito de família. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem ⁹⁶.

“Os defensores desses novos arranjos familiares direcionam o foco da igualdade de direitos como fundamento no afeto e valorização da dignidade da pessoa humana, como alicerces das relações consideradas por família” ⁹⁷.

Analisando-se a união homoafetiva à luz do princípio da afetividade, observa-se que não há qualquer óbice axiológico ao reconhecimento desta como uma das modalidades de entidade familiar, visto que ambas se baseiam na premissa do afeto e da vida comum.

Por isso, a lei 11.340/2006⁹⁸, traz em seu artigo 2º, um novo conceito de

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice, Op. cit., 272.

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice, Loc. cit.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice, Op. cit., 273.

⁹⁷ MIRANDA, Cíntia Morais de. **Consequências de direito após o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20380/consequencias-de-direito-apos-o-reconhecimento-da-uniao-estavel-homoafetiva-pelo-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁹⁸ BRASIL. **Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

família, independentemente da orientação sexual daqueles que a originaram. Assim, as uniões entre pessoas do mesmo sexo são reconhecidas por esta lei como entidades familiares.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Em 2009 a Procuradoria-Geral da República propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277-600⁹⁹ pugnando pela inconstitucionalidade do art. 1.723 do CC/02, que, conforme demonstrado acima, restringe o reconhecimento da união estável somente a indivíduos de sexos opostos. O fundamento utilizado foi o de que não há proibição constitucional em relação à união estável de pessoas do mesmo sexo, invocando, para tanto, a técnica da interpretação conforme.

O governo do Rio de Janeiro, em 2008, protocolou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ¹⁰⁰, alegando que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como a igualdade, a liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, requerendo que o Supremo Tribunal Federal aplicasse ao regime dos servidores públicos civis do Rio de Janeiro as regras das uniões estáveis previstas no artigo 1.723, do CC/02.

Logo, como bem esclarece Miranda:

Significa dizer, portanto, que, desde a sua publicação, a decisão da ADI 4277 já pode ser utilizada para fundamentar quaisquer questões relacionadas com o seu conteúdo, ou seja, caso seja negado a algum casal homoafetivo o reconhecimento de direitos e deveres inerentes à união estável, desde que devidamente comprovada, tais casos poderão ser discutidos judicialmente, com provável procedência da ação ¹⁰¹.

Insta salientar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ sofreu uma perda parcial de seu objeto e por isso foi recebida na parte remanescente como Ação Direta de Inconstitucionalidade

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277- DF, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Data de julgamento: 05 de maio de 2011. Data de publicação: DJe-198 divulg 13 de outubro de 2011. Data de publicação: 14 de outubro de 2011. Ement. Vol-02607-03. **Lex:** Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹⁰⁰ Reporte-se o leitor à nota 101.

¹⁰¹ MIRANDA, Cíntia Morais de, Op. cit.

Em razão de o Brasil ser um país laico, onde predominam as garantias de liberdade religiosa, as concepções morais de determinada religião não podem obstar o reconhecimento do direito à dignidade humana, autodeterminação, privacidade e liberdade de orientação sexual.

As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual ¹⁰².

Dessa forma, em 27 de abril de 2010, o Superior Tribunal de Justiça, autorizou no bojo do Recurso Especial nº 889.852/RS¹⁰³ que um casal homoafetivo adotasse umas crianças, permitindo ainda que nos registros de nascimento destas fosse assentado o nome das companheiras, com fundamento no princípio do menor interesse.

Ao mesmo passo, o Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2011, reconheceu por unanimidade no Recurso Extraordinário nº 646721/RS¹⁰⁴ a união estável para os pares homoafetivos, assegurando-lhes os mesmos direitos inerentes aos casais heterossexuais, a exemplo da possibilidade de adoção.

Bem esclarece Pivato que:

Com este entendimento, o STF apenas interpretou a lei civil conforme a Constituição, no que diz respeito à aplicação da união estável entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista que tanto o § 3º do artigo 226 da CF, regulamentada pela Lei federal nº 9.728/96 (lei que rege as uniões estáveis), assim como o artigo 1723 do Código Civil, jamais proibiram o reconhecimento destas relações, seja por omissão, seja porque nem mesmo poderiam fazê-lo se considerasse a proibição em confronto com os direitos fundamentais insculpidos na lei constitucional ¹⁰⁵.

