



ESTADUAL DA PARAÍBA

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DA PARAÍBA-ESMA-PB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM PRÁTICA JUDICIÁRIA

BRUNA ABRANTES DE OLIVEIRA DANTAS

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

CAJAZEIRAS - PB
2014

BRUNA ABRANTES DE OLIVEIRA DANTAS

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Prática Judiciária da Universidade Estadual da Paraíba em convênio com a Escola Superior da Magistratura da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

Orientador: Prof. MSc. Hugo Gomes Zaher

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

D192a Dantas, Bruna Abrantes de Oliveira.
Adoção por casais homoafetivos [manuscrito] / Bruna
Abrantes de Oliveira Dantas. - 2014.
44 p.

Digitado.
Monografia (Especialização em Prática Judiciária) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.
"Orientação: Prof. Me. Hugo Gomes Zaher, Departamento
de Direito".

1. Adoção. 2. Direito família. 3. Homoafetividade. I. Título.
21. ed. CDD 346.015

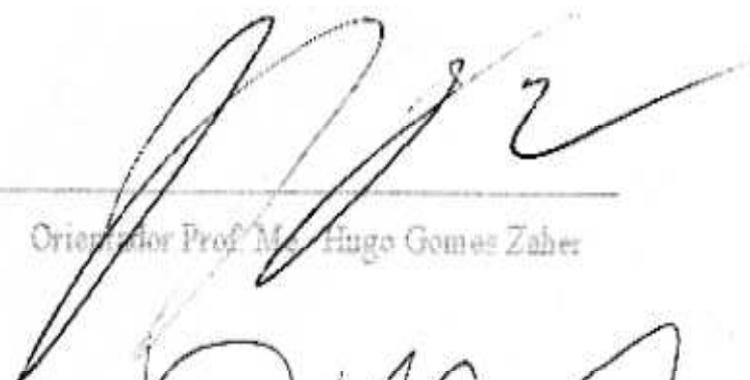
BRUNA ABRANTES DE OLIVEIRA DANTAS

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

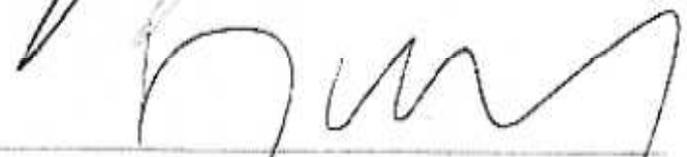
Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Prática Judiciária da Universidade Estadual da Paraíba em convênio com a Escola Superior da Magistratura da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

Aprovada em 30/05/2014.

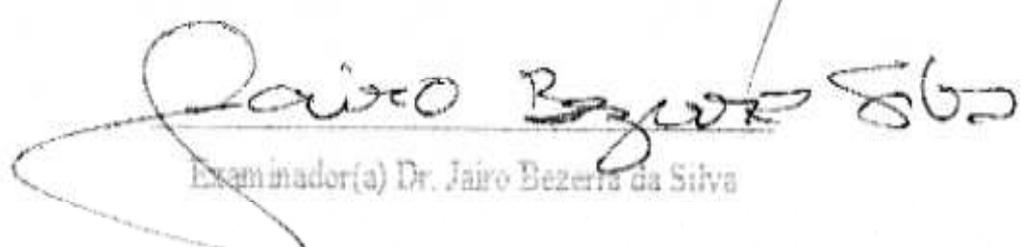
Banca Examinadora:



Orientador Prof. Ms. Hugo Gomes Zaher



Examinador(a) Prof. Ms. Renan do Valle Melo Marques



Examinador(a) Dr. Jairo Bezerra da Silva

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por conceder-me a verdadeira graça de a esta altura da minha vida, realizar o meu grande desejo de especializar-me no curso que escolhi.

A minha mãe Olindina, minha maior incentivadora, a quem devo tudo que sou e todos os valores que hoje carrego comigo. Às minhas irmãs Lucinha e Celinha, por todo apoio e disponibilidade de cuidar dos meus filhos para que eu pudesse deslocar-me quinzenalmente 42 quilômetros no fito de assistir as aulas.

