

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

ANIELI MAYARA DOS SANTOS

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

**ARACAJU
2018**

ANIELI MAYARA DOS SANTOS

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADOR: Prof. José Carlos dos Santos.

ARACAJU
2018

S237a SANTOS, Anieli Mayara dos.

Adoção Por Casais Homoafetivos/Anieli Mayara dos Santos, 2018. 79 f.

Monografia (Graduação) - Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Esp. José Carlos Santos

1. Adoção 2. Casais Homoafetivos 3. Crianças e Adolescentes 4. Princípios I. TÍTULO.

CDU 347.633(813.7)

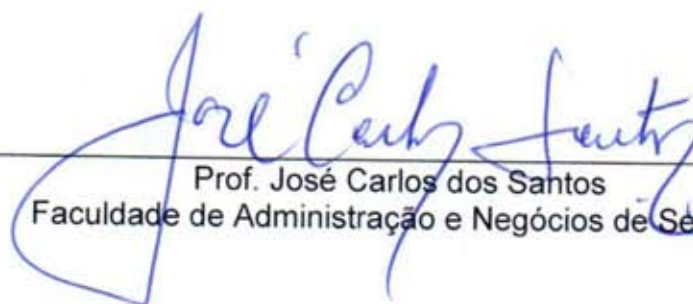
Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em 11/08/2018

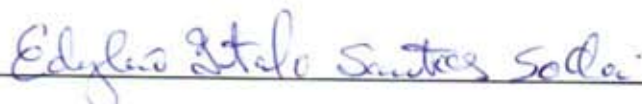
BANCA EXAMINADORA



Prof. José Carlos dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Valfran Andrade Barbosa
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Edyleno Italo Santos Sodré
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico este trabalho a todos que em algum momento da vida tiveram uma participação mesmo que mínima em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Hoje, vivo uma realidade que parece um sonho, mas foi preciso muito esforço, determinação, paciência, perseverança, ousadia e humildade para chegar até aqui e nada disso eu conseguiria sozinha. Minha eterna gratidão a todos aqueles que colaboraram para que este sonho pudesse ser concretizado.

Agradeço primeiramente a Deus e a espiritualidade amiga por ter me dado forças para continuar nesta luta e ter conseguido dar continuidade em minha jornada.

A minha mãe, Edidelsa Maria, que, nos piores e melhores momentos, sempre esteve ao meu lado, apoiando-me e incentivando-me para que eu nunca desistisse deste sonho, e por me guiar com todo seu amor, a esta sou grata e devo não só a conquista deste sonho mais minha vida. Luto hoje é por nós. Ela é pessoa de maior importância em minha vida é minha inspiração, pois se conseguir fazer a metade que ela fez e faz por mim, me sentirei uma grande vencedora, um exemplo de mulher.

Aos meus avôs Dona Virginia e Seu Albino e minha bisavó Dona Celuta que sempre me amaram e me apoiaram com muita sabedoria em minha vida, e nunca me deixaram desistir, e sempre me defenderam e cuidaram de mim, nunca me permitiram baixar minha cabeça para as derrotas e ir em frente.

Agradeço também as minhas tias Maria de Fatima e Maria Edilene, a minha irmã Crislaine por sempre me apoiar e ajudar em tudo que precisei para chegar até aqui.

Aos meus amigos Ailton, Cleo, Thiara, Willames, Jessica, Melissa, Mateus obrigada por sempre me apoiar e estar comigo em todos os momentos. Porque em vocês encontrei verdadeiros irmãos. Obrigada pela paciência, pelo sorriso, pelo abraço, pela mão que sempre se estendia quando eu precisava. Ao meu orientador José Carlos, pela atenção e dedicação que me prestou na elaboração do presente trabalho e também por sua amizade.

E principalmente a minha irmã gêmea Adrieli, que iniciamos juntas e estamos terminando também juntas esse ciclo e por ter me dado de presente meu sobrinho Heitor.

Adoção é uma palavra que vem do latim *adaptare*, que significa acolher, cuidar, considerar. É uma das palavras mais bonitas e mais ricas de conteúdo interpretativo do dicionário. A adoção é uma atitude instintiva e complexa, plena de requinte humano e espiritual, onde se acolhe aquele que não veio de ovelha, mas veio para você. (Cintia Liana Reis de Silva)

RESUMO

A presente monografia versará sobre a adoção por casais homoafetivos, buscando fazer uma reflexão acerca desta formação familiar, que apesar de tão presente em nossa sociedade, ainda sofre muitas discriminações, vez que não apresenta amparo em nossa legislação. A adoção por casais homoafetivos é um assunto ainda muito delicado em nossa sociedade, pois de um lado há os aspectos considerados positivos no que tange a adoção por esses pares, pois a criança e adolescente que estão a margem da sociedade familiar passam a fazer parte de um seio familiar e a terem esperança de um futuro digno. De outro lado, há o enorme preconceito ainda existente que consideram somente a formação familiar a união entre pessoas de sexos distintos. Durante a análise do tema, será possível perceber que a afetividade é o que de mais importância precisa existir para a formação de uma família, sendo fortificado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor, dispostos na Constituição Federal. Sendo assim, a abordagem deste trabalho monográfico será pautado no novo conceito de família existente, apontando o lado positivo e o negativo da adoção para uma criança ou adolescente por um casal do mesmo sexo e os procedimentos que levam a adoção.

Palavras-chave: Adoção; Casais Homoafetivos; Crianças e Adolescentes; Princípios.

ABSTRACT

This monograph will focus on adoption by homosexual couples, seeking to reflect on this family formation, which, despite being so present in our society, still suffers from many forms of discrimination, since it does not provide protection in our legislation. Adoption by homoaffective couples is still a very delicate issue in our society, since on the one hand there are aspects considered positive regarding adoption by these pairs, since the child and adolescent who are on the margins of the family society become part of and hope for a decent future. On the other hand, there is the enormous bias still existing that consider only family formation the union between people of different sexes. During the analysis of the theme, it will be possible to perceive that affectivity is the most important thing to exist for the formation of a family, being fortified by the principles of the dignity of the human person and the best interest of the minor, set forth in the Federal Constitution. Thus, the approach of this monographic work will be based on the new concept of existing family, pointing out the positive and negative side of adoption for a child or adolescent by a same-sex couple and the procedures that lead to adoption.

Keywords: Adoption; Homoaffective couples; Children and Adolescents; Principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CC – Código Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2.	CONCEITO DE FAMÍLIA	11
2.1	Evolução histórica da família	11
2.2	A família no Brasil após a Constituição de 1988	13
2.3	A união entre pessoas do mesmo sexo: um novo conceito de família	16
2.4	Os direitos fundamentais e a evolução da tutela de família de casais homoafetivos	25
2.4.1	Conceito de princípios	27
2.4.2	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	28
2.4.3	Princípio da Igualdade	29
2.4.4	Princípio do Melhor Interesse do Menor	30
2.4.5	Princípio da afetividade	32
3	A ADOÇÃO NO BRASIL	34
3.1	Conceito de adoção	34
3.2	Adoção na antiguidade	36
3.3	A adoção na idade média	39
3.4	A adoção na idade moderna	40
3.5	Evolução legislativa da adoção no brasil	42
3.5.1	O Código de 1916	42
3.5.2	A Lei 3.133/1957	45
3.5.3	A Lei 4.655/65	46
3.5.4	O Código de Menores	48
3.5.5	Constituição de 1988	51
3.5.6	Estatuto da Criança e do Adolescente	52
3.5.7	O Código Civil	57
4	A LEI Nº. 12.010 DE 3 DE AGOSTO DE 2009 – LEI DA ADOÇÃO	61
4.1	A viabilidade jurídica da adoção por casal homoafetivo	65
5	CONCLUSÃO	69
	REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento dos direitos homoafetivos no Brasil vem avançando. Entre as reivindicações quanto aos direitos podemos citar o reconhecimento da união estável, conquistas de direitos previdenciários e sucessórios combatem a discriminação, como, por exemplo, recentemente o direito ao casamento para casais do mesmo sexo e a adoção.

No código Civil as relações homoafetivas serão consideradas apenas um regime de sociedade, porém com as mudanças na legislação, essa interpretação foi se alargando, vez que, atualmente, casais homoafetivos convivem maritalmente, como uma união estável, tendo, portanto, direitos equivalentes aos de um casal heterossexual.

A união estável, prevista na Constituição Federal no art. 226 e no Código Civil no artigo 1723, considera casais homoafetivos como entidade familiar, sendo também regido pelo direito de família.

O conceito de família vem se transformando frequentemente, entre esses novos tipos de família, há aquelas que são compostas por homossexuais.

Nas famílias, antigamente, o poder familiar era exclusivo na figura do pai, diferentemente do que ocorre atualmente, onde esse poder é isonômico entre os cônjuges. A família era formada exclusivamente pelo matrimônio entre um homem e uma mulher, entretanto essa realidade não corresponde ao que se observa na sociedade atual, conhecida também como sociedade contemporânea, pois há, hoje, a união estável, as relações monoparentais.

Diante disso, a sociedade deve aceitar as diferenças decorrentes da orientação sexual que diverge do considerado como padrão, ou seja, a heterossexualidade, que mesmo com essa aparente aceitação, é perceptível que os homossexuais são constantemente privados de seus direitos devido a sua orientação sexual.

A família preza pela busca da felicidade e da realização pessoal dos indivíduos. Assim, seguindo essa linha, a finalidade deste trabalho é mostrar que ao conferir aos parceiros homoafetivos o direito a adoção, conferimos-lhe igualdade, inclusão familiar em respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Essa igualdade tem presença na Constituição Federal que garante tal direito, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, já que este não apresenta qualquer proibição a essa possibilidade de adoção por casal homoafetivos, nem mesmo faz qualquer menção sobre a sexualidade do adotante, ou seja, não existe na legislação qualquer restrição quanto ao sexo, ao estado civil ou até mesmo quanto à orientação sexual do adotante. A única preocupação do legislador é com o bem-estar do menor.

A própria Constituição Federal dá ao Estado a atribuição de assegurar às crianças a não violação da dignidade, da liberdade e da igualdade, consagrando o princípio da proteção integral do menor. À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O ideal da família é que esta seja sólido possuindo um ambiente saudável para o desenvolvimento da criança ou adolescente, independentemente de sexo, raça, religião etc.

Neste contexto, o presente trabalho tem como finalidade nos mostrar que, nos dias atuais, a família adquiriu um novo significado com suas novas modalidades de relacionamentos. Além de caracterizar de que maneira ocorre a adoção por casais homoafetivos e descrevê-las em sua importância, enquanto facilitadora para o restabelecimento das relações familiares, refletindo-se sobre os direitos dos homoafetivos e, ao mesmo tempo, das crianças e adolescentes.

Para atingir tais objetivos o trabalho foi estruturado em três capítulos. No primeiro será explanado um breve histórico da evolução dos modelos de família, suas origens, um novo conceito, que trata da união dos casais homoafetivos. Este capítulo busca ressaltar os princípios constitucionais do nosso ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, foca-se a adoção e sua evolução legislativa; mostrará a mudança dos modelos de família. Serão demonstradas as evoluções que ocorreram na família brasileira, evidenciando os novos modelos atualmente existentes, diferentes dos convencionais. Far-se-á, nesse capítulo, uma abordagem jurídica, tendo como base o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a

Constituição Federal. Por fim, o terceiro capítulo serão apontados os requisitos e exigências para a adoção, além da viabilidade da adoção por casais homossexuais.

Como já mencionado anteriormente, apesar do conceito de família estar sendo considerado em crise, na realidade, ele vem passando por um processo de transformação diante das inúmeras mudanças sociais, apontando uma proteção maior do Estado, para que os conflitos sejam resolvidos da melhor maneira possível. Para que isso efetivamente aconteça é de suma importância que a legislação acompanhe as mudanças sociais.

2. CONCEITO DE FAMÍLIA

2.1 Evolução histórica da família

O instituto da família vem sofrendo constantes mudanças em sua base com o decorrer dos anos em consequência dos avanços econômicos e sociais, tendo seus valores alterados e os princípios modificados e surgindo um novo conceito de família, onde tem fundamento os princípios do afeto e da humanidade.

Podemos explicar o surgimento da família em duas teorias: a matrimonial e a patriarcal. A matriarcal desenvolveu-se na pré-história, onde a mulher tinha grande influência, tendo em conta que exercia o poder político, religioso e econômico. Já a patriarcal, caracteriza-se por ter a figura do homem como o centro do poder, ou seja, o “pai” que é ao mesmo tempo chefe do clã (dos parentes dos laços de sangue) e administrador de toda a extensão econômica e de toda influência social que a família exerce.

Nesse sentido salienta Belmiro Pedro Welter (2003, p.33):

Duas teorias são invocadas: a primeira, a matriarcal, asseverando que a família é originária de um estágio inicial de promiscuidade sexual, em que todas as mulheres e homens pertencem uns aos outros: a segunda, a teoria patriarcal, que nega essa promiscuidade sexual, aduzindo que o pai sempre foi o centro organizacional família.¹

Antigamente, era cercada por um envolvimento religioso sob uma autoridade do pai que dominava a mulher e os filhos. A família romana compreendia todas as pessoas que estão sujeitas ao mesmo chefe, independente de vínculo sanguíneo era dirigida pelo ascendente comum mais velho, ou seja, o homem mais velho da família era quem detinha o poder da família, do qual este poder deveria ser exercido na questão religiosa, uma vez que a família deveria seguir a religião e crenças do pater.

1 WELTER. Belmiro Pedro. Igualdade entre as filiações biológica e afetivas. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Na questão econômica, era o pai que mantinha todos os bens da família, já na política o senado romano era composto pela reunião dos chefes de família, como revela Wald (2000, p. 22)².

Leciona Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 28)³ que:

O pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (penates) e distribuí a justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vende-los, tirar-lhe a vida.

Desta forma verifica-se que a família romana era completamente submissa ao poder do pai, ou seja, era uma instituição familiar totalmente baseada na figura masculina, sendo que esta poderia até dispor da vida de seus filhos se bem entendesse. Desse modo, constata-se que o casamento em Roma modificou-se tornando-se mais flexível.

Com o decorrer dos anos e a vinda do Império Romano a visão da família começa a mudar para os romanos, pois eles começam a admitir diversas mudanças, como a ocorrência do abuso de poder do pater, a figura feminina passa a ocupar a papel paterno, podendo ficar com a guarda dos filhos para si, passa a ter direito na herança dos filhos, caso estes não tivessem descendentes e irmãos. No império a mulher começa a ter mais autonomia e a participar da vida social e política.

Com o advento do Cristianismo, mudou também a formação familiar romana. Que anteriormente era comandada pelo pater poder, e tinha autoridade absoluta, passou a adorar um único Deus, poderoso e supremo, ou seja, o pater que detinha autoridade suprema perde sua total superioridade, em vários lares a igreja era quem comandava.

Avançando para a formação familiar moderna, com a Revolução Industrial, a mulher ingressa no mercado de trabalho, com o objetivo de colaborar com o sustento familiar, havendo uma mudança significativa na estrutura familiar, e os laços entre o Estado e a Igreja foram perdendo força, com isso acabando os padrões da moralidade.

² WALD, Arnaldo. Direito de família. 13. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Diante disso, no século XX a família obtém nova estrutura. A função de educar passa a ser responsabilidade das instituições de ensino, onde as crianças agora passam a maioria de seu tempo. O catolicismo abre espaço para outras religiões. A influência religiosa vai diminuindo, uma vez que para a liberdade de crença se torna direito constitucional.

Com o decorrer do tempo foram surgindo as mais diversas variadas formas de família, uma delas a família homoafetiva, ou seja, formada por pessoas do mesmo sexo. Portanto, observa-se que assim como a sociedade vai evoluindo em suas relações e interrelações sociais, assim o legislador vai se adaptando aos novos modelos sociais.

A nova concepção da família, surgida no século XX, formada não apenas no interesse patrimonial, mas sim na relação social e afetiva entre as pessoas, proporcionando o progressivo reconhecimento e tutela das famílias homoafetivas.

Como afirma Maria Berenice Dias (2010, p. 39)⁴: [...] o amor não tem sexo, não tem idade, não tem cor, não tem fronteiras, não tem limites[...].