¹⁰² Palavras do ministro Marco Aurélio ao proferir o seu voto no julgamento da ADI 4277.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889852-RS, da 4ª Turma. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Data de Julgamento: 27 de abril de 2010. Data de Publicação: DJe 10 de agosto de 2010. **Lex:** Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4>>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 646721-RS. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Data de Julgamento: 10 de novembro de 2011. Data de Publicação: DJe-232 07 de dezembro de 2011. **Lex:** Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629404/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-646721-rs-rio-grande-do-sul>>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹⁰⁵ PIVATO, Flávia Scalzi. **Reconhecimento da união homoafetiva e o estatuto da família.** Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16567>. Acesso em: 25 out. 2016.

4.2 Características da adoção realizada por família homoafetiva

Interpretando-se literalmente o disposto no artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, depreende-se que a adoção conjunta só pode ser realizada por pessoas civilmente casadas ou que mantenham união estável. Assim, conclui Gonçalves que: “tal redação reitera o entendimento do legislador brasileiro de não admitir a adoção por pessoas do mesmo sexo (casais homoafetivos) figurando como pai e como mãe” ¹⁰⁶. Assim, casais formados por pares homoafetivos optaram pela candidatura individual à adoção. Desse modo a habilitação se tornou deficiente e incompleta, uma vez que o estudo social não era feito com ambos os pretensos adotantes.

Em um primeiro momento, os gays e lésbicas se candidatavam individualmente à adoção, não sendo questionado se mantinham relacionamento homoafetivo. Assim, não era feito o estudo social com o parceiro, o que tornava a habilitação deficiente e incompleta, deixando de atentar aos prevalentes interesses do adotando ¹⁰⁷.

Contudo, conforme estabelecido no artigo 43, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há qualquer óbice legal à adoção por homossexuais, visto que o único requisito exigível é que a adoção proporcione reais vantagens ao adotado e se fundamente em motivos legítimos. É o que assegura Dias:

O tema ainda divide opiniões, mas não existe obstáculo à adoção por homossexuais. As únicas exigências para o deferimento da adoção (ECA 43) são que apresente reais vantagens para o adotado e se fundamente em motivos legítimos ¹⁰⁸.

O princípio que deve prevalecer é o do melhor interesse do infante, e não há motivo legítimo para retirar de uma criança a possibilidade de viver com uma família. Se os parceiros – ainda que do mesmo sexo – vivem uma verdadeira união estável, é legítimo o interesse na adoção, havendo reais vantagens em favor de quem não pode ficar ao desabrigo de direitos ¹⁰⁹.

Assim sendo, com a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de

¹⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, Op. cit., p. 336.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 502.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice, loc. cit.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Adoção Homoafetiva**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6_-_ado%E7%E3o_homoafetiva.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, que equiparou a união homoafetiva à união estável, para todos os efeitos, passou-se a corroborar o entendimento de que o artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente não impede a concretização da adoção por pares homoafetivos, uma vez que não faz qualquer referência à orientação sexual do adotante.

Haja vista que, por ter sido a união homoafetiva equiparada à união estável para todos os efeitos, por intermédio da ADI 4277 e ADPF 132, logo presumiu-se que, não haveria impedimento legal, para a concretização da adoção por pares homoafetivos, tendo em vista a ausência de impedimento no §2º do art. 42, do ECA ¹¹⁰.

Em 23 de outubro de 2014 o Ministério Público do Estado do Paraná interpôs o Recurso Extraordinário nº 846102, pleiteando a limitação de idade e de sexo da criança a ser adotada por casal homoafetivo, contudo a Ministra Cármen Lúcia, relatora do processo, negou seguimento ao recurso sob o fundamento de que se a união homoafetiva já é reconhecida como entidade familiar, estabelecida no vínculo afetivo, não há que se criar obstáculos não previstos em lei.

[..] Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê. 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento ¹¹¹.

Entretanto, apesar das evoluções jurídica e social em relação à matéria, infelizmente, os homossexuais enfrentam o preconceito da sociedade.

O preconceito ainda se faz presente no olhar da sociedade para com um casal homoafetivo. Em virtude do preconceito, tenta-se excluir a homossexualidade do mundo do Direito. Mas imperativa sua inclusão no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo que se insere em todas as suas categorias, pois ao mesmo tempo é direito individual, social e difuso ¹¹².

¹¹⁰ ALCÂNTARA, Cintia Saraiva De. **Adoção homoafetiva: o debate jurisprudencial acerca da prevalência do melhor interesse do menor**. IDP 2015. Disponível em <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1972>>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 846.102- PR. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Data de publicação: 05 de março de 2015. **Lex**: Jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/174638876/andamento-do-processo-n-846102-do-dia-18-03-2015-do-stf?ref=topic_feed>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹¹² DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 50.