Ao meu marido Wallas, que paciente e carinhosamente apoiou-me e acompanhou-me na minha caminhada rumo à conclusão deste trabalho, sem mencionar todas as manhãs de sábado das quais teve que abrir mão do lazer familiar e cuidar sozinho dos nossos filhos.

Ao meu orientador, pela sua disponibilidade, paciência e inesgotável compreensão para com todas as minhas dificuldades, sempre se mostrando receptivo e disposto a ajudar.

“A justiça não é cega nem surda. Também não pode ser muda. Precisa ter os olhos abertos para ver a realidade social, os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam e coragem para dizer o Direito em consonância com a Justiça”.

Maria Berenice Dias

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objeto a adoção por casais homoafetivos, considerando sua possibilidade legal bem como os efeitos, com ênfase aos benefícios que serão proporcionados sobre o adotado, também abordando, ainda que de forma sucinta, os reflexos do reconhecimento das uniões homoafetivas no direito brasileiro, haja vista que passaram a ser reconhecidas como entidades familiares, bem como o atendimento dos interesses prioritários do menor na sua inserção no convívio familiar e as dificuldades enfrentadas pelos casais homossexuais que apresentam iniciativa para adoção. A adoção homoafetiva é uma realidade que permeia o cenário mundial, sendo inclusive reconhecida legalmente em alguns países, ao passo que no Brasil, embora a adoção homoafetiva seja uma realidade fática, não há lei que regulamente esse tipo de adoção. O trabalho foi desenvolvido a partir da análise da problemática exposta à luz da doutrina, da legislação e da jurisprudência, objetivando enfocar também, através de pesquisa bibliográfica, a importância da relação familiar. Calcando-se no princípio do melhor interesse do menor, objetiva-se demonstrar que a adoção por casais homoafetivos é saudável e possível.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Família. Homoafetividade.

ABSTRACT

This monograph focuses the adoption by homosexual couples, considering its legal possibility and the effects, with emphasis on the benefits that will be provided on the adoptee also addressing, albeit succinct manner, the effects of the recognition of unions in homoafetivas Brazilian law, considering that came to be recognized as family entities, as well as meeting the priority interests of the child in participating in family life and the difficulties faced by homosexual couples who present initiative for adoption. The homo-affective adoption is one that permeates the world stage reality, including being recognized legally in some countries, while in Brazil, although the homo-affective adoption is one objective reality, there is no law governing this type of adoption. The work was developed from the analysis of the problems exposed to light of doctrine, legislation and case law, aiming to also focus, through a literature review, the importance of family relationships . If trampling on the principle of best interests of the child , the objective is to demonstrate that adoption by homosexual couples is healthy and possible.

KEYWORDS: Adoption. Family. Homosexual couples.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental
CF	Constituição Federal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A FAMÍLIA	11
2.1	CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS.....	11
2.2	A FAMÍLIA NA CF DE 1988.....	14
3	ABORDAGEM GERAL ACERCA DA ADOÇÃO	16
3.1	A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NO CENÁRIO INTERNACIONAL.....	16
3.3	CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	23
3.4	O PASSO A PASSO DO PROCESSO DE ADOÇÃO, NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	24
4	ADOÇÃO POR PESSOAS DO MESMO SEXO	27
4.1	O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NO DEFERIMENTO DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA	28
4.2	OS REFLEXOS DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA SOBRE A ADOÇÃO CONJUNTA.....	29
4.3	PECULIARIDADES DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA.....	30
4.4	POSICIONAMENTO DO STF	31
4.5	CONSIDERAÇÕES SOBRE LEI DE REGISTROS PÚBLICOS.....	34
4.6	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	35
4.7	OUTRAS CONSIDERAÇÕES.....	37
5	CONCLUSÃO	38
	REFERÊNCIAS	40

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como escopo abordar a possibilidade e a viabilidade, do ponto de vista jurídico, da concretização da adoção realizada por pares homoafetivos, identificando e enfocando qual seria, de fato, o melhor interesse para a criança e o adolescente.