2.2 A família no Brasil após a Constituição de 1988

A Constituição de 1998 positivou o que de fato já havia no corpo social, expandindo o significado de família e protegendo, de forma igualitária, todos os seus membros.

Promulgada em 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal, introduziu um capítulo voltado para a família, sendo este o Capítulo VII, sob o título: Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, sendo que os artigos abordam da família são desde o 226 até o 230.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, estabeleceu a referida proteção, posto que o caput menciona que a família, base da sociedade e em todas suas formas têm proteção especial do Estado.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

§ 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 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 relações.

Da mesma maneira, e no sentido de proteger a instituição familiar, dispõe o artigo 227, caput, da Constituição Federal.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

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

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Com a Constituição Federal de 1988, houve uma renovação na forma de se compreender uma constituição familiar, não necessariamente oriunda de um casamento formal, mas fruto de uma união estável.

A união estável, que até então não era reconhecida como família ganhou reconhecimento jurídico e apoio constitucional, constituindo assim uma nova espécie de família. Rodrigues (2004, p. 4)⁵ relata esta questão da seguinte forma:

O fim da discriminação contra a família assim ocorreu, em princípio, com a constituição de 1988, cujo artigo 226, §3º proclama que a união estável entre homem e mulher, representa uma entidade familiar, que está sob a proteção do Estado, independentemente de matrimônio. Adiante, no §4º do mesmo dispositivo constitucional, atribui-se igualmente a qualidade de entidade familiar a comunidade constituída por um dos seus pais e seus descendentes.

Acontece que, apesar da Constituição Federal mencionar tais direitos, verificou-se dúvidas quanto à caracterização da união estável. Por esse motivo, o legislador buscou maneiras de preencher tais lacunas.

5 RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Vol. 6 - Direito de Família. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

Desta maneira, foi elaborada a lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994, a fim de regulamentar o direito dos companheiros a alimentos e sucessão. A lei de 9.278 de 10 de maio de 1996 conceitua a união estável como entidade familiar, e delegou-lhe direitos e deveres. Também excluiu disposto no artigo 1º da lei 8.971, que exigia tempo mínimo para que o companheiro pudesse exigir seus direitos.

2.3 A união entre pessoas do mesmo sexo: um novo conceito de família

Toda criança tem o direito ao convívio familiar independentemente do tipo de família que ela possa ser introduzida.

A ideia de que a família somente era formada a partir do casamento de casais heterossexuais poderem ser pais está abalado, uma vez que não reflete mais a realidade já que os Tribunais se manifestaram favoráveis, abrindo precedente sobre o tema, seguindo o entendimento que crianças são criadas, por avós, tios, tias, apenas pelo pai ou pela mãe, por que não dizer por casais homoafetivos.

O conceito de família foi sofrendo alterações com o passar do tempo e atualmente tem focado principalmente na afetividade entre as pessoas. Ao decorrer da história, a família passou pelas funções de acordo com momento da história: como a religiosa, onde a igreja possuía grande influência, a política, a econômica e a procracional.

A relação mútua de solidariedade presente entre os membros da família não era compreendida antigamente, uma vez que as famílias, naquela época, eram concebidas em função da quantidade de pessoas que formavam a entidade familiar.

Um dos fatores de grande relevância que ajudou a família a perder a função econômica foi à gradativa independência econômica, social e jurídica da mulher e a extrema diminuição de número médio de filhos nas entidades familiares.

Da mesma forma, a família perdeu o papel de produção, pois ela se caracteriza pelo consumo e não mais por ganhar dinheiro. Assim, não era mais necessária a função de procriar, já que houve uma redução do número de filho.

Salienta Dias (2003, p. 66)⁶, que o Estado assumiu uma postura conservadora e definiu um padrão “adequado” de moralidade nas relações sociais procurando estabelecer a ordem social nas relações dos indivíduos, ou seja, o Estado era encarregado por oficializar as uniões entre as pessoas e o reconhecimento da família após o casamento.

Entretanto, a constituição familiar veio alterando-se na proporção que a própria sociedade se moldava as novas concepções de formato dos tipos de família. Inclusive, com a Constituição Federal de 1988, a divisão dos direitos e deveres do homem e mulher, igualitariamente (art. 226, §5º da CF), possibilidade do divórcio (Lei 6.517/77 e art. 226, §6º de CF/88), bem como a afetividade ocupando espaço dentre as famílias.

Ainda assim, o casamento sendo a oficialização de união entre homem e mulher, ainda era comum a existência de uniões formalizadas pelas relações não eventuais, chamadas de concubinato, na qual não existia a formalização de casamento, mas as pessoas se relacionam ente si como homem e mulher.

Ao longo do tempo, outros tipos de relações entre pessoas de sexo opostos foram regulamentadas, chamadas atualmente de uniões estáveis. Na atualidade, nesse contexto, o significado de família está ligada aos aspectos sócio-psicoafetivo. Como defende Maria Berenice Dias (2010, p. 29)⁷:

O formato hierárquico da família cedeu lugar a sua democratização, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo. O traço fundamental é a lealdade. Talvez não mais existem razões, que morais, religiosas, política, físicas ou naturais, que justifiquem essa verdadeira estatização de afeto, excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas. O grande problema reside em encontrar estrutura formalista o sistema jurídico, a forma de proteger sem sufocar e de regular sem engessar.

Como desfecho do processo histórico de formação de um novo tipo de família, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em novembro de 2011 “por unanimidade, pelo placar de 10 votos. A união estável para casais do mesmo sexo”. Além de reconhecer que “parceiros em relação afetiva homoafetiva duradoura e

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. União Estável homoafetiva. Revista Brasileira de Direito de Família, ano 5, n. 20, out-nov, 2003.

⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

publica terão os mesmos direitos e deveres das famílias formadas por homem e mulher”.

Para o Ministro Ayres Britto, o relator das ações “a família é a base da sociedade, não o casamento”. Disse, ainda, que “não se pode interpretar a constituição de maneira reducionista ou contra seus princípios.” Em função disso, “é inconstitucional o artigo do Código Civil que trata a união estável usando o termo homem e mulher”.

O julgado a seguir demonstra a visão do Ministro Ayres Britto acerca da união estável, vez que para ele, esta significa a união de pessoas, independente do sexo, conforme se vê:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS, GUARDA E ALIMENTOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. AGRAVO RETIDO. PLEITO OBJETIVANDO O RECONHECIMENTO DOS EFEITOS DA REVELIA À RÉ. INVIABILIDADE. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS NARRADOS NA PEÇA EXORDIAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO ALEGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A decretação da revelia não acarreta, obrigatoriamente, a procedência dos pedidos, pois, ainda assim, cabe ao Magistrado apurar as provas produzidas pelo Autor e julgar o feito em conformidade com a legislação vigente, porque a presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial, decorrente do art. 344 do Código de Processo Civil de 2015 (art. 319, CPC/73), é relativa. Com efeito, segundo o Superior Tribunal de Justiça, “1. A jurisprudência firmada neste Sodalício é no sentido de que a caracterização da revelia não importa em presunção absoluta de veracidade dos fatos, a qual pode ser afastada pelo Juiz à luz das provas existentes, cumprindo-lhe indicar as razões da formação do seu convencimento” (STJ, AgInt no AgInt no AREsp n. 1.110.702, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 09/03/2018). JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA DA RÉ COMPROVADA. DOCUMENTOS CARREADOS NOS AUTOS QUE DEMONSTRAM A NECESSIDADE DA CONCESSÃO DA BENESSE. Para que a parte possa usufruir dos benefícios da justiça gratuita, não é necessária a condição de miserabilidade, bastando, para tanto, a comprovação de hipossuficiência e que os custos com o processo possam acarretar prejuízos ao sustento próprio e/ou de sua família. PARTILHA DE DÍVIDAS. FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EFETUADO À ÉPOCA DA UNIÃO. DIVISÃO LIMITADA AOS VALORES DO EMPRÉSTIMO QUITADOS ATÉ A DATA DO TÉRMINO DA UNIÃO ESTÁVEL. Demonstrada a aquisição de materiais de construção através de financiamento efetuado durante a convivência conjugal mantida pelas partes, com a união estável amoldada ao regime de comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1.725 do Código Civil, pertinente a partilha dos valores quitados até a separação do casal. Com efeito, “II - O ordenamento jurídico pátrio reconhece, como entidade familiar, a união estável entre pessoas (ut ADPF N. 132/RJ, Rel. Min. Ayres Brito, DJe de 14/10/2011), configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (artigo 1723, do Código Civil), [...], de modo a permitir aplicação, às relações

patrimoniais, no que couber, das regras pertinentes ao regime de comunhão parcial de bens (artigo 1725, do Código Civil)" (STJ, REsp 1.194.059, rel. Ministro Massami Uyeda, DJe 14-11-2012). DÉBITO PROVENIENTE DA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. AUSÊNCIA DE PROVAS. ÔNUS QUE INCUMBIA AO AUTOR. EXEGESE DO ART. 373, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXCLUSÃO DA PARTILHA. Inexistindo qualquer comprovação da existência do débito reclamado pelo autor, inviável torna-se a sua partilha, a teor do disposto no art. 373, I, do CPC. DIVISÃO DE BENS. EDIFICAÇÃO DE RESIDÊNCIA. PRETENDIDA EXCLUSÃO DA PARTILHA. PROVA TESTEMUNHAL SUSTENTANDO EDIFICAÇÃO EM IMÓVEL DE PROPRIEDADE DAS PARTES. O bem adquirido durante a união estável, por qualquer um dos conviventes, representa resultado de cooperação comum destes e deve ser partilhado, salvo ajuste escrito oposto. Por consequência, inexistindo provas de aquisição exclusiva da ré, do imóvel onde foi edificada a residência do casal, inviável torna-se sua exclusão da partilha, diante do regime patrimonial incidente. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-SC – AC: 05001043620118240282 Jaguaruna 0500104-36.2011.8.24.0282, Relator: João Batista Góes Ulysséa, Data do Julgamento: 19/04/2018, Segunda Câmara de Direito Civil)

O Ministro Luis Fux citou o artigo da Constituição dizendo que “todos os homens são iguais perante a lei, e não pode existir diferença legal na união estável entre casais heteroafetivos e homoafetivos”. Nas palavras “[...] a homossexualidade não é crime. Então porque a homossexual não pode constituir família? Em regra, não pode por força de duas questões abominadas pela Constituição: a intolerância e preconceito”, como se verifica:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. INCLUSÃO DO COMPANHEIRO COMO DEPENDENTE PARA FINS DE PENSÃO POR MORTE E ASSISTÊNCIA À SAÚDE. POSSIBILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. 1. “A norma constante do art. 1.723 do Código Civil — CC (‘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’) não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal”. Precedentes: ADI 4.277 e ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, Sessão de 5.5.11.2. O homossexualismo é um traço da personalidade. O homossexualismo não é uma crença, o homossexualismo não é uma ideologia e muito menos uma opção de vida, na medida em que nós sabemos da existência atual e pretérita de todas as formas de violência simbólica e violência física contra os homossexuais. Mas, se a homossexualidade é um traço da personalidade, isto significa dizer que ela caracteriza a humanidade de uma determinada pessoa. A homossexualidade não é crime. Então por que ser homossexual? E por que o homossexual não pode constituir uma família? O homossexual, em regra, não pode constituir uma família por força de duas questões que são abominadas pela nossa Constituição: a intolerância e o preconceito. A Constituição Federal brasileira, que é de

uma beleza plástica ímpar, destaca no seu preâmbulo, como ideário da nossa nação, como promessa constitucional, que o Brasil, sob a inspiração de Deus, se propôs a erigir uma sociedade plural, uma sociedade justa, uma sociedade sem preconceitos, com extrema valorização da dignidade da pessoa humana. E para enfeixar esse conjunto de cláusulas pétreas, o artigo 5º dispõe que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e nada mais faz do que especificar aquilo que consta em todas as declarações fundamentais dos direitos do homem - na Declaração da ONU, no nosso Pacto de São José da Costa Rica, na Declaração da África e de Madagascar, na Declaração dos Povos Muçulmanos -, todos os homens, seres humanos, são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Volta-se, então, à pergunta: se é assim - e assim o é -, por que os homossexuais não podem formar uma união homoafetiva equiparável a uma família? E o que é uma família? O que é uma família, no Brasil, quando nós sabemos que a Constituição Federal só consagrou a união estável porque 50% das famílias brasileiras são espontâneas? Nesses lares, nessas casas desse percentual do povo brasileiro, nunca passou um juiz, nunca passou um padre, mas naquela casa há amor, há unidade, há identidade, há propósito de edificação de projetos de vida. Naquela casa, muito embora não tenha passado nenhum padre e nenhum juiz, naquela casa há uma família. E o conceito de família no mundo hodierno, diante de uma Constituição pós-positivista, é um conceito de família que só tem validade conquanto privilegie a dignidade das pessoas que a compõem. Assim como, hodiernamente, só há propriedade conquanto ela cumpra sua finalidade social, há família, conquanto ela cumpra sua finalidade social; a família, conquanto ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana. Ora, se esse é o conceito, se essa é a percepção hodierna, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família. E qual é a pretensão? A pretensão é que se confira juridicidade a essa união homoafetiva para que eles possam sair do segredo, para que possam sair do sigilo, para que possam vencer o ódio e a intolerância em nome da lei. E o que se pretende, *mutatis mutandis*, é a equiparação à união estável, que exatamente foi consagrada em razão dessa realidade das famílias espontâneas. E a união homoafetiva é uma realidade social - o eminente Procurador-Geral da República ontem trouxe, e também tivemos essa informação de que há mais de sessenta mil uniões homoafetivas no Brasil -, de sorte que, pelo menos sob esses ângulos ainda embrionários, nada se justifica que não se possa equiparar a união homoafetiva à união estável. Muito embora pudéssemos ficar apenas no ângulo jusfilosófico, que já seria extremamente convincente, como é esse enxerto de alguns princípios pétreos da Constituição Federal, a realidade é que inúmeros princípios constitucionais, quase que a Constituição como um todo, conspiram em favor dessa equalização da união homoafetiva em relação à união estável. Eu citaria - como aqui já o fez o Ministro Ayres - o princípio da isonomia, o princípio da liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção que o Estado deve a essas minorias e inúmeros outros princípios que aqui eu poderia enunciar. E como nós sabemos, hoje, a análise de qualquer drama humano - que passa por essa ponte onde trafegam todas as misérias e todas as aberrações, que é a ponte da Justiça -, esses dramas humanos, hoje, eles não podem ser resolvidos sem perpassarem pelo tecido normativo da Constituição Federal. Hoje temos os princípios instrumentais de interpretação da Constituição Federal, e os próprios princípios materiais que informam o sistema jurídico, como um todo, iluminam o sistema jurídico. E, sob essa ótica, o Homem, o Ser Humano, hoje se encontra como centro de gravidade de todo o ordenamento jurídico. Então, é absolutamente impossível solucionar essa questão sem passar por esses princípios constitucionais, dentre tantos, e estes que guardam, talvez, um pouco