Logo, não havendo óbice constitucional e legal à adoção por pares homoafetivos, bem como se fundamentando no princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor, deve-se garantir o direito individual de guarda, tutela e adoção a todo indivíduo, independentemente de sua orientação sexual.

O outro fundamento que faculta seu deferimento é de órbita constitucional. Não é possível excluir o direito individual de guarda, tutela e adoção - garantido a todo cidadão - face a sua preferência sexual, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem. Merece ser lembrado também o art. 227 da Constituição Federal, que atribui ao Estado o dever de assegurar à criança, além de outros, o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade, direitos que certamente os meninos e meninas não encontrarão na rua, quando são largados à própria sorte, ou depositados em alguma instituição

¹¹³.

4.3 Fundamentos à possibilidade de adoção por pares homoafetivos e o Princípio do melhor interesse do menor

O desenvolvimento saudável de uma criança depende do vínculo estabelecido entre ela e seus pais, o qual demanda afeto, tempo disponível para acompanhar o desenvolvimento do menor e ponderação, independente da opção sexual daqueles.

Importante é que, seja vislumbrada pelo Código Civil, seja pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ou por ambos, a adoção cumpre uma função social hodierna considerável; deve ser compreendida para além da herança preconceituosa (que sempre a permeou) e necessita, pois, ser contextualizada, com a preponderância valorativo-jurídica do afeto e com os princípios constitucionais norteadores do moderno Direito das Famílias ¹¹⁴.

Não havendo qualquer impedimento constitucional e legal à adoção homoparental, não poderá o juiz estabelecer critérios subjetivos a fim de impossibilitá-la, competindo-lhe somente, com base no princípio do melhor interesse do menor e no relatório da equipe interdisciplinar e despidendo-se de qualquer critério preconceituoso, atendendo, desse modo à imparcialidade que lhe é exigida, decidir se naquele caso por ele analisado existe ambiente familiar favorável à adoção,

¹¹³ DIAS, Maria Berenice, *Ibid.*, p. 52

¹¹⁴ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 109.

observando também os requisitos gerais.

Com a palavra desses profissionais sobre a possibilidade de adoção por casais homoafetivos. Cabe ao jurista estar aberto à recepção das manifestações sociais, sem preconceitos, mas com a temperança necessária que nossa ciência exige em cada solução. Só com a análise profunda de cada caso é que se terá condições de se responder se existe ambiente familiar propício para a adoção nesse caso e, na verdade, em qualquer outra situação, dentro da regra geral que rege as adoções. Não há nada que indique *a priori* que a adoção por um casal homoafetivo seja inconveniente, degradante ou dificultoso para a formação do menor adotado, como também não há certeza alguma a esse respeito quando os adotantes são heterossexuais ¹¹⁵.

Torna-se incoerente que um magistrado decida pela não adoção de um menor por um casal homoafetivo quando este tem condições psicológicas e financeiras necessárias ao desenvolvimento pleno da criança, e ainda por não haver empecilho legal para tanto, revestindo-se sua decisão de preceitos preconceituosos e, sobretudo, atentando contra o princípio do melhor interesse do menor, posto que sua conduta poderá prorrogar o tempo em que aquela criança permanecerá no abrigo.

A maior resistência em relação à adoção por pares homoafetivos atrela-se principalmente à cultura conservadora que infelizmente ainda está arraigada em nossa sociedade. Uma das “preocupações” dos que defendem a não possibilidade da adoção homoparental é a de que a criança pode vir a tornar-se também um homossexual, e ainda que a relação estabelecida entre o casal é de promiscuidade. Vale ressaltar que a maioria dos menores aptas à adoção no país são frutos de relacionamento desestruturados.

A noção geral que se tem do princípio do melhor interesse é a de que o bem-estar da criança deve prevalecer sobre quaisquer outros interesses que possam vir a colidir com ele. Deste modo, devem ser levados em conta alguns requisitos, como por exemplo, a idade, se a criança tem irmãos, se foram destituídos os laços com seus pais e se inexistente família extensa. Tudo isso para proporcionar o melhor desenvolvimento psíquico-mental da criança e do adolescente ¹¹⁶.

Cabe ainda mencionar que outro grande obstáculo à concretização de adoções é a destituição do pátrio poder por causas associadas a maus-

¹¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Homoafetividade e o Direito**. In Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil, nº 39, Nov/Dez 2010. Porto Alegre: Ed. Magister, 2010, p. 109.