mais de afinidade com a questão aqui proposta.” (...)(Manifestação proferida na oportunidade do julgamento das ações referidas - ADI 4.277 e ADPF 132 – pelo Ministro Luiz Fux).3. Reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo, não há que se falar em ausência de direito de perceber pensão por morte de um dos companheiros.4. In casu, o acórdão recorrido assentou que:“ADMINISTRATIVO – PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO – COMPANHEIRA DO MESMO SEXO – AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO EXPRESSA – CORREÇÃO MONETÁRIA – HONORÁRIOS.I - O reconhecimento legal das uniões homossexuais constitui consequência natural de uma situação fática que não pode mais ser renegada pelo Estado contemporâneo, estando, assim, a merecer a tutela jurídica.II - Sobre a condição de companheira em união estável e a consequente dependência econômica, encontram-se devidamente comprovadas tais circunstâncias, de forma inequívoca, ratificadas através dos depoimentos testemunhais colhidos em audiência.III - No que tange à ausência de designação expressa junto ao órgão ao qual a servidora estava vinculada, tal fato não constitui impedimento à concessão de pensão, uma vez que não se trata de pressuposto para obtenção do benefício, mas, apenas,procedimento que visa facilitar sua implantação no momento oportuno.IV - Quanto à correção monetária, agiu corretamente o juiz a quo ao determinar sua incidência sobre as parcelas devidas e não prescritas, posto que não podem ficar sem atualização as parcelas não prescritas anteriores ao ajuizamento da ação, pois tal fato implicaria em odioso enriquecimento sem causa da União Federal e empobrecimento forçado da parte autora.V - Os honorários advocatícios devem ser mantidos ao índice arbitrado pelo MM. Juiz de 1º grau, dado que fixados moderadamente e em conformidade com o artigo 20, § 4º do CPC.VI – Recurso e remessa necessária improvidos.5. Recurso extraordinário a que se nega seguimento. Decisão: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região cuja é a seguinte: “ADMINISTRATIVO – PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO – COMPANHEIRA DO MESMO SEXO – AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO EXPRESSA – CORREÇÃO MONETÁRIA – HONORÁRIOS. I - O reconhecimento legal das uniões homossexuais constitui consequência natural de uma situação fática que não pode mais ser renegada pelo Estado contemporâneo, estando, assim, a merecer a tutela jurídica. II - Sobre a condição de companheira em união estável e a consequente dependência econômica, encontram-se devidamente comprovadas tais circunstâncias, de forma inequívoca, ratificadas através dos depoimentos testemunhais colhidos em audiência. III - No que tange à ausência de designação expressa junto ao órgão ao qual a servidora estava vinculada, tal fato não constitui impedimento à concessão de pensão, uma vez que não se trata de pressuposto para obtenção do benefício, mas, apenas,procedimento que visa facilitar sua implantação no momento oportuno. IV - Quanto à correção monetária, agiu corretamente o juiz a quo ao determinar sua incidência sobre as parcelas devidas e não prescritas, posto que não podem ficar sem atualização as parcelas não prescritas anteriores ao ajuizamento da ação, pois tal fato implicaria em odioso enriquecimento sem causa da União Federal e empobrecimento forçado da parte autora. V - Os honorários advocatícios devem ser mantidos ao índice arbitrado pelo MM. Juiz de 1º grau, dado que fixados moderadamente e em conformidade com o artigo 20, § 4º do CPC. VI – Recurso e remessa necessária improvidos. Noticiam os autos que a recorrida ajuizou ação ordinária em desfavor da União visando à percepção de pensão pela morte de servidora pública federal com a qual mantivera união estável por mais de vinte anos. O Juízo da Nona Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro julgou procedente o pedido e condenou a ré a pagar à autora o benefício pretendido (fl. 98). O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao julgar a apelação interposta pela União, negou-lhe provimento e manteve a sentença de primeiro grau

com suporte nas razões expostas no acórdão acima transcrito. Irresignada, a União interpõe recurso extraordinário contra o provimento colegiado e sustenta que “o artigo 217, I, c da Lei nº 8.112/90 deve ser interpretado conforme a Constituição da República, que em seu artigo 226, parágrafo 3º, reconhece como entidade familiar, a união estável entre homem e mulher, e não entre pessoas do mesmo sexo” (fls. 150-159). Afirma que “o v. acórdão recorrido, ao conceder pensão envolvendo pessoas do mesmo sexo, viola frontalmente o disposto no artigo 226, parágrafo 3º da constituição da República, e, por via oblíqua o princípio da legalidade, já que desconsidera o teor do artigo 1723 do Novo Código civil e artigo 217, I, c da Lei nº 8.112/90, além de ofender indiretamente o Princípio da Separação dos Poderes”. Requer, ao fim, o conhecimento e provimento do recurso extraordinário para que seja “declarada a contrariedade à disposição constitucional, e consequentemente modificado o v. acórdão hostilizado”. Ofertadas contrarrazões às folhas 165-168, houve juízo positivo de admissibilidade na origem (fl. 170). É o relatório. O recurso não merece prosperar. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 5.5.11, decidiu que “a norma constante do art. 1.723 do Código Civil — CC (‘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’) não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal” (Informativo 625/STF). Ressaltou, ainda, que “no mérito, prevaleceu o voto proferido pelo Min. Ayres Britto, relator, que dava interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Asseverou que esse reconhecimento deveria ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas conseqüências da união estável heteroafetiva. De início, enfatizou que a Constituição proibiria, de modo expresse, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Além disso, apontou que fatores acidentais ou fortuitos, a exemplo da origem social, idade, cor da pele e outros, não se caracterizariam como causas de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que fosse” (Informativo 625/STF). Destacou também que “no tocante ao tema do emprego da sexualidade humana, haveria liberdade do mais largo espectro ante silêncio intencional da Constituição. Apontou que essa total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual, em primeiro lugar, possibilitaria a incidência da regra de que ‘tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1º do art. 5º da CF. Destacou, outrossim, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea. Frisou que esse direito de exploração dos potenciais da própria sexualidade seria exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual). Asseverou, de outro lado, que o século XXI já se marcaria pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade” (Informativo 625/STF). Da manifestação por mim proferida na oportunidade do julgamento das ações referidas - ADI 4.277 e da ADPF 132, destaco, verbis: (...) “Tanto quanto pude pesquisar, o homossexualismo é um traço da personalidade. O homossexualismo não é uma crença, o homossexualismo não é uma ideologia e muito menos

uma opção de vida, na medida em que nós sabemos da existência atual e pretérita de todas as formas de violência simbólica e violência física contra os homossexuais. Mas, se a homossexualidade é um traço da personalidade, isto significa dizer que ela caracteriza a humanidade de uma determinada pessoa. A homossexualidade não é crime. Então por que ser homossexual? E por que o homossexual não pode constituir uma família? O homossexual, em regra, não pode constituir uma família por força de duas questões que são abominadas pela nossa Constituição: a intolerância e o preconceito. A Constituição Federal brasileira, que é de uma beleza plástica ímpar, destaca no seu preâmbulo, como ideário da nossa nação, como promessa constitucional, que o Brasil, sob a inspiração de Deus, se propôs a erigir uma sociedade plural, uma sociedade justa, uma sociedade sem preconceitos, com extrema valorização da dignidade da pessoa humana. E para enfeixar esse conjunto de cláusulas pétreas, o artigo 5º dispõe que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e nada mais faz do que especificar aquilo que consta em todas as declarações fundamentais dos direitos do homem - na Declaração da ONU, no nosso Pacto de São José da Costa Rica, na Declaração da África e de Madagascar, na Declaração dos Povos Muçulmanos -, todos os homens, seres humanos, são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Volta-se, então, à pergunta: se é assim - e assim o é -, por que os homossexuais não podem formar uma união homoafetiva equiparável a uma família? E o que é uma família? O que é uma família, no Brasil, quando nós sabemos que a Constituição Federal só consagrou a união estável porque 50% das famílias brasileiras são espontâneas? Nesses lares, nessas casas desse percentual do povo brasileiro, nunca passou um juiz, nunca passou um padre, mas naquela casa há amor, há unidade, há identidade, há propósito de edificação de projetos de vida. Naquela casa, muito embora não tenha passado nenhum padre e nenhum juiz, naquela casa há uma família. E o conceito de família no mundo hodierno, diante de uma Constituição pós-positivista, é um conceito de família que só tem validade conquanto privilegie a dignidade das pessoas que a compõem. Assim como, hodiernamente, só há propriedade conquanto ela cumpra sua finalidade social, há família, conquanto ela cumpra sua finalidade social; a família, conquanto ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana. Ora, se esse é o conceito, se essa é a percepção hodierna, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família. E qual é a pretensão? A pretensão é que se confira juridicidade a essa união homoafetiva para que eles possam sair do segredo, para que possam sair do sigilo, para que possam vencer o ódio e a intolerância em nome da lei. E o que se pretende, *mutatis mutandis*, é a equiparação à união estável, que exatamente foi consagrada em razão dessa realidade das famílias espontâneas. E a união homoafetiva é uma realidade social - o eminente Procurador-Geral da República ontem trouxe, e também tivemos essa informação de que há mais de sessenta mil uniões homoafetivas no Brasil -, de sorte que, pelo menos sob esses ângulos ainda embrionários, nada se justifica que não se possa equiparar a união homoafetiva à união estável. Muito embora pudéssemos ficar apenas no ângulo jusfilosófico, que já seria extremamente convincente, como é esse enxerto de alguns princípios pétreos da Constituição Federal, a realidade é que inúmeros princípios constitucionais, quase que a Constituição como um todo, conspiram em favor dessa equalização da união homoafetiva em relação à união estável. Eu citaria - como aqui já o fez o Ministro Ayres - o princípio da isonomia, o princípio da liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção que o Estado deve a essas minorias e inúmeros outros princípios que aqui eu poderia enunciar. E como nós sabemos, hoje, a análise de qualquer drama humano - que passa por essa ponte onde trafegam todas as misérias e todas as aberrações, que é a ponte da

Justiça -, esses dramas humanos, hoje, eles não podem ser resolvidos sem perpassarem pelo tecido normativo da Constituição Federal. Hoje temos os princípios instrumentais de interpretação da Constituição Federal, e os próprios princípios materiais que informam o sistema jurídico, como um todo, iluminam o sistema jurídico. E, sob essa ótica, o Homem, o Ser Humano, hoje se encontra como centro de gravidade de todo o ordenamento jurídico. Então, é absolutamente impossível solucionar essa questão sem passar por esses princípios constitucionais, dentre tantos, e estes que guardam, talvez, um pouco mais de afinidade com a questão aqui proposta.” (...) Reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo, não há que se falar em ausência de direito de perceber pensão por morte de um dos companheiros. Ex positis, nego seguimento ao recurso extraordinário com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 25 de novembro de 2011. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente

(RE 615941 RJ, Relator: Min. LUIZ FUX, Data do Julgamento: 25/11/2011, UNIÃO, ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, MARLENE NIEGESKI, NILSON RAMOS RODRIGUES)

Em seu voto a Ministra Carmem Lúcia, ressalta que todas as formas de preconceito merecem repúdio na sociedade, pois de acordo com Severino Motta (2011)⁸ em seu artigo intitulado Supremo reconhece união estável homoafetiva:

[...] se a República põe que o bem de todos tem que ser promovido sem preconceito e sem discriminação, como se pode ter norma legal que conduza ao preconceito e violência?
[...] aqueles que optam pela união homoafetiva não podem ser desiguais em sua vida e direitos.

Ainda conforme Severino Motta (2011), o ministro Ricardo Lewandowski ressalta que existe uma nova espécie de entidade familiar e que esta merece ser reconhecida:

As uniões de pessoas do mesmo sexo que duram e ostentam a marca da publicidade, devem ser reconhecidas pelo direito [...] Cuida-se, em outras palavras, de retirar tais relações que ocorrem no plano fático da clandestinidade jurídica, reconhecendo a existência do plano legal enquadrando-o no conceito abrangente de entidade familiar.

No voto do Ministro Joaquim Barbosa: [...] estamos aqui diante de uma situação de descompasso em que o direito não foi capaz de acompanhar as profundas mudanças sociais. Essas uniões sempre existiram e sempre existirão. Já

⁸ MOTTA, Severino. Por unanimidade, ministros entendem que casais do mesmo sexo formam uma família. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/supremo-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva/n1300151572835.html>. Acesso em: 29/04/2018.

em seu comentário, Gilmar: “A falta de um modelo institucional que proteja essa relação estimula e incentiva o quadro de discriminação [...] é dever do Estado a proteção, e é dever da Corte dar essa proteção”, por Severino Motta.

Para a Ministra Ellen Gracie: “[...] uma sociedade decente é uma sociedade que humilha seus integrantes.”, relata a ministra. E, para o Ministro Marcos Aurélio Mello: “[...] a Constituição de 1988 permite a união e não a discriminação. Essa é a leitura que faço da Carta e dos valores por ela consagrados”, como revela Severino Motta (2011).

Por fim, Cézar Peluso (Presidente da Corte), comentou que a união “de pessoas de sexo diverso guarda analogia com aquelas de pessoas do mesmo sexo [...] desde que duas pessoas, somente”, ainda de acordo com Severino Motta (2011).

Portanto, nota-se que a família possui um novo conceito no momento de não diferenciar mais a questão de sexo entre seus pares, pois destaca a afetividade, o amor, a compreensão e o auxílio mútuo entre o casal, procurando abolir o preconceito contra homoafetivos.

2.4 Os direitos fundamentais e a evolução da tutela de família de casais homoafetivos

Anteriormente como já dito, somente podia gozar da proteção do Estado e o respeito da sociedade, a família que fosse formada através do casamento.

Mas isso, gradualmente, vem sendo substituído pela união em função do afeto no ambiente familiar, independe de sexo de seus membros. Como por exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal (2011), sobre o reconhecimento da união de casais do mesmo sexo como família, podendo eles gozar dos mesmos direitos e deveres das entidades familiares constituídas por homens e mulheres. Neste caso, inclui-se a legitimidade dos direitos de adotar.

Mesmo diante da decisão sobre o reconhecimento da união estável como entidade familiar, apresentam-se, nesta etapa, algumas considerações legais quanto a Constituição Federal de 1988 e ao ECA, em relação aos prontos jurídicos e

constitucionais relativos à validação dos direitos de adoção pelas novas formas de família.

Nas modificações nos tipos de família, percebe-se que as lacunas abertas á interpretação da Constituição de 1988 estão sendo aos poucos preenchidas de acordo com as alterações entre pares, para a formação da entidade familiar.

A proteção constitucional mudou com o artigo 226 da CF, pois ao retirar-se da locução “constituída pelo casamento”, sem substituí-la por outra, colocou-se sob amparo constitucional “a família”. Logo, subtede-se que seja “qualquer família”, pois a cláusula de exclusão desapareceu.

A interpretação plural e aberta da Constituição de 1988, foi preenchida, teoricamente pela mudança do “casamento” pela “família”, enquanto entidade familiar legal com amparo e reconhecimento do Estado, buscando reconhecer a união de “qualquer família” com base no amor e no afeto recíproco entre seus componentes.

Desta forma, se toda e qualquer união criada em forma de família afetiva recebe reconhecimento do Estado, e as relações homoafetivas são uniões sob amor e afeto em um modelo de família, é correto afirmar que as relações homoafetivas são reconhecidas pelo Estado, como família socioafetiva. Assim, tendo, os mesmos direitos e deveres das famílias heteroafetivas. Eis a efetividade da dignidade da pessoa humana.

Como já explanado, as relações familiares são reconhecidas por novos valores, ou seja, os vínculos afetivos que direcionam sua formação, tanto que a família socioafetiva tem sido priorizada na doutrina e jurisprudência. Essas mudanças no advento da constitucional são aprovadas pelo Código Civil de 2002, pois o vínculo afetivo sobressai o biológico, trazendo uma realidade familiar em concreto.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, com fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Este Estado precisa assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente, das minorias, como é o caso dos homossexuais por duas razões especiais. Primeiro, diante as situações de preconceito sofrido pelos homossexuais, e segundo pela

proteção para que os mesmos possam gozar efetivamente dos direitos de constituição familiar e reconhecimento, pelo apoio dos dispositivos legais.

2.4.1 Conceito de princípios

Os princípios constitucionais do ordenamento jurídico são indispensáveis para aplicação da lei e servem para um melhor entendimento jurídico, e para manter harmonia nas diversas relações entre as partes na sociedade, por exemplo.

Para fins de apresentação dos princípios que se organizam, com objetivo de orienta interpretações no Direito de Família, os princípios existentes entre o poder familiar e o interesse do menor.

Para Dias (2009, p.58)⁹, os princípios podem ser conceituados como:

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando, mas nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam. Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios. Princípio, é, por definição, mandamento nuclear de um sistema e, como disse Celso Antônio Bandeira de Melo “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas ao princípio mandamental obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

Em outro tom Antunes (2010, p.57), os princípios agem como mediadores do Direito e tem função substancial nas decisões que requerem do aplicador, não apenas o conhecimento das normas jurídicas, mas requer que esses saibam interpretar e aplicar os dispositivos cabíveis. Por meio de seus conteúdos, os princípios em geral direcionam a aplicação dos artigos e parágrafos constantes encontrados no dispositivo, sendo, portanto, de grande valia como fundamento de apoio teórico prático para aplicação do Direito Romano.

Os princípios quando aplicados ao Direito de Família, esses tornam uma classificação e visão, eles fornecem base para interpretar a importância de vários

⁹ DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva, o preconceito e a justiça. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

assuntos como a possibilidade da união estável por casais do mesmo sexo, além da adoção por casais homossexuais.

2.4.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Ressalta-se que esse princípio é o pilar de toda base Estado Democrático de Direito, e tem respaldo no primeiro artigo da Constituição, garante justamente a promoção dos direitos humanos e justiça social.

Esse princípio tem por objetivo promover o pleno desenvolvimento dos membros da família, principalmente, das crianças e adolescentes, segundo entendimentos de Maria Helena Diniz.

Ao comentar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e direito homoafetivos, Angeluci corroborando por Diniz (2004, p. 25)¹⁰, salienta que “pensar na família moderna olvidando o princípio da dignidade da pessoa humana é uma contradição e verdadeira forma de se negar a função primeira da família: o desenvolvimento de cada um de seus membros”. O especialista ainda destaca o valor do afeto para a realização da dignidade humana, já que é ele que proporciona ao indivíduo a estruturação da sua vida e está provém, basicamente, pela base familiar.

O Estado desaprovar o amor homoafetivo, mostra a incompatibilidade com o direito de respeito à dignidade, tendo como consequência também a desrespeitando o direito de envolvimento afetivo com quem se quiser. O Estado não pode interferir na felicidade dos indivíduos. Como diz, Vecchiatto (2008, p. 313)¹¹:

A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual do indivíduo é direta, na medida em que a proteção dos traços formadores de cada um inclui a sua opção sexual e, por conseguinte, o seu respeito e a sua proteção pela sociedade e, evidentemente, pela ordem jurídica em vigor.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
² ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família. Revista Jurídica. Porto Alegre, Ano 53, n. 331, p. 75-85 mai. 2005.

¹¹ VECCHIATTO, Paulo Roberto Lotti. Manual da Homoafetividade. São Paulo: Método, 2008.

Na concepção de Lôbo (2011, p. 46)¹², a dignidade da pessoa humana está ligada à proteção imediata da família, “no interesse da realização existencial e efetiva das pessoas, e não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o lócus indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana”. Dessa maneira, “não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Além da dignidade da pessoa humana se relacionar à questão da livre escolha na constituição de família, ela, também, diz respeito à sexualidade enquanto própria condição humana. Sobre isso, Maria Berenice Dias (2009, p.99)¹³ descreve:

Indispensável reconhecer que a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade com quem desejar conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individual, seja genericamente considerada.

O princípio da dignidade da pessoa humana exerce conjuntamente com o atual conceito de família uma via de mão dupla, pois ao mesmo tempo em que este princípio norteia toda a concepção de família, estabelecendo e dando espaço para a criação dos demais princípios e regramentos, a família dá o suporte para o desenvolvimento e a aplicação deste princípio. Isto, pois é no bojo das variadas entidades familiares que as pessoas podem desenvolver suas qualidades mais importantes permitindo a evolução social e pessoal de cada ser humano.

2.4.3 Princípio da Igualdade

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade, no qual este refere a proporcionalidade e tratamento idêntico entre as pessoas para que não exista qualquer privilégio de uns sobre os outros. Este princípio tem uma relação com o conceito de justiça e moral, onde o legislador deve ser guiado na elaboração

¹² LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

¹³ DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva, o preconceito e a justiça. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

das normas, para que se chegue numa decisão justa e correta, ou seja, para que todos os indivíduos. Segundo seu artigo 5º da Constituição Federal¹⁴:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Este princípio veda qualquer tipo de discriminação, inclusive afundada na homossexualidade, calcada numa realidade preconceituosa. À vista disso, o princípio da igualdade requer a qualidade de sujeito de direito. Ou seja, “que se reconheça em todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual, essa qualidade de sujeito de direito”. “Isto significa, na prática, não identificar o sujeito com a pessoa heterossexual”. Mas, para que a igualdade perante a lei seja alcançada, inclusive, para a adoção de crianças por pares homossexuais, é necessário “haver uma ruptura do modelo abstrato do sujeito de direito como pessoa heterossexual”.

Desde a promulgação da Constituição Federal os termos de estrutura familiar obtiveram várias mudanças, como dito desde o início do presente trabalho, os contornos do Direito de Família vêm alterando no decorrer dos anos, mas há de se observar que a atual Constituição Federal cooperou bastante para estas mudanças, principalmente pelo reconhecimento em âmbito constitucional de diversas modalidades de famílias.

O casamento deixou de ser reconhecido como a base da sociedade e abriu espaço ao reconhecer o princípio das entidades familiares. O Estado tem reconhecido várias possibilidades de constituição familiar, dentre elas: a união estável e a monoparental.

2.4.4 Princípio do Melhor Interesse do Menor

O princípio do melhor interesse estende-se a todas as relações jurídicas ligadas os direitos das crianças e adolescentes, perdendo sentido a limitação própria

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil; promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 mai. 2010.

do Código de Menores, que se limitava somente às hipóteses de situação irregular de crianças e adolescentes. Agora, com a adoção da doutrina da proteção integral, a aplicação do referido princípio ganhou amplitude, aplicando-se a todo público infanto-juvenil, inclusive e principalmente nos litígios de natureza familiar.

Extraí-se o Princípio do Melhor Interesse da Criança do artigo 227, caput, da Constituição Federal¹⁵ em que, o Estado, a sociedade e a família possuem a função de proteção da criança e do adolescente.

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

E também no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 3º, 4º, 5º:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

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.

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 fundamentais.

O respaldo jurídico buscar resguardar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao respeito como pessoa, à sua dignidade, a despeito de não se atender, naquele momento, ao seu direito de liberdade de ir, vir e permanecer, onde assim o desejar. Trata-se de mera ponderação de interesses e aplicação do princípio da razoabilidade.

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil; promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 mai. 2010.

Apesar de não conseguir assegurar em maior número, da forma mais ampla possível. Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o princípio do melhor interesse toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete.

Logo, nos dias de hoje, os operadores do direito, ao tratar da filiação, têm que dar importância ao interesse do menor, devem observar o que realmente é o melhor para a criança e/ou adolescente, de modo a favorecer sua realização pessoal, independentemente da relação biológica que tenha com seus pais, pois muitas vezes eles encontram-se ligados apenas pelo parentesco sanguíneo, não existindo entre os mesmos qualquer tipo de ligação afetiva capaz de uni-los verdadeiramente como pais e filhos.

2.4.5 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade está estampado na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seus artigos 226, §4º, 227, caput, e § 5º c/c § 6º, os quais preveem, respectivamente, o reconhecimento da comunidade composta pelos pais e seus ascendentes, incluindo-se aí os filhos adotivos, como sendo uma entidade familiar constitucionalmente amparada, da mesma forma que a família constituída através do matrimônio. A afetividade tem como base a capacidade dos indivíduos darem afeto.

O direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente; o instituto jurídico da adoção, como escolha afetiva, vedando qualquer tipo de discriminação a essa espécie de filiação; e a igualdade absoluta de direitos entre os filhos, independentemente de sua origem.

O princípio da efetividade tem sua especialização, no plano das relações familiares, o princípio da dignidade da pessoa humana que por sua vez fundamenta todas as relações jurídicas. O princípio da dignidade da pessoa humana expressa o valor supremo que norteia e atrai o conteúdo de todos os demais direitos fundamentais humanos, destacando-se dentre os demais princípios fundamentais

enunciados na Carta de 1988. Dias (2001, p. 102)¹⁶ é enfática ao afirmar proteção especial que a Constituição confere à família, sem importar a que modalidade de família se refere. A este respeito segue a autora dizendo:

Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade pro - criativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, [...] Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, podem fechar os olhos a essas novas realidades.

Deve-se ter em mente que a afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro que está implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil, mas também se encontra nas diversas outras regras do ordenamento jurídico, por ser oriundo da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial, que permite sua atual sustentação de lege lata.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. União homossexual, o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

3 A ADOÇÃO NO BRASIL

Ao longo dos séculos a adoção foi se tornando um instituto familiar de grande importância para a sociedade.

O conceito mais adequado de adoção que nada mais é que é uma modalidade de filiação pela qual se aceita como filho, de forma voluntária e legal, uma criança na qual não faz mais parte do seio familiar da sua família natural, em outras palavras, a adoção é um contrato solene que cria entre duas pessoas relações iguais às que resultariam de filiação legítima ou verdadeira.

Depois uma breve conceituação de o que é família, onde a definição perfeita é que a família se constitui de uma união de afeto, amor, carinho, moral, costumes para a formação da personalidade civil e social de qualquer ser humano.

Em seguida, será retratada a evolução da Adoção ao longo dos tempos até os dias atuais. Nos tópicos posteriores irá ser abordada a adoção na antiguidade com suas especificidades, jeitos e formas.

Também irá ser apresentada a adoção na Idade Média com a igreja sendo um dos laços diretos para a obtenção da adoção. No âmbito ainda mais jurídico será elucidado a Adoção no Código Civil de 1916, com seus requisitos como, por exemplo, a que o adotante precisava preencher para ser qualificado para adotar, onde a adoção conjunta só era possível sem ambas as pessoas interessadas fossem casadas, era também exigido o consentimento s pessoas que tivesse a guarda do adotado.

3.1 Conceito de adoção

A adoção, antes de tudo, é um ato de amor, na qual uma pessoa ou um casal buscam a condição de pais adotivos, é uma modalidade de filiação pela qual se aceita como filho, de forma voluntária e legal, onde criança ou adolescente não tem nenhum tipo de vínculo consanguíneo, mas o laço de afeto vence qualquer barreira de formar um lar junto aquele que antes era órfão e que por alguma motivo mais parte do seio familiar da sua família natural.

O elo criado pela Adoção pretende buscar uma semelhança com a família natural, busca dar oportunidade da criança que muitas vezes foram abandonadas

por sua família civil, reate um vínculo familiar com uma nova família substituta. De acordo com Diniz (2007, p. 80)¹⁷:

O conceito de família traz para a modernidade significações diversas, o mais lógico e sensato conceito traz como uma unidade de laços de afetividade, instituída por uma união consensual, formando assim vínculos de descendentes, entre pais e filhos gerando por eles um elo 30 de consanguinidade.

Nos dias atuais essa visão cada vez é modificada, para uma realidade que vislumbra uma relação social entre vários tipos de sociedade em diferentes épocas. Quanto a formação interna e externa, ao longo das décadas a família passa por variadas transformações, demonstrando seu caráter modificador e dinâmico.

Séculos atrás no nosso ordenamento prevalecia a regra que preconizava que a adoção era somente um ato jurídico que propõe a casais que não podem gerar filhos a possibilidade de adotar uma criança abandonada por seus genitores naturais. Com o advento da Constituição Federal vigente e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, teve como principal interesse melhorar o direito de qualquer indivíduo adotar uma criança.

O Estado em conjunto com a sociedade e a família é um tripé que tem por objetivo o dever de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem os direitos fundamentais que regem o nosso ordenamento jurídico. O Estado como o principal segurador do bem-estar social tem como obrigação de promover o direito à vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a cultura, a dignidade e outros direitos fundamentais.

Diniz (2007, p. 05) acredita ser a adoção um ato de humanidade onde se busca dar proteção àquele que está sem família e conforto ao que a natureza lhe negou o privilégio de ter filhos consanguíneos.

Os conceitos de adoção são diversos e de variadas formas, de acordo com Dias (2009, p. 434¹⁸) é a “modalidade de filiação constituída no amor, gerando

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva, o preconceito e a justiça. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

vínculo de parentesco por opção”. Já para Miranda, 2001 Apud PENA JR.(2008)¹⁹, “a adoção é ato solene pelo qual se cria, entre o adotante e o adotado, relação de paternidade e filiação”. Assim, adoção é um procedimento legal que transfere todos os direitos e deveres de pais biológicos para uma família substituta e concede às crianças e aos adolescentes todos os direitos e deveres inerentes a condição de filho, desde que esgotados todos os recursos para a manutenção da convivência com a família de origem.

Apesar dos diferentes conceitos, há uma concordância entre os doutrinadores, a partir do momento que o processo de finalização é concluído, com a sentença judicial e com o respectivo registro de nascimento, o adotado adquire todos os direitos inerentes a condição de filho, integrando-se a sua nova família.

3.2 Adoção na antiguidade

Na Antiguidade, especialmente entre os povos da Grécia e da Roma Antiga, a adoção estava ligada aos “dizeres” da igreja e o povo daquela época acreditava “que os vivos eram protegidos pelos mortos”. As pessoas acreditavam ainda que os mortos exerciam grande influência sobre os vivos, para que houvesse uma boa relação entre eles era necessário a realização de rituais fúnebres dos seus familiares, para que pudessem ficar em paz na vida depois da morte.

Esses cultos somente podiam ser realizados por homens, e a adoção permitia que a família de um homem sem descendentes masculinos pudesse homenagear os que já morreram.

Dessa maneira, o vivo “não podia passar sem o morto, nem este sem aquele”. Justamente por este motivo que se estabelecia um laço entre as gerações da mesma família. Nas palavras de Granato (2006, p. 31)²⁰:

[...] a religião só podia propagar-se pela geração. O pai transmitia a vida ao filho e, ao mesmo tempo, a sua crença, o seu culto, o direito de manter o lar, de oferecer o repasto fúnebre, de pronunciar as fórmulas da oração. Dessa forma, o homem que não tinha filhos encontrava na adoção a solução para que a família não se extinguísse.

¹⁹ PENA JR., Moacir César. Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁰ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Adoção: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2006.

A forma de adoção acontecia por cerimônias sagradas, enquanto recepção ao recém-chegado à família. Havia uma cisão completa do adotado em relação a sua família natural. Contudo, quando o adotado tivesse um filho e o deixava em seu lugar na família adotante, este poderia voltar para sua família de origem. Mas teria que romper qualquer vínculo com seu próprio filho.

Outro aspecto importante referente à adoção na antiguidade foi o Código Hamurabi (1.728 a.C), onde já continha bastantes regras que disciplinava o instituto em oito artigos, inclusive prevendo punições para aqueles que desrespeitassem a autoridade dos pais adotivos.

Entre outros aspectos regulamentados pelo Código Hamurabi, pode-se destacar que os pais naturais somente podiam reclamar o filho de volta se o adotante tivesse um ofício e não o tivesse ensinado ao filho; se não fosse tratado como filho; se tivesse sido renegado em favor dos filhos naturais. Ainda, se o adotando fosse ingrato à família adotante, o filho poderia ser devolvido à família original e, cabia ao pai do adotivo, criar e educar o novo membro como se da família fosse. Assim, a adoção se tornava indissolúvel.

Segundo Eunice Ferreira Granato os artigos direcionados a adoção são:

Art.185:Se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, este adotado não poderá mais ser reclamado.

Art. 186:Se alguém adota como filho um menino e depois que o adotou ele se volta contra o pai adotivo e sua mãe, este adotado deverá voltar a sua casa paterna.

Art. 187:O filho(adotado)de um camareiro a serviço da corte ou de uma sacerdotisa-meretriz não pode mais ser reclamado.

Art. 188:Se o membro de uma corporação operária(operário)toma para criar um menino e lhe ensina o seu ofício, este não poderá mais ser reclamado.

Art. 189:Se não ensinou a ele o seu ofício, o adotado poderá voltar a casa paterna.

Art. 190:Se não considera entre seus filhos um menino que tomou e criou como filho, o adotado pode voltar a casa paterna.

Art. 191:Se alguém tomou e criou um menino como seu filho, põe em sua casa e depois quer renegar o adotado, o filho adotivo não deve retirar-se de mãos vazias. O pai adotivo devera dar-lhe de seus bens,1/3 da quota do filho e então devera afastar-se. Do campo, do pomar e da casa ele não devera dar-lhe nada.

Art. 192:Se o filho de um camareiro ou de uma sacerdotisa-meretriz disser ao seu pai adotivo ou a sua mãe adotiva” tu não es meu pai ou minha mãe”, deve-se-a-cortar-lhe a língua.