¹¹⁶ CALHARI, Emanoeli. **O princípio do melhor interesse nos processos de adoção por casais homoafetivos**. UFPR 2015. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42470/117.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 12 de outubro de 2016.

tratos, abuso físico, negligência e abandono, ou seja, pais biológicos que ainda não deram o consentimento legal para que seu filho fosse disponibilizado à adoção. Como este processo, às vezes, leva anos, a criança permanece institucionalizada, cresce e cada vez vai ficando mais difícil encontrar uma família para adotá-la ¹¹⁷.

Assim, como já decidido brilhantemente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, não há qualquer impedimento na Constituição Federal ou em qualquer legislação infraconstitucional em relação à adoção por casal homoafetivo, uma vez que se analisando o artigo 226, § 3º da Magna Carta, a união homoafetiva é reconhecidamente uma união estável constituída por pessoas do mesmo sexo, não havendo, portanto, afronta ao disposto no artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a adoção conjunta. Importa destacar ainda que se o casal tiver as condições necessárias para proporcionar o desenvolvimento pleno do adotado, atendendo assim aos preceitos axiológicos do Princípio do melhor interesse do menor, deve o juiz, após exame detido das circunstâncias concretas do caso e baseando-se no relatório da equipe interdisciplinar, decidir pelo deferimento do pedido de adoção homoparental. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná, no bojo da Apelação Cível nº 5824999/PR¹¹⁸, cujo relator foi Mendonça de Anunciação, da 11ª Câmara Cível, publicada em 17 de março de 2010; e o Tribunal Regional Federal da 3ª região, no Agravo de Instrumento nº 32763¹¹⁹, cujo relator foi o Desembargador André Nekatschalow, da 5ª Turma, julgado em 10 de junho de 2013.

4.4 Dados estatísticos sobre a adoção por pares homoafetivos no Brasil

Conforme afirmado no tópico 3.3, não há dados estatísticos sobre a adoção homoparental no Brasil. O único informe que existe é o de que, de acordo com o

¹¹⁷ AZEVEDO, Liana Fernandes de; MARQUES, Susi Lippi. **Necessidades especiais e adoção: probabilidades e prevenção.** Disponível em: <http://www.abpee.net/homepageabpee04_06/artigos_em_pdf/revista10numero1pdf/3azevedo_marques.pdf>. Acesso em 12 out. 2016.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 5824999/PR, da 11ª Câmara Cível, PR. Julgado em: 17 de março de 2010. Publicação: DJ 409. **Lex:** Jurisprudência do TJPR. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19500285/apelacao-civel-ac-5824999-pr-0582499-9-tjpr>>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª região. Agravo de Instrumento nº 32763, da 5ª Turma. Data de julgamento: 10 de junho de 2013. Relator: Desembargador Federal André Nekatschalow. **Lex:** Jurisprudência do TRF da 3ª região. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23544930/agravo-de-instrumento-ai-32763-ms-0032763-1520124030000-trf3>>. Acesso em: 25 out. 2016.

censo demográfico realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, foram identificados no país cerca de 60 mil casais homoafetivos.

Rio de Janeiro – O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) identificou 60 mil casais homoafetivos vivendo junto no país, a maioria formada por católicos (47,4%) e mulheres (53%). Os dados constam de pesquisa realizada com base no Censo 2010, divulgada hoje (17). O número de casais corresponde ao total de domicílios onde os próprios moradores declararam viver uma união consensual desse tipo e equivale a 0,1% do total de moradias do país. A maioria das uniões homossexuais – 99,6% – não é formalizada (com registro civil ou religioso) e está concentrada nos estados do Sudeste (52%), seguida pelos do Nordeste (20%), do Sul (13%), do Centro-Oeste (8,4%) e do Norte (6%).

Do total de entrevistados morando com pessoa do mesmo sexo, 26% têm ensino superior e quase metade (47,4%) é católica, sendo que 25,8% declararam não ter religião. Entre os casais heterossexuais que vivem em união consensual, a maioria não tem religião. A proporção de católicos e de sem religião na população é 64% e 8%, respectivamente. Em geral, os católicos e evangélicos são os que mais fazem casamentos religiosos entre a população ¹²⁰.

No Brasil, não há dados sobre o número de casais homossexuais com filhos, sejam eles adotados ou biológicos. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) identificou 60 mil casais homoafetivos no País, a maioria formada por católicos (47,4%) e mulheres (53%). Os dados constam de pesquisa realizada com base no Censo do ano de 2010 ¹²¹.

4.5 Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais esquematizados

Nesse sentido, de acordo com os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários expostos ao longo do trabalho, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e a doutrina admitem a adoção homoparental, equiparando a união homoafetiva à união estável, garantindo assim a isonomia entre os casais homoafetivos e heterossexuais. Para tanto, aplica-se a técnica da interpretação conforme a Constituição. Defende-se ainda que não deve haver qualquer limitação de sexo e idade em relação a criança a ser adotada.

Assim, a adoção por pares homoafetivos fundamenta-se nos princípios da prevalência do interesse do menor, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da não discriminação, da liberdade e da isonomia, garantindo ao adotando o direito à convivência familiar, desde que a adoção lhe proporcione reais

¹²⁰ Notícia fornecida por Isabela Viera no site Exame.com. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/ibge-identifica-60-mil-casais-gays-no-pais/>>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹²¹ Notícia fornecida por Fabiana Mascarenhas no site A tarde. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/noticias/1526689-segundo-o-ibge-ha-60-mil-casais-homoafetivos-no-pais/>>. Acesso em: 25 out. 2016.

vantagens e se fundamente em motivos legítimos. Insta salientar ainda que a adoção deve estar alicerçada em relatório social favorável, emitido por equipe multidisciplinar.

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto no presente trabalho monográfico, vale salientar algumas reflexões sobre determinados pontos do seu objeto, as quais se demonstraram mais importantes à conclusão final perseguida, qual seja a de que, ainda que não haja previsões constitucional e infraconstitucional expressas regulamentando as uniões homoafetivas, nem tampouco lhes assegurando os direitos inerentes às famílias, a exemplo da possibilidade de adoção, a doutrina e a jurisprudência vêm se posicionando favoravelmente à adoção homoparental.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o modelo de família adotado no Brasil era o patriarcal, no qual a figura do homem era priorizada em detrimento da mulher. Não se garantia a igualdade de direitos de gêneros. Somente os relacionamentos originados no casamento eram reconhecidos como entidade familiar.

Com o advento da Magna Carta, a ordem jurídica anterior foi rompida e a igualdade entre homens e mulheres foi assegurada, os vínculos estabelecidos fora do casamento também foram legitimados como família e ainda foi garantida a isonomia de direitos entre os filhos havidos fora e na constância do casamento.

Assim, surgiram várias espécies de família, a exemplo das famílias informais, monoparentais, matrimoniais, pluriafetivas e homoafetivas. Apesar do avanço jurídico, ainda assim o legislador ficou omissos em relação à regulamentação das famílias formadas por pares homoafetivos, não disciplinando expressamente os direitos inerentes a estas, enquanto entidade familiar que o é.

Desse modo, diante das inúmeras demandas ao Judiciário pleiteando o reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, passaram os Tribunais Superiores (o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça), bem como a doutrina a legitimá-las como uniões estáveis, aplicando analogicamente o disposto no artigo 226, § 3º, da CF/88, fundamentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Portanto, para caracterização da união homoafetiva são exigidos os mesmos requisitos necessários à configuração da união estável, distinguindo-se apenas em relação à formação, que nesse caso é entre pessoas do mesmo sexo. Assim, deve-se interpretar o artigo 1.723, do CC/02 conforme a Constituição, uma vez que o mesmo comporta várias interpretações.

Agora, o texto em si do artigo 1.723 é plurissignificativo, comporta mais de uma interpretação”, observou ainda. “E, por comportar mais de uma interpretação, sendo que, uma delas se põe em rota de colisão com a Constituição, estou dando uma interpretação conforme, postulada em ambas as ações ¹²².

Todavia, apesar do reconhecimento jurisprudencial e doutrinário da união homoafetiva como uma espécie de entidade familiar, não era assegurado ao casal homoafetivo o direito à adoção, sob o argumento de que o art. 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente vedava esse processo. Contudo, mais uma vez o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se posicionaram acertadamente, objetivando a garantia dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do melhor interesse do menor, e asseguraram aos pares homoafetivos o direito à adoção sob o fundamento de que nem a Constituição, nem o referido artigo vedam esse direito, uma vez que basta que os requisitos gerais da adoção sejam preenchidos pelo casal homoafetivo para que desde então seu nome seja incluso no cadastro de adotantes e que esta proporcione reais vantagens ao adotando, bem como se fundamente em motivos legítimos, consoante redação do artigo 43, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O objetivo social da legitimação da adoção homoparental é o de promover o desenvolvimento pleno das crianças órfãs, desconstituídas dos seus vínculos familiares ou colocadas em abrigo, proporcionando-lhes afeto e amparo social, moral e financeiro. O que irá confirmar se uma determinada família tem condições de adotar, não é a opção sexual daqueles que a originaram, mas sim se estes irão proporcionar reais condições ao desenvolvimento do menor.