Art. 193:Se o filho (adotivo) de um camareiro ou de uma sacerdotisa-meretriz aspira a voltar a casa paterna e se afasta do pai adotivo e de sua mãe adotiva e volta a sua casa paterna, se deverão arrancar-lhe os olhos. (HAMURABI, 1750-1685 a.c, apud GRANATO, 2013, p. 35)

Além disso, encontram-se algumas passagens na Bíblia, onde relata a adoção entre os hebreus, como por exemplo, quando A filha do Faraó acolhe Moisés tornando-o seu filho.

Moisés, quando salvo das águas do Nilo, foi adotado por Térmulus, filha do Faraó. Ester foi adotada por Mardoqueu. Sara adotou os filhos de sua serva Agar (segundo alguns relatos históricos, já que, segundo outros, ela os teria expulsado para o deserto). (CHAVES 1995, p.48 apud GRANATO, 2006, p.35)²¹.

Nos artigos supracitados, as opções em que a família biológica pode reclamar de volta são nos casos de o adotante não ensinar o ofício ao adotando, se não o tratar como filho e se seus filhos naturais o renegarem. No caso de ingratidão, a adoção poderia ser desfeita, consoante Granato (2013, p.35)²².

Pode-se entender nesses dispositivos, em relação aos tempos atuais, que uma das suas finalidades segundo Eunice Ferreira é: “Percebe-se, também, do exame atento daquelas disposições, que eram os cuidados do pai adotivo para com o adotado, criando-o e educando-o como seu filho fosse que tornava indissolúvel a adoção, ainda conforme Granato (2013, p.36).

Sobre o período da Idade Antiga, a prática da adoção na Grécia, era possível somente os cidadãos esses, por sua vez eram quem podiam adotar e serem adotados, por meio da participação de uma assembleia popular. Já entre os babilônicos, entre outros fatores, o adotado podia voltar à casa de seus pais naturais, mas só se esses obtivessem criados, mas proibia-se essa situação se o adotante tivesse gasto dinheiro e despendido zelo com o adotando. Um dos locais onde mais se fortaleceu a adoção foi em Roma. Isso se deu por conta da necessidade de “se perpetuar o culto doméstico e dar continuidade à família, ali a

²¹ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Adoção: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2006.

²² GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Adoção: doutrina e prática. 2 ed. Curitiba, 2013.

adoção atingiu, também, finalidades políticas, permitindo que plebeus se transformassem em patrícios e vice-versa”, como revela Granato (2006, p.37)²³.

Na Roma Antiga, um dos principais quesitos era ter a idade mínima de 60 anos para o adotante, era vedada a adoção aos que já tivessem filhos. O instituto chegou a ser usado pelos imperadores como forma de designar os seus sucessores. Na qual, por várias vezes a adoção foi a forma de salvação do imperador, pois seus cônjuges davam a luz a meninas e o seu sucessor teria que ser do sexo masculino, então a única solução era recorrer a pratica da adoção de filhos dos camponeses para assumir o trono após sua morte.

Nesse período a natureza pública da adoção foi marcada como uma forma de consolo para casais estéreis. Sempre houve a pratica de adotar em países de direito romano por meio de um certificado que anulava a filiação biológica e garantia, através do adotado, a continuação do nome da família. Conclui-se aqui que a adoção era uma forma de garantia aos nobres perpetuarem uma descendência.

3.3 A adoção na idade média

No período da idade média a igreja católica tem bastante influencia, e a adoção não era mais realizada com frequência. Na França, com a criação do Código Napoleônico foi onde o instituto da adoção passou a ser exercido novamente, pessoas acima dos 50 anos eram autorizadas a adotar.

Eunice Ferreira Granato (2013, p. 39)²⁴ explica:

Com efeito, os ensinamentos do cristianismo afastaram o enorme temor que antes existia no homem, de morrer sem descendência masculina que praticasse os ritos fúnebres, condenando-o ao sofrimento eterno.

Na Alta Idade Média, a pratica de infanticídio era comum e se tornou tão preocupante que a igreja foi obrigada a aplicar punições a fim de controlá-lo.

²³ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Adoção: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2006.

²⁴ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Adoção: doutrina e prática. 2 ed. Curitiba, 2013.

A punição da pena de morte as genitoras, em função da realização do crime, muitas vezes, não davam muito resultados, a gravidez, o parto e o seu produto eram escondidos, ressalta que as meninas eram mais vítimas de abandono e infanticídio.

Na Baixa Idade Média, com as duras sanções e castigos impostos pelas autoridades, tornou-se um perigo praticar o infanticídio, o abandono de crianças foi o último meio das baixas rendas e um método muito realizado nas cidades.

Na Idade Média, em vários países do ocidente as crianças tinham a rotatividade de mudanças de família através de lares adotivos. Crianças entre 7 a 21 anos eram mandados para seus lares, contudo, encontrava-se legalmente e afetivamente ligados as suas famílias biológicas. Grande parte dos menores exercia atividades domésticas, como também desempenhavam a função de acompanhantes das mulheres dos senhores feudais. Essas crianças e adolescentes eram por muitas vezes abusadas e feitas de escravas sexuais, essa pratica atualmente é repulsiva e inaceitável.

Com as mudanças ocorridas a adoção foi e vem aumentando e sendo muito respeitadas, no Brasil existe uma lista de espera, porém a burocracia é um dos obstáculos que fazem com que exista tanta criança aguardando por vários anos uma adoção e pais esperando por levar para o seio familiar uma criança.

3.4 A adoção na idade moderna

Na idade moderna, a adoção teve várias influências, referentes do Código de Christian V em 1683. Ainda, sofrem influência da Alemanha no projeto do Código Prussiano (1756), também conhecido como Código de Frederico e no Codex Maximilianus da Bavaria.

Nas palavras da autora Granato (2006, p. 40)²⁵:

Por essas leis era indispensável o contrato por escrito, que era submetido à apreciação do tribunal. Devia apresentar vantagem para o adotado, estabelecia diferença de idade e a imposição de ter o adotante cinquenta anos, no mínimo. Incluía direitos sucessórios e o caráter de irrevogabilidade da adoção.

²⁵ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Adoção: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2006.

Além disso, o código napoleônico teve influência na adoção, e dentre várias regras estabeleceu quatro tipos de adoção: adoção ordinária, remuneratória, testamentária e oficiosa.

Segundo Granato (2006, p. 40)²⁶:

- a) adoção ordinária - permitia que pudessem adotar pessoas com mais de cinquenta anos, sem filhos e com a diferença de mais de quinze anos do adotado; previa a alteração do nome e a determinação de ser o filho adotivo herdeiro do adotante. Era contrato sujeito à homologação judicial;
- b) adoção remuneratória - prevista na hipótese de ter sido o adotante salvo por alguém; poderia então, adotar essa pessoa;
- c) adoção testamentária - permitida ao tutor, após cinco anos de tutela; e
- d) adoção oficiosa - era uma espécie de adoção provisória, em favor dos menores.

No século XX, foi a legítima legislação francesa, que introduziu a desvinculação total do adotado com sua família natural, por meio do Decreto Lei 1939, e integrado a família substituta, sendo a criança órfão ou abandonada por seus genitores ou em caso de gratidão por salvar a vida de alguém, poderia o mesmo ser adotado, introduzido e ter os mesmos direitos como já dito outrora nos tipos que Napoleão estabeleceu.

Já no direito português, percebe-se que a “a adoção não teve desenvolvimento completo, apesar de ter o direito romano presidido às Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas”, como ressalta Granato (2006. p. 41).

Dentre algumas diferenças entre o direito romano e português, observa-se que enquanto no direito romano é um dos fundamentais efeitos da adoção era a abstenção do pátrio poder pelo adotante, no direito português havia oposição a essa medida.

Quanto ao direito sucessório, o adotado pelo direito romano, era rebatido pelo direito português, visto que esta sujeitava-se de autorização do Príncipe para que fosse aberta uma exceção na lei. Dessa maneira, como salienta Granato (2006, p. 41), “[...] a adoção, no direito português antigo, era um título de filiação que servia apenas para pedir alimentos e ter outras distinções: só por graça do Príncipe, por lei especial, poderia ter todas as consequências que existiam no Direito romano”.

²⁶ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Adoção: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2006.

Esse direito não foi acolhido no Código Civil português de 1867, posteriormente entrando em vigor no surgimento do Código Civil de 1966, nas formas de adoção plena e adoção restrita. Nota-se que o processo legislativo da adoção sofreu diversas influências de vários aspectos históricos, desde os primórdios. No início, a adoção era mais uma questão de religião, para que os indivíduos pudessem realizar as cerimônias fúnebres, e para a continuidade de uma linhagem de determinada família

3.5 Evolução legislativa da adoção no Brasil

A adoção, no ordenamento jurídico brasileiro, não era tratada antes do Código Civil de 1916, vindo a ser tratada somente no século XX. A partir dos artigos 368 a 378 do Código Civil de 1916 que as pessoas sem filhos puderam iniciar o processo de adoção legalmente.

Foi somente por meio dos artigos 368 a 378, do Código Civil de 1916, que as pessoas sem filhos puderam fazer o processo de adoção legalmente. Criou-se, então, dispositivos para a criação de parentesco civil. Ou seja, o vínculo natural de pai e filho e seu parentesco têm origem sanguínea e o parentesco civil é criado pela lei.

No período da Brasil colônia existia legislação relacionada a proteção com as crianças e adolescentes, uma vez que o Rei D. João II ordenou que as crianças sem pais fossem alimentadas pelos administradores da colônia. Existia também, as rodas dos rejeitados, que consistia em uma porta giratória com uma gaveta, onde as crianças eram colocadas em segredo, pelas mães que não desejam cuidar dos filhos, por engravidarem indesejadamente ou por serem pobres. A finalidade dessas ações era evitar a prática do aborto e do infanticídio, além de diminuir o abandono e sofrimento dos recém-nascidos.

3.5.1 O Código de 1916

Antes do Código Civil de 1916 entrar em vigor a adoção não estava regulamentada em nosso ordenamento jurídico, o que havia eram referências ao Instituto. Estas referências estavam nas Ordenações do Reino de Portugal, na Lei

de 22 de setembro de 1828, na Consolidação das Leis Civis de Teixeira Freitas, no Decreto nº. 181, de 24 de janeiro de 1890, e na Consolidação das Leis Civis de Carlos de Carvalho.

O CC de 1916 que regulamentava o instituto em seus artigos 368 a 378 e tinha como principal objetivo dar prole aos casais que não podiam ter filhos, sem, contudo, dar muita importância aos direitos referentes ao adotado, motivo pelo qual era chamada de adoção simples.

Grande parte da doutrina entende que a natureza jurídica da adoção, quando estava em vigor o Código Civil de 1916, se caracterizava por um ato de vontades, ou seja, era contratual bilateral, ou seja, era necessário a manifestação de vontade de ambas as partes, tanto do adotante como adotado, é importante salientar que quando o adotado fosse incapaz para praticar os atos da vida civil, seu representante legal quem o representava, concretizando-se o ato, por meio de escritura pública, como se vê: “Art.375 - A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, nem termo”.

Após a formalização da escritura pública, a mesma deveria ser encaminhada ao Registro Público, incumbência atribuída ao Registro Civil das Pessoas Naturais, por meio de ato de averbação. Nota-se que o ato averbatório era feita no assento originário, a partir do qual o oficial fornecia a certidão apenas com os novos dados, não constando nenhuma informação do estado anterior do adotado.

De acordo com o Código havia a necessidade de que o adotante tivesse mais de 50 (cinquenta) anos de idade, ou seja, a lei apenas admitia a adoção quando o adotante não tivesse mais condições físicas de ter um filho biológico, percebe-se que o legislador considerava que a prática do instituto deveria ser feita por alguém com um grau considerado de maior maturidade, já que o arrependimento do ato poderia causar danos irreparáveis às partes. Outro requisito exigido era a de que o adotante deveria ser ao menos, 18 (dezoito) anos mais velho que o adotado.

Outra formalidade exigida pelo CC de 1916 era a de que o adotante deveria ser ao menos, 18 (dezoito) anos mais velho do que o adotado. Outra imposição era a de que ninguém poderia ser adotado por duas pessoas, salvo se estas fossem marido e mulher, e, caso o tutor ou o curador tivessem o interesse de adotar seu

tutelado ou curatelado, deveriam, primeiramente, prestar contas de sua administração.

A adoção ainda se concretizaria por meio de Escritura Pública conforme dispunha o artigo 375, CC de 1916: “A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, nem termo”, devendo referido instrumento ser verbalizado às margens do Assento de Nascimento do adotado, ou seja, era predominantemente ato de direito privado.

Importante ressaltar que a adoção prevista no CC de 1.916 não eliminava totalmente os vínculos do adotado com sua família biológica, diferente do que acontecia na época do direito romano e das antigas civilizações em que havia a integração total do adotado para a família adotante, o que significa dizer que a adoção possuía efeitos restritos ao adotante e ao adotado.

O fato de que o adotado conservar a obrigação alimentar em relação a sua família natural, demonstra que a relação com sua família biológica não se extinguia definitivamente.

De acordo com o CC de 1916 a adoção poderia ser desfeita de três maneiras: por parte do adotado, e, nessa situação estaria feita por ato unilateral por este no ano seguinte em que completasse a maioridade civil; por convenção das partes, e, nesse caso a extinção se daria pela vontade de ambos, devendo o adotado ser plenamente capaz, e, nos casos em que era autorizada a deserdação, ou seja, quando o adotado cometesse atos justificáveis para a aplicação da deserdação.

A extinção da adoção prevista nesse ordenamento jurídico foi criticada pela doutrina pátria, já que nada se relacionava com a filiação natural, que não pode ser simplesmente desfeita, por vontade das partes, bem como porque era um meio de facilitar a realização de fraudes. Outras críticas sobre a adoção, nesse período, ocorriam sobre o fato de não acontecer o corte total dos vínculos do adotado com sua família biológica, o que iniciou a prática ilegal de alguns casais, registrarem os filhos alheios como se fosse próprio.

Para que a adoção pudesse ser realizada era necessário que outros requisitos fossem exigidos, bem como seus efeitos, o fato do legislador deixar o

adotado em segundo plano, resultou na pouca aplicabilidade da adoção na época do Código de 1916.

Como ressalta Venosa (2004, p. 334)²⁷:

A adoção, no Código Civil de 1916, de lei eminentemente patrimonial visava proeminentemente à pessoa dos adotantes, ficando o adotando em segundo plano, aspecto que já não é admitido na moderna adoção. Originalmente, o Código disciplinou a adoção conforme tendência internacional da época, isto é, como instituição destinada a dar prole àqueles que não tinham e não podiam ter filhos.

A adoção é uma forma, mesmo que indireta, de satisfazer os objetivos fundamentais contemplados pela Constituição Federal da República, principalmente no sentido de construir uma sociedade, reduzindo as desigualdades sociais, bem como promovendo o bem de todos e, ainda, tutelando a dignidade da pessoa humana.

3.5.2 A Lei 3.133/1957

Em 1953, o Senador Mozart Lago, apresentou um Projeto de Lei que alterou as regras da adoção. Em 1957 tal projeto transformou-se na Lei nº 3.133/57 que alterou alguns aspectos do Código Civil, foi uma tentativa de aumentar a aplicabilidade do instituto, já que o mesmo era raramente realizado. A maior inovação foi que essa Lei trouxe diz respeito a mudança que o legislador demonstrou ao não se preocupar mais com os adotantes do que com os adotados.

Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar.
Parágrafo único. Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento.

Art. 369. O adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado.

Art. 370. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher.

Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção:
I - quando as duas partes convierem;
II - nos casos em que é admitida a deserção.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

Art. 375. A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, nem termo.

Art. 376. O parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, a cujo respeito se observará o disposto no art. 183, III e V.

Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

Art. 378. Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.

As principais alterações realizadas foram: a diminuição da idade mínima para a adoção de pessoas de 50 (cinquenta) para 30 (trinta) anos, que tivessem ou não filhos 24 biológicos. A partir desse momento, a adoção passou a apresentar natureza assistencial, pois, que pessoas que já possuíam filhos naturais eram autorizadas a adotar, mas ainda existia a diferenciação referente ao direito sucessório, já que o adotado não podia disputar com os filhos legítimos ou legitimados, ou seja, apesar de algumas alterações ainda existia a distinção entre filhos biológicos e naturais.