Aqueles que ainda guardam resquícios de uma sociedade conservadora defendem que a possibilidade da adoção homoparental atenta contra princípios morais, religiosos e éticos, uma vez que, segundo eles, a criança adotada por pares homoafetivos pode seguir a mesma orientação sexual dos pais, bem como que esta relação se revela promíscua. A resistência por parte desta parcela da sociedade revela-se preconceituosa e se constituem em mero achismo, pois não há fundamentos científicos comprovando riscos danosos à saúde física ou mental da criança adotada por casal homossexual.

Não há menção na matéria de adoção codificada ou estatutária sobre a

¹²² Palavras do Ministro Carlos Ayres Brito no bojo do seu voto na ADI 4277.

possibilidade da adoção homoparental, por outro lado não existe respaldo legal impossibilitando-a, seja ela feita por pares ou por um solteiro homossexual. Exige-se, portanto, que existam reais vantagens para o adotado, porém o legislador continua em um posicionamento um tanto omissivo, deixando lacunas a serem preenchidas por entendimentos por vezes de foro íntimo e de cunho pessoal do magistrado.

Assim, faz-se necessária a desburocratização do processo de adoção, sobretudo no que atine à adoção homoparental, visto que, na maioria das vezes são criados obstáculos à promoção desta baseando-se exclusivamente em critérios preconceituosos.

Enfim, por meio do presente estudo foi possível demonstrar que é possível a adoção por pares homoafetivos no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não exista regulamentação expressa, mas por meio da aplicação analógica do disposto no artigo 226, § 3º, da CF e atendendo-se, sobretudo, aos princípios do melhor interesse do menor, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da liberdade e da isonomia. Especificamente, o princípio do melhor interesse do menor no que diz respeito à adoção homoparental estatui que todas as ações dos profissionais envolvidos neste processo devem ser no sentido de efetivamente promover o que é melhor para o adotando, não se admitindo a imposição de qualquer critério de caráter discriminatório em razão da opção sexual do adotante. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e a doutrina têm se posicionado.

Assim, não há qualquer óbice legal à adoção homoparental no artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo o artigo 1.723, do CC/02 ser interpretado conforme a Constituição.

Vale destacar ainda que, apesar de inexistir expressamente previsão legal quanto à adoção homoparental, aplicam-se a ela os mesmos critérios estabelecidos para a adoção por casais heterossexuais.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Cintia Saraiva De. **Adoção homoafetiva: o debate jurisprudencial acerca da prevalência do melhor interesse do menor**. IDP 2015. Disponível em <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1972>>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

ALESSI, Dóris de Cássia. **A família homoafetiva e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19055/a-familia-homoafetiva-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 13 set. 2016.

ALMEIDA, João de; ALMEIDA, João Luiz da Silva. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010.

AZEVEDO, Liana Fernandes de; MARQUES, Susi Lippi. **Necessidades especiais e adoção: probabilidades e prevenção**. Disponível em: <http://www.abpee.net/homepageabpee04_06/artigos_em_pdf/revista10numero1pdf/3azevedo_marques.pdf>. Acesso em 12 out. 2016.

BAPTISTA, Silvio Neves Batista. **Manual de direito de família**. 2. ed. rev. atual e ampl. Recife: Bagaco, 2010.

BELINELO, Antônio. **Estatuto da criança e do adolescente**. 2ª Ed. Rev. Ampl. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 13 set. 2016.

_____. **Lei 3.133, de 8 de maio de 1957**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm>. Acesso em: 08 out. 2016.

_____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 08 out. 2016.

BRASIL. **Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 25 ot. 2016.