Porém, ainda existia a possibilidade de desfazimento da adoção e ainda permanecia a vinculação pelo parentesco do adotado. Ademais, foi diminuída a diferença de idade entre o adotante e o adotado de dezoito para dezesseis anos e permitia a faculdade de o adotado continuar utilizando-se do sobrenome de sua família de origem, ou até mesmo utilizá-los em combinação com as da família adotante. Ainda, se o adotante fosse casado, a adoção só seria possível depois de transcorridos cinco anos após o início do matrimônio, dessa forma evitando adoções precipitadas.

A única hipótese em que o adotado teria direito à sucessão seria o caso de concorrer com filhos legítimos que foram supervenientes à adoção, cabendo nesta situação ao adotado ficar com a metade da legítima cabível a cada um destes, conforme disposto no artigo 1.605, § 2º, do CC de 1916

3.5.3 A Lei 4.655/65

Outra mudança importante, foi a entrada em vigor da Lei 4.665/65, que criou a legitimação adotiva, e, provocou várias mudanças na adoção, ficando em vigência

concomitantemente com o Código Civil de Menores, sendo mais tarde revogada expressamente pelo Código de Menores.

Granato (2006, p. 46)²⁸ reforça que “a legitimação adotiva só podia ser deferida quando o menor até sete anos de idade fosse abandonado, ou órfão não reclamado por qualquer parente por mais de um ano”. Ou, quando os pais “tivessem sido destituídos do pátrio poder, ou ainda na hipótese do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitada de prover a sua criação”.

A legitimação adotiva somente seria possível após decorrido 03 (três) anos de convivência entre adotante e adotado, ou seja, somente seria realizada desde que, ficasse três anos sob guarda dos requerentes. Outro fator que possibilitava que acontecesse a legitimação aos maiores de 07 (sete) anos desde a época em que o menor completasse essa idade, já estivesse sob os cuidados dos litigantes.

Era indispensável que os casais dispostos a adotar apresentassem provas de que estavam casados há pelo menos 05 (cinco) anos, não sendo necessário esse prazo em caso de o casal ser estéril e estabilidade conjugal, e, havia também a exigência de que pelo menos um dos cônjuges tivesse mais de 30 anos, não havendo filhos entre o casal. Seria ainda possível a legitimação adotiva para as pessoas viúvas, com idade superior a 35 anos de idade, que tivesse o menor sob guarda mais de 05 (cinco) anos, existindo também a possibilidade de adoção por casais separados, desde que o período de prova estivesse se iniciado na constância da sociedade conjugal.

A peça que informasse o processo de legitimação adotiva deveria possuir a certidão de casamento, de antecedentes, atestado de residência, prova de idoneidade moral e financeira, atestado de inexistência de filhos e do abandono do menor ou da destituição do pátrio poder, e, atestado de sanidade física, conforme disposto no artigo 5º, da Lei nº. 4.655/65.

Caso fosse necessário o juiz poderia requerer às diligências que julgasse necessárias, sendo que, após o parecer do Ministério Público seria proferida a sentença, da qual caberia recurso de apelação com efeito suspensivo.

Vale ressaltar, ainda que todo o processo tramitaria em segredo de justiça. Após a sentença que julgasse procedente ao pedido de legitimação adotiva, esta

²⁸ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Adoção: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2006.

seria inscrita no Registro Civil do menor, na qual constaria o nome dos pais adotivos, como se pais biológicos fossem, bem como de seus ascendentes.

A referida Lei também trouxe uma importante alteração, o dispositivo legal instituiu que a legitimação adotiva é a extinção dos vínculos do adotado com sua família biológica, acabando inclusive com seus deveres com relação a ela.

Ainda equiparou os direitos e deveres dos filhos adotivos com os naturais, salvo no caso de sucessão.

Destarte, pode-se observar que o legislador se preocupou em modificar o instituto com o objetivo de melhorá-lo, ou seja, para tentar aumentar sua aplicabilidade, já que o mesmo estava em desuso, como exemplo disso foi os direitos dos filhos naturais e adotados serem igualados. Acontece que essa Lei também recebeu diversas críticas, pelo fato de se preocupar apenas com as crianças menores de 07 (sete) anos em situação irregular, não regulamentando o tema, com relação as demais crianças e adolescentes passíveis de adoção.

3.5.4 O Código de Menores

A entrada em vigor da Lei 6.697/79 criou o Código de Menores, que ficou conhecido também como Código Mello Mattos, que instituiu a assistência e proteção aos menores, substituindo a legitimação adotiva pela adoção plena. Ela também possibilitou a adoção simples, regulamentada pelo Código Civil.

Com a introdução do Código de Menores, percebe-se uma grande mudança no ordenamento jurídico nacional, em relação ao tratamento do instituto da adoção. Pode-se dizer que pela primeira vez houve uma preocupação em proteger os adotantes que não podiam gerar filhos, assim como ocorria desde o direito antigo, voltando a se preocupar com os adotados. A prioridade era com a proteção da criança em função de qualquer outro fator que envolva a adoção, inclusive em relação aos adotantes inférteis.

Então, passa a existir três espécies de adoção No Brasil, uma prevista pelo Código de 1916, que mais tarde foi alterado pela Lei 3.133/57, que era realizada por meio de escritura pública, e os dois tipos de adoção era permitida para menores: a adoção plena e a adoção simples reguladas na Lei 6.697/79.

A adoção simples, também denominada de restrita estipulada nos artigos 27 e 28. Os maiores de 18 anos e menores de 2 anos precisavam da assistência dos pais ou responsáveis legais para que fosse válida a sua declaração de vontade. Esse tipo de adoção necessitava de um processo judicial com previa autorização emitida pela autoridade judiciária, devendo a escritura constitutiva ser averbada na certidão de nascimento do adotado.

Havia ainda a necessidade de comprovação de estágio de convivência, por um prazo fixado pelo juiz, que dependeria de cada caso concreto, prazo esse indispensável se a idade da criança não fosse superior a 01 (um) ano de idade. O sobrenome da família adotiva era integrado ao adotado e o parentesco resultante era simplesmente civil e restrito.

A referida lei se destinou à proteção das crianças menores até 18 anos de idade que se encontrasse em situação irregular, conforme o artigo 2º:

Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

1 - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, erga ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária.

VI - autor de infração pena.

O vínculo proveniente dessa espécie de adoção dizia respeito apenas ao adotante e ao adotado, deixando os pais naturais somente o poder familiar (o então pátrio poder) e não excluindo impedimentos relativos ao casamento.

A relação com os ascendentes biológicos não se desfazia, podendo, inclusive, o filho requerer alimentos em face do pai natural, caso o pai adotivo não pudesse sustentá-los. O código Civil de 1916 não foi revogado pelo Código de Menores continuando válidos os requisitos e efeitos dessa modalidade de adoção. Porém, tal filiação não era definitiva ou irrevogável. Os direitos do adotado nessa modalidade

eram estabelecidos por contrato, havendo a possibilidade de extinção como previsto no Código Civil em vigor na época, e inclusive, por vontade das partes.

A adoção plena ou irrestrita estava prevista nos artigos 29 a 37, do Código de Menores, seguia as mesmas regras da legitimação adotiva, ou seja, também cancelava totalmente a relação de parentesco entre o adotado e sua família natural. Só seria possível sua concretização com o consentimento dos pais ou representante legais do menor, além de ser exigido o período mínimo de um ano de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo estabelecido pelo juiz, a depender de cada casa.

Diferentemente da adoção simples, adoção irrestrita era irrevogável após o trânsito em julgado da sentença, mesmo a família adotando viessem posteriormente ter filhos biológicos. Era ainda possível as pessoas separadas e viúvas realizar a adoção, desde que a convivência tivesse se iniciado antes da morte do cônjuge ou na constância conjugal, respectivamente.

Apesar de ter sido um grande avanço na legislação brasileira para o instituto, o Código de Menores tinha alguns erros, e por esse motivo sendo alvo de críticas doutrinárias, mesmo mostrando maior preocupação do legislador com o adotado, permanecia ainda a diferenciação entre filhos biológicos e naturais.

A doutrina da situação irregular foi adotada pelo Código de menores, sua principal função foi a proteção de crianças e adolescentes em situação irregular, sendo que a legislação conceituava os menores em situação irregular tanto os menores abandonados quanto os menores infratores.

Simone Vivian de Moura (2008, parte 2)²⁹ explica como o Código de Menores definia como sendo um menor em situação irregular e critica sua distinção com relação aos menores considerados em situação regular:

Com a doutrina da situação irregular, os menores passam a ser objeto da norma por apresentarem uma “patologia social”, por não se ajustarem ao padrão social estabelecido. A declaração da situação irregular tanto pode ser derivada de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de desvio de conduta), como da família (maus-tratos ou abandono) ou da

²⁹ MOURA, Simone Vivian de. Adoção tardia: um estudo sobre o perfil da criança estabelecido pelos postulantes à adoção na comarca de Itaúna/MG. Monografias.com. – Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos3/adocao-tardia-perfil-crianca/adocao-tardia-perfilcrianca.shtml>>. Acesso em: 20/04/2018.

própria sociedade (abandono). Desta maneira surgiu uma clara diferenciação entre as crianças das classes burguesas e aquelas em “situação irregular”, distinguindo-se criança de menor, sendo comuns expressões como “menor mata criança”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, aconteceu radicais modificações, finalmente os filhos legítimos, legitimados e adotados foram colocados em situação igual através do Art. 227, §6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A inserção dos filhos naturais e adotado em condições de igualdade fez com que acontecesse a evolução da legislação pátria de maneira adequada e relevante no que diz respeito ao instituto, já que mostrou importância com a pessoa do adotado, considerando este, como filho biológico.

A CF ainda, e instituiu no art. 227 que a proteção de crianças e adolescentes de uma forma geral, sem qualquer distinção com relações as condições, de irregularidade ou não, era dever do Estado.

3.5.5 Constituição de 1988

Com a promulgação da CF DE 88, Gonçalves nos ensina que os filhos biológicos e os adotivos foram equiparados.

Além de estabelecer que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta, direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade. Ao respeito à liberdade e a convivência familiar e comunitária, e proteger de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e pressão. Granato ainda ressalta que a CF de 88 igualou os direitos de todos os filhos ao cuidar da Ordem, da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso (arts.226 a 230).

De acordo com o caput do art. 227, caput, da Constituição Federal “como direitos fundamentais da criança e do adolescente a liberdade, o respeito e a sua dignidade, e ao convocar família, a sociedade e o Estado para todos, tratarem de assegurar prioritariamente esses fundamentais direitos”.

A importância diferencia da CF de 1988 com relação as crianças e adolescente que foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa maneira, a adoção passa a ser regida pelo Código Civil juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, “devendo ser permeada por função social e valores jurídicos e afetivos, que concedem igual estima a filiação de ordem biológica”.

Pedrosa termina enfatizando que “[...] além da função social que norteia a adoção, o Instituto vem infestado de preconceitos herdados de leis anteriores e costumes anteriores, que fazem com que haja a subvalorização da filiação adotiva frente à filiação biológica”.

3.5.6 Estatuto da Criança e do Adolescente

A Lei 8.069/90 revogou expressamente o art. 267 do Código de Menores e todas as disposições contrárias ao mesmo, é, juntamente com a CF 1988 tem como principal objetivo a de acolher a criança e o adolescente, adotando a doutrina da proteção integral dos menores.

O ECA tem por objetivo fornecer subsídios para que todos os operadores do Direito da Criança e do Adolescente, pertencentes ou não à área jurídica, possam cumprir e fazer cumprir as normas e princípios instituídos em benefício da população infanto-juvenil, assegurando-lhes o efetivo exercício de seus direitos e, por via de consequência, o acesso à cidadania plena que há tanto lhes foi prometida

Venosa (2004, pg.339)³⁰ ainda reforça sobre a importância e avanço que o ECA trouxe para a sociedade:

O estatuto menorista posiciona-se em consonância com a tendência universal de proteção à criança, assim como faz a Constituição de 1988, que em seu art. 6º, ao cuidar dos direitos sociais, refere-se à maternidade e à infância. Nos arts. 227 e 229 são explicitados os princípios assegurados à criança e ao adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente, especificadamente quanto à adoção, descreve que a criança ou adolescente tem direito fundamental de ser criado e educado no seio de uma família, natural ou substituta (art. 1º). O estatuto considera a criança e o adolescente sujeitos de direito, ao contrário do revogado Código de Menores, que os tratava como objeto da relação jurídica, deixando mais claro o espectro de direitos subjetivos.

³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

A adoção para menores ficou regulamentada, assim sendo, no ECA, possuindo somente uma maneira de realização, e ficou prevista entre os artigos 39 e 52 porém, mesmo com a promulgação do referido Estatuto, ainda continuou vigorando a adoção estabelecida no CC de 1916, sendo ainda utilizada apenas na adoção de pessoas maiores de idade, e, se realizava por meio de escritura pública, como já visto anteriormente.

Diante disso, a adoção simples e plena, para menores foi extinta, existindo somente a adoção na modalidade prevista pelo ECA, na qual se assemelhava bastante a adoção na forma plena, já que o filho adotado se inseria totalmente na família adotante como se filho biológico fosse.

Passou então a vigorar dois tipos de adoção: a adoção estatutária, prevista no Estatuto, e a adoção civil, prevista no Código Civil de 1916, que não desaparecia totalmente entre o adotado e sua família biológica, nem o inseria de forma completa no seio familiar que passaria a fazer parte.

O ECA será responsável pela adoção quando o adotado for menor de 18 (dezoito) anos de idade, ou, quando este for maior, desde que antes de completar a maioridade estivesse sob guarda dos adotantes.

A inserção da criança ou do adolescente na família substituta, na adoção, deve ser levada em consideração a opinião deles sempre que possível, uma vez que a mesma não será deferida para pessoas que não possuam um ambiente adequado ou se revelem incompatíveis com os requisitos da medida.

A homologação será sempre antecedida de um processo judicial, ou seja, se dará por meio de uma sentença Judicial constitutiva da qual será expedido um mandado, para inscrição no Registro Civil, que extinguirá o registro original do adotado sem que conste nenhuma observação a respeito do ato nas certidões de seu registro.

A realização por meio de uma procuração, ficou vedada, vedação esta que tem por objetivo garantir os direitos da criança e dos adolescentes a serem adotados. A medida assegura melhor êxito, já que tanto o adotado quanto o adotante serão resguardados pelo Poder Judiciário e passarão por um processo de adaptação antes de a medida ser deferida, diminuindo as chances de insucesso.

A retirada do pátrio poder com relação aos pais naturais deve necessariamente acontecer antes do processo de adoção, podendo ser decretada na mesma sentença que a defere. Outra novidade trazida pelo ECA, foi a equiparação do filho adotado com o natural, se estendo tais direitos aos direitos sucessórios, como previsto na CF DE 1988, como estabelece o art. 41 da Lei 8.069/90, vejamos:

A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. §2º: É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

O ECA dispõe que os adotantes deveriam ter mais de 21 (vinte e um) anos. O deferimento da adoção independeria de qualquer estado civil do adotante, inclusive divorciados ou separados, e, conjunto poderia adotar, desde que o estágio de convivência tivesse se iniciado na constância conjugal, e, que os mesmos concordassem com relação a guarda e visitas, havendo a necessidade mínima de 16 (dezesesseis) anos de diferença entre o adotado e adotante.

A adoção poderá ser deferida, caso a pessoa venha a falecer no decurso do processo judicial desde que já tenha manifestado a vontade de adotar expressamente. É vedado a adoção, aos irmãos e os ascendentes do adotando, já que é extinta de maneira definitiva os vínculos do adotado com sua família natural, o que seria impossível caso o menor fosse adotado pelos seus próprios irmãos ou ascendentes.

O artigo 43 vem evidenciando outra inovação do legislador com relação ao instituto demonstrando sua preocupação com o adotado já que o mesmo estabeleceu as vantagens da adoção seria em relação ao menor.

Para a adoção se concretizar será necessário o consentimento dos pais conhecidos, exceto se destituído do poder familiar, ou dos representantes legais do adotado, ou seja, os menos serão citados a respeito da ação para se quiserem, apresentarem contestação no prazo definido por lei. Ainda dependerá do consentimento do adotando caso este possua mais de 12 (doze) anos de idade.