_____. **Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 08 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 889.852/RS. Rio Grande do Sul, 27 de abril de 2010. **Lex:** Jurisprudência do STJ. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/inteiro-teor-16839763>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70062283361, da 7ª Câmara Cível. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 26 de novembro de 2014. **Lex:** Jurisprudência do TJRS. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/154004498/apelacao-civel-ac-70062283361-rs>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277-7/600. <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277-DF, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Data de julgamento: 05 de maio de 2011. Data de publicação: DJe-198 divulg 13 de outubro de 2011. Data de publicação: 14 de outubro de 2011. Ement. Vol- 02607-03. **Lex:** Jurisprudência do STF. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 646721-RS. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Data de Julgamento: 10 de novembro de 2011. Data de Publicação: DJe-232 07 de dezembro de 2011. **Lex:** Jurisprudência do STF. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629404/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-646721-rs-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹ PIVATO, Flávia Scalzi. **Reconhecimento da união homoafetiva e o estatuto da família.** Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16567. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 846.102- PR. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Data de publicação: 05 de março de 2015. **Lex:** Jurisprudência do STF. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/174638876/andamento-do-processo-n-846102-do-dia-18-03-2015-do-stf?ref=topic_feed. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 5824999/PR, da 11ª Câmara Cível, PR. Julgado em: 17 de março de 2010. Publicação: DJ 409. **Lex:** Jurisprudência do TJPR. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19500285/apelacao-civel-ac-5824999-pr-0582499-9-tjpr>. Acesso em: 25 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª região. Agravo de Instrumento nº 32763, da 5ª Turma. Data de julgamento: 10 de junho de 2013. Relator: Desembargador Federal André Nekatschalow. **Lex:** Jurisprudência do TRF da 3ª região. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23544930/agravo-de-instrumento-ai-32763-ms-0032763-1520124030000-trf3>>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Notícias do STF. **Supremo reconhece união homoafetiva.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ Social: como proceder para entregar uma criança à adoção.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81245-cnj-servico-como-proceder-para-entregar-uma-crianca-a-adocao>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. Cadastro nacional de adoção. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ Social: como proceder para entregar uma criança à adoção.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81245-cnj-servico-como-proceder-para-entregar-uma-crianca-a-adocao>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Cai número de pretendentes à adoção que só querem crianças brancas.** Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82321-cai-numero-de-pretendentes-a-adocao-que-so-querem-criancas-brancas>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. **Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. **Estatuto da Criança e do adolescente.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 14 set.

2016.

CALDERAN, Thanabi Bellenzier; DILL, Michele Amaral. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019#_ftnref17. Acesso em: 13 set. 2016.

CALHARI, Emanoeli. **O princípio do melhor interesse nos processos de adoção por casais homoafetivos.** UFPR 2015. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42470/117.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 12 de outubro de 2016.

COELHO, Bruna Fernandes. **Adoção *intuitu personae* sob a égide da lei 12.010/09.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9265. Acesso em: 14 out. 2016.

CUNHA, Tainara Mendes. **O Instituto da adoção no estatuto da criança e do adolescente após a Lei 12.010/2009.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-instituto-da-adocao-no-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-apos-a-lei-120102009,34508.html>. Acesso em: 13 out. 2016.

DA SILVA, Ulisses Simões. Adoção por casal homoafetivo e o Conservadorismo da Nova Lei de Adoção. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, ano XI, nº 57, dez- jan 2010.

DIAS, MARIA BERENICE. **Manual de Direitos das Famílias.** 10ª ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção Homoafetiva.** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6_-_ado%20homoafetiva.pdf. Acesso em: 16 out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça.** 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Famílias.** São Paulo: Atlas, 2015

FIUZA, Cezar. **Direito Civil – Curso Completo.** 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2015

FURLANETTO, Carolina Dietrich. **Adoção: aspectos jurídicos e sociais e a viabilidade jurídica para os homossexuais**. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/carolina.pdf. Acesso em: 13 out. 2016.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JENCZAK, Dionísio; ANDRADE, Paulo Henrique Horn. **Aspectos das Relações Homoafetivas à Luz dos Princípios Constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.103.

JORNAL EM DISCUSSÃO!. **Realidade brasileira sobre adoção**. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>. Acesso em: 14 out. 2016.

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

LOPES, Cecília Regina Alves. **Adoção: aspectos históricos, sociais e jurídicos da inclusão de crianças e adolescente em famílias substitutas**. 2008. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Salesiano de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp111460.pdf>. Acesso em 14 de out. de 2016.

MARTINS, Priscila Uchoa. **A família homoafetiva e seu legal reconhecimento**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7336. Acesso em: 13 set. 2016.

MIRANDA, Cíntia Moraes de. **Consequências de direito após o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20380/consequencias-de-direito-apos-o-reconhecimento-da-uniao-estavel-homoafetiva-pelo-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 25 out. 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil: Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUNES, Andréa Ribeiro. **Princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15406. Acesso em: 14 set. 2016.

RODRIGUES, Auro de Jesus. **Metodologia Científica**. 4 ed., ver., ampl., Aracaju: Unit, 2011, p. 55. Segundo o autor a pesquisa qualitativa não utiliza procedimentos estatísticos de abordagem.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 13. ed.. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Homoafetividade e o Direito**. In Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil, nº 39, Nov/Dez 2010. Porto Alegre: Ed. Magister, 2010.

Notícia fornecida por Isabela Viera no site Exame.com. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/ibge-identifica-60-mil-casais-gays-no-pais/>>. Acesso em: 25 out. 2016.

Notícia fornecida por Fabiana Mascarenhas no site A tarde. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/bahia/salvador/noticias/1526689-segundo-o-ibge-ha-60-mil-casais-homoafetivos-no-pais>>. Acesso em: 25 out. 2016.