Outra exigência é a necessidade de um estágio de convivência dos adotantes com a criança ou adolescente que será estabelecido um prazo pela autoridade judicial, a depender de cada caso concreto. O estágio de convivência poderá ser dispensado, caso o menor tivesse menos de 01 (um) ano de idade ou se já estivesse em companhia do adotante por tempo razoável para avaliar a formação.

A adoção dependerá do consentimento dos pais conhecidos, salvo se destituídos do poder familiar, ou dos representantes legais do adotado, ou seja, os mesmos deverão ser citados a respeito da ação para se quiserem, apresentarem contestação no prazo legal. Será ainda necessário o consentimento do adotando caso este tenha mais de 12 (doze) anos de idade.

Outro requisito exigido para que haja a possibilidade da adoção é a necessidade de um estágio de convivência dos adotantes com a criança ou adolescente que será fixado por um prazo estabelecido pela autoridade judicial, variando de acordo com o caso concreto.

O estágio de convivência poderia ser dispensado caso a criança tivesse menos de um ano ou se já estivesse em companhia do adotante por tempo suficiente para avaliar a formação de uma relação entre eles.

O nome do adotante passa a ser utilizado pelo adotado, bem como haveria a possibilidade da utilização do prenome, caso fosse solicitado. A adoção só passará a produzir efeitos após o trânsito em julgado da sentença, exceto em caso de morte do adotante, ocasião em que retroagirá para a data do óbito.

A adoção é irrevogável e não restitui o pátrio poder aos pais naturais, ainda que haja falecimento dos adotantes, solidificando assim, o caráter definitivo da adoção. Para a criança e o adolescente serem inseridos em um ambiente familiar saudável, o ECA determinou a necessidade de se permanecer em cada comarca ou foro regional um registro de crianças e adolescentes suscetível de serem adotados e de pessoas que estão interessadas em adotar.

Foi uma maneira encontrada pelo legislador para evitar entregar menores a pessoas incapacitadas, tanto moralmente como materialmente, e mantê-los em um ambiente adequado para sua educação.

O registro das pessoas interessadas em adotar seria realizado após consulta a órgãos técnicos do juizado, que fariam uma avaliação, e em seguida a

encaminharia ao Ministério Público para que o mesmo emitisse seu parecer sobre o cadastro. A adoção realizada por estrangeiros deverá ser deferida como medida excepcional, precisando o adotante fazer prova de seu domicílio, como necessita também está habilitado à medida, conforme as leis de seu país e apresentar estudo psicossocial realizado por agência especializada e credenciada de seu país.

O período de convivência deveria ser cumprido integralmente no Brasil por, pelo menos, 15 (quinze) dias, se a criança possuir menos de dois anos, e por 30 (trinta) dias, caso ela fosse maior que essa idade.

A autoridade judiciária poderia ainda estabelecer que o requerente apresentasse o texto referente à adoção de acordo com a legislação de seu país de origem juntamente provando sua vigência.

Os documentos anexados aos autos do processo em língua estrangeira deveriam ser autenticados pela autoridade do cônsul e acompanhados de tradução realizado por tradutor público juramentado.

O adotado só poderá viajar para fora do Brasil a partir da sentença que defere a adoção, podendo ainda a medida ser submetida a estudo prévio de uma comissão estadual judiciária de adoção, na qual emitiria um laudo de habilitação.

Compete a Vara da Infância e da Juventude conhecer os processos de adoção, conforme prevê o art. 148, inciso III, do ECA, independentemente da situação em que se encontre a criança ou adolescente, diferente do que acontece na concessão de guarda ou tutela, que se processará por este juízo somente se forem violados, como dispõe o Art. 148, Parágrafo Único, alínea “a”, do referido Estatuto.

A regra que estabelece o foro competente para o processo e julgamento do pedido de adoção está prevista no art. 147, inciso I e II do ECA, que prevê que será competente o domicílio dos pais ou responsáveis do adotado ou o lugar onde este se encontre na falta deles.

A adoção busca encontrar um ambiente para que estes se desenvolvam com respeito, amor e carinho. Este lar, consagrado pela entidade familiar, independe dos sexos dos casais adotantes. Como explicou a Desembargadora do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, “[...] não há qualquer impedimento no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a capacidade para a adoção nada tem a ver com a sexualidade do adotante”. Ainda, continua com base na legislação: “[...] podem

adotar os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil” Por fim ainda ressalta que é necessário prevalecer o princípio do art. 43 (ECA): “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotado e fundar-se em motivo legítimo”.

Observa-se que pelas disposições do Estatuto da Criança e Adolescente, é indispensável existir uma identificação entre o adotado e o adotante, em termos de afetividade e afinidade. E isso independe da orientação sexual do casal, pois o que procura é o dar e receber amor na entidade familiar.

3.5.7 O Código Civil

Com a revogação do Código Civil de 1916 e com o advento da Lei nº 10.406/02 a adoção de maiores de idade ficou prevista nos artigos 1618 a 1629, no qual o referido código também fazia menção a adoção de pessoas menores de idade.

A adoção de menores, estabelecida no CC de 2002, não previu a maneira pelo o qual o processo judicial necessitaria seguir para sua permissão, nem cita as particularidades do Instituto estudado, logo, permaneceu a aplicabilidade do ECA ao procedimento judicial para adoção de menores de idade, revogando-se somente os dispositivos que provavelmente entrasse de encontro com o CC de 2002: “A adoção obedecerá a processo judicial, observados os requisitos estabelecidos neste Código.

Ainda que, o adotando seja maior de idade, o CC de 2002 dispôs que o processo antecedido de um processo judicial e deferido por meio de uma sentença constitutiva. E ainda estipulou que esse processo seja regido pelas regras contidas no CC de 2002, entretanto nenhum procedimento foi regulamentado, o que não ocorreu com a adoção de menores de idade, que possuía seu procedimento regido no ECA.

Compete a Vara da Família e não da Vara da Infância e Juventude julgar e processar as ações de adoção de maiores de idade, o que não acontece com os adotantes menores de idade.

A distinção entre filho adotado e biológico deixou de existir, conforme ditava o artigo 1.626, do CC de 2002: “A adoção atribui a situação de filho ao adotado,

desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento”.

Assim, a diferença que antes existia entre as modalidades de adoção caiu por terra, então a adoção tanto para menores como maiores passou a ter os mesmos moldes, ou melhor, os mesmos critérios dados a adoção plena, ou seja, a idade do adotado não era mais importante, e agora passa a ser inserido de forma total em sua nova família, com a finalidade de que o mesmo seja visto como filho biológico, harmonizando, portanto, o instituto com as condições já previstas pelo ECA e pela CF de 1988.

A alteração também ocorreu com a idade mínima exigida, sendo que este passaria a ter no mínimo dezoito anos de idade e não mais vinte e um como antes era estabelecido, isso se dá em função da menoridade civil ter passado a cessar aos dezoito anos, de acordo com o artigo 5º, do CC 2002 e não mais aos vinte e um, mantendo-se entretanto a idade de 21 para quem tivesse interesse em adotar menor de idade.

Para a realização da adoção é preciso a confiança de que a entidade familiar manterá um comportamento respeitável no lar, acolhendo e protegendo à criança dos possíveis sofrimentos e humilhações, ao relacionar-se com algo diferente. Neste caso, é necessário ponderar e ver se existe vantagem para o adotado, pois, segundo o artigo 1.625, a adoção só será possível quando possibilitar efetivo benefício ao adotado, e isso deverá ser examinado levando em consideração as peculiaridades de cada caso, especialmente os fatores psicológicos tanto dos adotantes quanto do adotado. Dessa maneira, a adoção deve ser encarada como um ato de amor e que deve predominar é a felicidade e o bem-estar do adotado.

Podemos citar como exemplo o pedido de adoção feito por um casal de mulheres (união estável) no Rio Grande do Sul, em 2004. Abaixo um resumo do caso:

L. de 39 anos e Lu. de 31 anos convivem desde 1998. Em abril de 2003 Lu teve a adoção de P.H. deferida e, em fevereiro de 2004, foi deferida a adoção de J.V. Na época L. participou da decisão e de todo o processo de adoção, auxiliando nos cuidados e manutenção das crianças. Elas relatam que procuram ser discretas quanto ao seu relacionamento afetivo, na presença das crianças. Participam igualmente nos cuidados e educação dos meninos, porém é L. que se envolve mais no deslocamento deles, quando depende de carro, pois é ela quem dirige. L. diz que é mais metódica e

rígida do que Lu e observou-se que é mais atenta na imposição de limites (<http://jus.com.br/revista/texto/19993/adocao-por-casais-homoafetivos/print/>)

Em primeira e segunda o pedido de adoção foi negado, porem o Tribunal Gaúcho (instancia seguinte), reconheceu a entidade familiar das suas mulheres, bem como a possibilidade a adoção. Além disso, “a decisão apontou [...] que estudos não indicam qualquer impedimento às crianças serem adotadas por casais homossexuais, sendo mais importante a qualidade do vínculo e do afeto no meio familiar em que serão inseridas”.

Entretanto, o Ministério Público do Rio Grande do Sul discordou da decisão e recorreu ao Superior Tribunal De Justiça (STJ), declarou, que a decisão é contraria aos artigos 1.622 e 1723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei 9.278/96 e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, além de discórdia pretoriana. Também requereu provimento do recurso, “para o fim de definir a união homossexual apenas como sociedade de fato e, conseqüentemente, fazer incidir o artigo 1.622 do Código Civil, vedando a adoção conjunta dos menores pleiteada”.

Posteriormente, após verificar mais a fundo o caso, o Superior Tribunal de Justiça denegou o recurso do Ministério Público e permaneceu com a decisão da adoção de duas crianças pelo casal de mulheres. Destaca-se algumas palavras do ministro relator, Luiz Felipe Salomão citado por Hávilla Fernanda Araújo do Monte e Thaís Freitas de Oliveira³¹, autoras do artigo Adoção por casais homoafetivos: a nova família e suas possibilidades jurídicas

[...] 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.

[...] 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, nos mostram que os ministros, na hora de analisarem o caso, estão desenvolvendo uma hermenêutica que não considera apenas o direito legal, mas também, a realidade.

³¹ MONTE, Hávilla Fernanda Araújo do; OLIVEIRA, Thaís Freitas de. Adoção por casais homoafetivos. Recurso Especial Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36967/a-adocao-em-familias-homoafetivas>. Acesso em: 20 abril 2018.

Mesmo referindo-se a uma decisão do ano de 2004, percebe-se os obstáculos enfrentados por casais homoafetivos na adoção. Acredita-se, no entanto, que o reconhecimento das uniões de casais do mesmo sexo pelo STF, essas adoções sejam efetuadas sem impedimentos da justiça, caracterizado, especialmente, pelo preconceito aos casais homoafetivos, enquanto entidade familiar e detentora dos mesmos direitos fundamentais de qualquer casal formado entre homem e mulher.

4 A LEI Nº. 12.010 DE 3 DE AGOSTO DE 2009 – LEI DA ADOÇÃO

Como foi dito anteriormente, a adoção era regida conforme os antigos artigos do ECA juntamente com o Código Civil, daqui pra frente traçaremos o perfil do novo sistema de adoção, com as mudanças determinadas pela Lei 12.010/09. No dia 04 de agosto de 2009, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 12.010/09, passando está a vigorar 90 (noventa) dias após esta data.

A Lei Nacional da Adoção ou Nova Lei de Adoção, como ficou conhecida, proporcionou grandes alterações ao Instituto no país, modificando diversos artigos do ECA e revogando praticamente todos os artigos referentes à adoção que estavam previstos no CC de 2002.

Com o advento da referida Lei destacou-se a importância da criança e do adolescente estar em sua família biológica, ou seja, reafirmou a importância da verdadeira relação de afinidade e afetividade do menor a ser adotado com os seus familiares, elemento essencial para garantir, de modo pleno, o direito a convivência família.

A Lei ainda destaca mecanismos de prevenção do afastamento do convívio familiar e a inclusão a chance da criança ou o adolescente ficarem com parentes próximos (avós, tios e primos), com os quais já estiveram um vínculo ou convivência. Estabelece também que a inserção dos mesmo em uma família substituta deve se dar apenas de maneira excepcional.

A nova lei de adoção também prevê de forma expressa a exigência de preparação e acompanhamento de psicossocial até jurídico nas famílias adotante, tanto nas adoções nacionais quanto nas de cunho internacionais.

Dantas (2009) escreve sobre as principais modificações trazidas pela Lei 12.010/09:

Na nova lei, foram inseridos alguns princípios que devem orientar a intervenção estatal, na questão da aplicação das medidas de proteção a crianças e adolescentes, bem como de suas famílias, como por exemplo: colocação em família substituta, assistência de auxílio a família, com acolhimento familiar e institucional entre outros. Ademais, a nova lei prevê cautelas adicionais com relação a destituição do poder familiar, além da colocação em lares e famílias substitutas de crianças indígenas e quilombolas.

A nova Lei também alterou o tempo que as crianças e adolescentes devem ficar abrigadas, reduzindo a um período máximo de dois anos. Esta norma tem como objetivo inseri-los de uma forma mais eficaz em sua família biológica ou colocá-los em uma família substituta sem que diminuam as chances de conviver em um ambiente familiar.

A Lei 12.010/09 alterou o artigo 13 do ECA e acrescentou um parágrafo único que estabelece que quando a gestante ou a mãe manifeste o interesse em colocar seus filhos para adoção, esta deve ser encaminhada ao juízo da Infância e Juventude.

O artigo 19 também foi modificado e determinou que quando a criança e/ou adolescente estiver abrigado a cada seis meses será preciso uma reavaliação para decidir sobre a sua reintegração à família biológica ou a sua integração em família substituta, como já dito esta última medida devendo acontecer apenas de forma excepcional.

Com a nova lei, o artigo 28 também teve sua redação alterada, no qual passa a exigir que a criança ou adolescente a passar pelo processo de adoção seja acompanhado por uma equipe interprofissional, ou seja, que o juiz não analise o caso sozinho, mas que outros profissionais de apoio atuem, como por exemplo, psicólogos, que irão ajudar o juízo a conduzir os adotando acerca das consequências que o processo de adoção pode trazer, além de ouvir sua posição a respeito dos fatos.

O parágrafo primeiro, do mesmo artigo, exige que a aprovação do adolescente que possua mais de doze anos de idade seja levada em consideração na audiência. O quarto parágrafo ainda destaca a importância da colocação de grupos de irmãos no mesmo ambiente substituto como tentativa de preservar os vínculos entre irmãos consanguíneos, sendo facultada a separação dos mesmos somente em casos justificados e fundamentados.

O parágrafo 5º do referido artigo, ainda se nota uma grande preocupação do legislador com a criança ou adolescente a serem adotados, impondo que o processo de adoção seja seguido por uma equipe técnica auxiliar do juízo da Infância e da Juventude tanto anteriormente à concessão da medida quanto posteriormente da mesma análise acerca da convivência familiar dos menores.

O parágrafo sexto do mesmo artigo, ainda ressaltou a importância de um tratamento especial quando a adoção se tratar de menores indígenas ou provenientes de quilombos a fim de tentar preservar os costumes e tradições da comunidade que eles vieram, bem como impedir que suas origens sejam esquecidas ou até mesmo desrespeitadas.

Foi acrescentado ao artigo 39 o parágrafo primeiro que reforça que a adoção deve ser medida excepcional, ou seja, antes de seu deferimento, devem ser usadas todas as possibilidades de colocação do adotando em sua família natural, formada por pais e filhos, ou extensa, sendo esta constituída por parentes próximos do adotando.

A proibição da adoção por meio de procuração permaneceu, exigindo, portanto, a interferência do Poder Judiciário. Continuaram a ser resguardados os mesmos direitos e deveres de um filho legítimos ao adotado, incluindo-se de maneira inteira e definitiva à família substituta como se fossem filhos naturais.

O artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente adaptou-se ao que estabelecia o CC de 2002, ou seja, definiu que a maioridade civil se iniciará aos 18 anos de idade, diante disso, após a entrada em vigor da nova Lei podem adotar os maiores de 18 anos e não mais os de 21 anos de idade, necessitando este ser 16 anos mais velhos do que o adotando.