ANEXO- A

DECISÕES JURISPRUDENCIAIS QUE FUNDAMENTARAM A PESQUISA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. **PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.** O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. **TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.** O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos

fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub iudice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e

com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva ¹²³.

A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro ¹²⁴.

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. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 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 respeitáveis 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

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277- DF, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Data de julgamento: 05 de maio de 2011. Data de publicação: DJe-198 divulg 13 de outubro de 2011. Data de publicação: 14 de outubro de 2011. Ement. Vol-02607-03. **Lex:** Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹²⁴ BRASIL. Notícias do STF. **Supremo reconhece união homoafetiva.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 25 out. 2016.

em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido ¹²⁵. (grifo nosso)

UNIÃO ESTÁVEL – COMPANHEIROS – SUCESSÃO – ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil ¹²⁶. (grifo nosso)

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889852-RS, da 4ª Turma. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Data de Julgamento: 27 de abril de 2010. Data de Publicação: DJe 10 de agosto de 2010. **Lex:** Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4>>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 646721-RS. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Data de Julgamento: 10 de novembro de 2011. Data de Publicação: DJe-232 07 de dezembro de 2011. **Lex:** Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629404/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-646721-rs-rio-grande-do-sul>>. Acesso em: 25 out. 2016.

APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. CASAL HOMOAFETIVO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. ATRIBUIÇÃO POR ANALOGIA DE NORMATIVIDADE SEMELHANTE À UNIÃO ESTÁVEL PREVISTA NA CF/88 E NO CC/02. HABILITAÇÃO EM CONJUNTO DE CASAL HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE ATENDIDOS AOS DEMAIS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE IDADE E SEXO DO ADOTANDO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO QUE DEVE SER ANALISADO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO, E NÃO NA HABILITAÇÃO DOS PRETENDENTES. APELAÇÃO PROVIDA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO ¹²⁷. (grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR. ADOÇÃO OU GUARDA DE CRIANÇA. LICENÇA REMUNERADA DE 120 DIAS. CONCESSÃO. DIREITO DO FILHO. CASAL HOMOAFETIVO. DISCRIMINAÇÃO. VEDAÇÃO. 1. A licença é direito também do filho, pois sua finalidade é "propiciar o sustento e o indispensável e insubstituível convívio, condição para o desenvolvimento saudável da criança" (TRF da 3ª Região, MS n. 2002.03.00.026327-3, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 24.11.05), razão pela qual a adotante faria jus ao prazo de 120 (cento e vinte dias) de licença remunerada. 2. Pelas mesmas razões, é razoável a alegação de que importaria em violação à garantia de tratamento isonômico impedir a criança do necessário convívio e cuidado nos primeiros meses de vida, sob o fundamento de falta de previsão constitucional ou legal para a concessão de licença de 120 (cento e vinte) dias, no caso de adoção ou de guarda concedidas a casal homoafetivo. **De todo modo, após a ADI n. 132 não mais se concebe qualquer tipo de discriminação ou mesmo restrição legal em razão de orientação sexual. E, como consectário lógico, à família resultante de união homoafetiva devem ser assegurados os mesmos direitos à proteção, benefícios e obrigações que usufruem aquelas que têm origem em uniões heteroafetivas, em especial aos filhos havidos dessas uniões** (STF, ADI n. 4277, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.11). 3. Assim, a licença remunerada de 120 (cento e vinte dias), com a prorrogação de 60 (sessenta) dias prevista no art. 2º, § 1º, do Decreto n. 6.690/08, deve ser estendida ao casal homoafetivo, independentemente do gênero, no caso de adoção ou guarda de criança de até 1 (um) ano de idade. 4. Agravo de instrumento provido, restando prejudicados o pedido de reconsideração e o agravo legal da União ¹²⁸. (grifo nosso)

¹²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 5824999/PR, da 11ª Câmara Cível, PR. Julgado em: 17 de março de 2010. Publicação: DJ 409. **Lex:** Jurisprudência do TJPR. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19500285/apelacao-civel-ac-5824999-pr-0582499-9-tjpr>>. Acesso em: 25 out. 2016.

¹²⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª região. Agravo de Instrumento nº 32763, da 5ª Turma. Data de julgamento: 10 de junho de 2013. Relator: Desembargador Federal André Nekatschalow. **Lex:** Jurisprudência do TRF da 3ª região. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23544930/agravo-de-instrumento-ai-32763-ms-0032763-1520124030000-trf3>>. Acesso em: 25 out. 2016.