O parágrafo 5º do referido artigo ainda inovou ao possibilitar que a guarda compartilhada seja deferida a casais separados quem venham a adotar. Com a nova redação dada pela lei estudada, o artigo 46, permitiu a dispensa do estágio de convivência quando o adotando já estiver sob guarda ou tutela do adotante por tempo suficiente para que seja possível a convivência a formação do vínculo entre ambos. Ainda prevê que a guarda de fato não é suficiente para a dispensa da realização do estágio de convivência.

Para pessoas estrangeiras o estágio de convivência no processo de adoção passou a ser de 30 dias, independentemente da idade que o adotando possuir, devendo ser cumprido no Brasil.

O artigo 47 estabelece que o novo registro poderá ser lavrado no Cartório de Registro Civil da residência dos adotantes, essa inovação foi de grande importância, pois evita que o adotante tenha que justificar para a criança ou adolescente o motivo

pelo qual seu registro é feito em cidade diferente daquela que reside, já que, o antigo sistema, acabava que obrigando os pais a contarem a respeito da adoção.

A nova disposição do artigo 48 prevê o direito do adotado de conhecer seu real parentesco, bem como ter totalmente acesso ao seu processo de adoção, após completar maioridade, também possibilita a deferimento do pedido ao menor de idade, desde que o mesmo seja acompanhado por uma equipe técnica do juízo.

Na prática isso já ocorre. É comum as pessoas que foram adotadas procurarem os juizados da infância e juventude com o objetivo de conhecer sua história. Trata-se o caso de consagração do direito à identidade genética ou “Direito ao Reconhecimento das Origens”. É direito personalíssimo da criança e do adolescente, não sendo passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai.

O artigo 50 trouxe várias inovações, ao disciplinar sobre o Cadastro Nacional de Adoção (CNA). A inscrição, no cadastro, das pessoas pretendentes a adotar será precedido de uma preparação psicossocial e jurídica, e sempre que possível, fará parte desse programa o contato, dos adotantes, com crianças e adolescentes que estão em acolhimento tanto institucional quanto familiar, e, em condições de serem adotados, devendo essas pessoas ser acompanhadas pela equipe técnica do juízo para a realização de tais atos. Esse procedimento deixou clara a intenção do legislador de tentar melhor preparar os adotantes para quando receberem os adotandos em seu ambiente familiar.

Após a entrada em vigor da referida lei, os cadastros serão estaduais e nacionais, existindo uma troca de informações a respeito deles entre as autoridades judiciárias, o que proporciona uma maior integração dos sistemas e uma maior possibilidade de adoção de crianças e adolescentes.

Para pessoas residentes fora do país haverá uma diferenciação dos demais cadastros, este será apenas consultado, caso não exista adotantes residentes no Brasil.

O §13º ainda do artigo ora analisado, prevê ainda que o deferimento da adoção sempre deverá obedecer aos cadastros estaduais e nacionais, e para as pessoas que não estejam cadastradas a o processo de adoção ser uma medida excepcional, só podendo ocorrer nos seguintes casos: ao se tratar de pedido de

adoção unilateral, ou seja, quando for formulada por cônjuge ou companheiro que adota o filho do outro; em caso de adoção formulada por parente com o qual os adotandos tenham criado vínculos afetivos; ou na hipótese de quem tenha sob guarda ou tutela o adotando maior de 03 (três) anos de idade, desde que o período de convivência entre eles comprove a existência de vínculos afetivos entre eles, sendo ainda exigido que durante o processo, exista comprovação de que o adotante preenche os requisitos exigidos por lei.

4.1 A viabilidade jurídica da adoção por casal homoafetivo

De acordo com o que foi estudado, pode-se dizer que a viabilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos, encontra-se intimamente relacionada ao objetivo de atender os princípios da justiça social, da igualdade e do melhor interesse da criança e adolescente, que são princípios que sustentadores do Estado Democrático de Direito. Para maior efetivação desses princípios, observa-se que o legislador vem se posicionado a favor de adoções por casais homoafetivos, principalmente com base no princípio da igualdade, conforme diz o artigo 5º da Constituição Federal.

Dias (2003, p. 66)³² ainda completa que,

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas o instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente a todos, sendo este o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral. Em suma, dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

Assim, da mesma maneira como o princípio da igualdade, o princípio da dignidade da pessoa humana garante assegurar proteção ao indivíduo em sua formação de convívio, independentemente de sua orientação sexual. Ou seja, a relação afetiva dos seres humanos, encontra nos princípios já citados, as bases de sustentação no aspecto jurídico.

Outro fator usado como base para as decisões de adoção por casais homoafetivo é o realismo jurídico, principalmente, pelo surgimento de novas

³² DIAS, Maria Berenice União Estável homoafetiva. Revista Brasileira de Direito de Família, ano 5, n. 20, out-nov, 2003.

entidades familiar. Dessa forma, os juízes ao deferir a sentença necessitam utilizar a analogia, partindo de uma interpretação sociológica, uma vez que ela apresenta como foco conformar à finalidade normativa as exigências da sociedade.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Apelação Civil 70013801592 demonstrou uma grande importância em decisão no que diz respeito a nova realidade social, especialmente, pela formação de famílias por casais do mesmo sexo e o processo de adoção:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

Interessante a argumentação destacada nessa Apelação ao reportar no sentido que seria hora de “[...] abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica”, procurando fazer com que se adote uma postura prioritária já assegurada, pelo artigo 227 da Constituição Federal, que é o direito às crianças de adolescentes como segue:

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

Dias, ressalta que a criança criada por casais homoafetivo não poderia ser afetada em nenhum aspecto, e que o preconceito da adoção aos casais homoafetivos só ajuda aumentar a marginalização dessas relações de família, bem como o crescimento do abandono de crianças.

Nesse sentido, cabe citar um dos princípios fundamentais do Estatuto da Criança e do Adolescente: o do melhor interesse da criança.

O referido princípio, engloba todas as relações jurídicas relacionadas aos direitos das crianças e adolescentes. Dessa forma, “perde sentido a limitação própria do Código de Menores, que se aplicava somente às hipóteses de situação irregular”, como revela Camila de Jesus Mello Gonçalves em seu artigo Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Como comenta Gonçalves, “de fato, o art. 1º, do ECA, estabelece a proteção integral à criança e ao adolescente, a quem são assegurados todos os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 3º)”, indiferente da sua situação familiar. Ainda, o artigo 1º do ECA define como criança e adolescente, todo o ser humano menor de 18 anos de idade, sem discriminação de qualquer tipo (art. 2º do ECA).

Esses artigos estão em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, evitando justamente a discriminação, em “situações de igualdade substancial, caracterizadas em relação a todos os que possuem menos de 18 anos, na hipótese em que o discriminem estiver fundado exclusivamente na idade”.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ampara a criança como sujeito, inclusive, sobre o poder familiar. A extensão do princípio do melhor interesse a toda criança e adolescente, outrossim, resulta de uma mudança da própria concepção de família como ambiente voltado ao desenvolvimento de seus membros, que privilegia a criança como sujeito, com repercussões inclusive sobre o poder familiar. Tal poder, dentro da nova família, orienta-se pelos interesses fundamentais dos filhos, vislumbrando-se uma mudança quanto ao foco: dos interesses dos agentes do poder, para os interesses de seus destinatários, ainda conforme Camila Gonçalves.

Em razão disso, o poder familiar começa a ser entendido como oportunidade dos pais intervirem na no espaço jurídico dos filhos, não no interesse deles próprios, enquanto titulares do poder, mas no interesse dos filhos. Ou seja,

O poder familiar limita-se pelo benefício do filho, possuindo, na verdade, natureza jurídica de verdadeira função, ou seja, de um poder vinculado a uma finalidade específica; somente merecendo tutela se exercido, não como um direito subjetivo, mas como um múnus privado, visando ao melhor

interesse dos filhos, na perspectiva de sua futura independência como pessoa.

Fachin comenta, que na convivência entre pais e filhos, o Código Civil deixa de exercer a função de lei fundamental no Direito de Família, após a promulgação da CF de 1988, e que o ECA passa a assumir esse papel, pela concretização dos princípios e na execução das linhas mestras fixadas pela Lei Maior.

Como por exemplo, a utilização do princípio do melhor interesse de pessoas menores de 18 anos, Camila de Jesus Mello Gonçalves cita o artigo 1621 do Código Civil: “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor”.

Conclui-se que “o princípio do melhor interesse alcança todas as crianças e adolescentes, em consequência da dignidade inerente à sua condição de pessoa em desenvolvimento, quer estejam inseridos em família natural, ou substituta, ou não”.

Diante do que foi estudado, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito necessita, cada vez mais, entender que a família é aquela formada por meio do afeto e convivência familiar constante, indiferente de padrões e preconceito.

O ordenamento jurídico precisa expor as diferenças de cada grupo familiar para assegurar, assim, o sentido da pluralidade garantida constitucionalmente. Além disso, o Direito deve atuar sob o prisma do princípio do melhor interesse, direcionando, crianças e adolescentes adotado, a uma convivência familiar constituída com base no amor, cuidado, proteção, dedicação e afeto, independentemente da orientação sexual, que se prontificou a dar um ambiente familiar ao menor.

O Direito serve, para dar esta garantia a todos sem nenhum tipo de preconceito e discriminação. Buscar a garantia da felicidade e a efetivação da igualdade.

5 CONCLUSÃO

De acordo com o exposto, conclui-se que a sociedade está em constante mudança, bem como a formação da família, pois casais homoafetivos também são pessoas normais e que têm direito de constituir família assim como os casais heterossexuais.

É sabido que as relações homoafetivas também são relações que se baseiam no vínculo afetivo, de amor, carinho, respeito entre os membros dessa modalidade de entidade familiar, já que é pelo afeto que se forma uma família, não havendo como negar que essas uniões constituem de fato uma família, assemelhando-se a união estável, reconhecida expressamente pela Constituição como família, e que recebe proteção pelo Estado e garantia de seus direitos.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo essa proteção e garantia de direitos, através do princípio da igualdade, demonstrando que todos os cidadãos são iguais e detentores de direitos e deveres.

Essa igualdade alcança as entidades familiares que, atualmente, reconheceu novas formas de concepções familiares, dentre elas a relação homoafetiva, formada entre dois homens ou duas mulheres que também deseja constituir família e, muitas vezes, acabam partindo para a adoção.

A adoção que é um instituto baseado no melhor interesse do menor, visando garantir proteção, afetividade e condições de sobrevivência ao adotado, sendo esta uma medida excepcional que proporciona crianças e adolescentes destituídos do poder familiar de formar uma nova família.

Quando realizada por casais homoafetivos apresenta um papel de grande importância para a sociedade, pois privilegia não somente as crianças e os adolescentes que são introduzidos na família, como também a família que recebe um novo membro para compartilhar o afeto e as experiências.

Muito embora seja diversas as opiniões acerca da aplicabilidade deste instituto no que tange aos casais homoafetivos, sejam elas de ordem social ou jurídica, pois os que são contrários a adoção explicam que a convivência da criança ou adolescente com pais do mesmo sexo pode prejudicar o desenvolvimento deste, já que vive em um ambiente familiar inadequado.

De outro lado, os que julgam o instituto favorável declaram que a aplicabilidade deste preza os preceitos elencados pela Carta Maior, que são o princípio constitucional da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da não-discriminação.

Por fim, depreende-se que proporcionar a criança ou adolescente a convivência em família e a ter uma vida digna é bem melhor do que deixá-la em um abrigo ou nas ruas, já que a adoção objetiva garantir o princípio do melhor interesse ao menor.

Neste sentido, o casal adotante deve apresentar condições econômicas, emocionais e morais, para oferecer um lar saudável para uma criança.

Salienta-se que o processo de adoção apresenta dificuldades, não somente para os homossexuais, como também para os heterossexuais. No entanto, a legislação brasileira não apresenta previsão legal para que casais homossexuais possam adotar e com isso dificulta que a mesma ocorra, privando a criança e o adolescente de ter um futuro digno.

Diante do exposto, percebe-se que o preconceito que assola os homossexuais deve acabar, colocando-se em seu lugar o respeito e o afeto. Além disso, esses casais devem preencher os requisitos impostos pela legislação para que haja o deferimento do mesmo.

Assim sendo, afirma-se que a homossexualidade sofreu preconceitos ao longo da história, especialmente com influência da igreja, que formava o casamento como forma de procriação. Mas gradativamente essa visão foi modificando-se, e apesar de existir preconceito fortemente arraigado até os dias de hoje, a adoção por casais homoafetivos é uma realidade cada vez mais presente na nossa sociedade.

A necessidade da formação de laços afetivos com outros indivíduos é inerente ao ser humano, para que possa conviver em sociedade e criar laços mais estreitos de afetividade no intuito de formar uma família, tendo a adoção o papel de consolidar as famílias homossexuais.

O reconhecimento da união estável homoafetiva e todo leque de direitos que este traz, inclusive no que diz respeito a adoção de crianças e adolescente por homossexuais, é um assunto bastante difícil, visto que abrange diferentes questões morais, culturais e religiosas.

As mudanças e concessões de direitos, aliás, o reconhecimento de direitos existentes, aos homossexuais, vem acontecendo lentamente e gradualmente, por meio da evolução das normas sociais e morais com base nos direitos e nos princípios constitucionais, de uma forma que se proteja os direitos dos pares homoafetivos, bem como os da crianças e adolescentes, principalmente na constituição e na integração de uma família.

Por fim, não há como impedir que os casais homoafetivos adotem uma criança ou adolescente, pois deixar de conferir esse direito seria uma flagrante discriminação com base na orientação sexual, conduta totalmente contrária aos princípios constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil de 1916. Lei nº 3.071/16.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm Acesso em: 01 mai. 2018

_____. **Código Civil de 2002 – Lei nº 10406/02.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**; promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. 01 mai. 2010.

_____. **Lei nº 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: 01 mai. 2018.

_____. **Lei nº 4655 de 02 de junho de 1965.** Disponível em: http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/LEI69.html>. Acesso em: 01 mai. 2018.

_____. **Lei nº 6697 de 10/10/1979.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em 01 mai. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70013801592.** Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/04/2018. Negaram Provimento. Unânime (Segredo de Justiça). Disponível em: http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj_site/docs/JURIS/ADO%C7%C3O-70013801592.HTM>. Acesso em 01 maio 2018.

DANTAS, Danilo Sergio Moreira. **A nova lei nacional de adoção (lei 12.010, de 29 de julho de 2009) e as novas diretrizes para a adoção no brasil, à convivência**

familiar e garantias dos adotandos. 2009. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3282. Acesso em: 01 mai. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito das Famílias.** 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **União Estável homoafetiva.** Revista Brasileira de Direito de Família, ano 5, n. 20, out-nov, 2003. p.66.

_____. **União Homoafetiva, o preconceito e a justiça.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **União homossexual, o preconceito e a justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Direito de Família. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2 ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família. Revista Jurídica. Porto Alegre, Ano 53, n. 331, p. 75-85 mai. 2005.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Adoção:** doutrina e prática. 2 ed. Curitiba, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MONTE, Hávilla Fernanda Araújo do; OLIVEIRA, Thaís Freitas de. **Adoção por casais homoafetivos**. Recurso Especial Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36967/a-adocao-em-familias-homoafetivas>. Acesso em: 20 mai. 2018.

MOTTA, Severino. **Por unanimidade, ministros entendem que casais do mesmo sexo formam uma família**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/supremo-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva/n1300151572835.html>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

MOURA, Simone Vivian de. **Adoção tardia**: um estudo sobre o perfil da criança estabelecido pelos postulantes à adoção na comarca de Itaúna/MG. Monografias.com. – Disponível em:<<http://br.monografias.com/trabalhos3/adocao-tardia-perfil-crianca/adocao-tardia-perfilcrianca.shtml>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

PEDROSA, Helena Rodrigues Vaz. **A adoção por pares homoafetivos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2994, 12 set. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19975/a-adocao-por-pares-homoafetivos> . Acesso em: 20 abr. 2018

PENA JR., Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Vol. 6 - Direito de Família. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

VECCHIATTO, Paulo Roberto Lotti. **Manual da Homoafetividade**. São Paulo: Método, 2008. p. 313.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: **direito de família**. 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2004. (coleção de direito civil; v. 6).

WALD, Arnoldo. **Direito de família**. 13. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WELTER. Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e afetivas**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003.