Por meio do presente estudo tentar-se-á, inicialmente, instigar todos a realizarem uma reflexão profunda sobre ideias e valores preconcebidos a fim de que haja uma reflexão necessária acerca da necessidade de aceitação daquilo que por séculos nos foi tido como não só estranho e diferente, mas espúrio e também inconcebível. Destarte, haverá o direcionamento desta reflexão em direção ao tema proposto, alicerçando-se no princípio do melhor interesse para a criança e para o adolescente. A ideia é de induzir e convencer os leitores a uma reflexão não somente livre de preconceitos, mas enraizada na necessidade da aplicação do princípio do melhor interesse para a criança e o adolescente.

No primeiro capítulo far-se-á uma análise breve, porém necessária, da instituição familiar, enfocando sua evolução e as modificações ali ocorridas. Ocorrerá a abordagem de todo o processo evolutivo que levou ao enfraquecimento, por assim dizer, do poder patriarcal, onde este deixa de existir abrindo espaço para novas modalidades de célula familiar, na qual a mulher e os filhos ganham importância no seio daquela instituição. Analisar-se-á as modificações trazidas pela Constituição Federal de 1988 mencionando-se ainda o ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente.

O segundo capítulo trará um estudo acerca da adoção, abordando sua conceituação, evolução histórica bem como sua natureza jurídica. Na realidade, a intenção aqui é de enfatizar a maior modificação, no que pertine ao instituto da adoção de modo geral, ocorrida ao longo do tempo: ao passo que, por ocasião do seu surgimento, a adoção fundamentava-se na ideia de atender aos anseios e necessidades do adotante e não do adotado, o ordenamento jurídico em vigor busca priorizar a observância do princípio do melhor interesse para a criança e o adolescente.

No terceiro capítulo abordar-se-á o tema central de nosso trabalho, ou seja, a adoção realizada conjuntamente por pares homoafetivos, onde será abordado o papel fundamental da jurisprudência relativa ao tema, face a omissão do legislador

pátrio. Abordar-se-á ainda a necessidade do deferimento conjunto da referida adoção, mencionando, ainda que brevemente, os reflexos do ponto de vista do direito previdenciário, guarda e visitação e ainda da obrigação de prestar alimentos

Finalizando, buscar-se-á a compreensão e comprovação da necessidade do deferimento em processo de adoção por casal homossexual, considerando a igualdade alicerçada no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e ainda, os reflexos negativos que o indeferimento da adoção mencionada, hipoteticamente fundado exclusivamente no fato de os adotantes serem do mesmo sexo, haja vista o estado de abandono afetivo de uma criança que vive sob acolhimento institucional, mormente o fato de que o operador do direito deverá priorizar sempre a observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A FAMÍLIA

Não há como falar acerca do instituo da adoção, sem antes fazer um breve apanhado sobre “a família”. Dentro do contexto atual, compreende-se por família a união de pessoas estabelecidas por vínculos consanguíneos ou afetivos. Entretanto não podemos nos atrelar a uma única definição haja vista que esse assunto está em constante mutação, podendo-se afirmar que por ser algo tão complexo atualmente é impossível dar uma definição completa para família.

Assim sendo, é justo e necessário tecer uma abordagem, ainda que não extensa por deveras, da evolução histórica da família no cenário mundial, bem como no ordenamento jurídico pátrio, para que se possa compreender todo o contexto de mudanças e adaptações históricas e sociais que envolveram a instituição familiar ao longo dos tempos, até chegarmos à realidade que nos permeia.

2.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Vivemos em uma sociedade historicamente alicerçada e norteadada pelo machismo e, a instituição familiar carregou por muito tempo essas marcas, haja vista que nos primórdios, a era chefiada por uma figura masculina, um “patriarca”, e ainda originava-se por meio da poligamia, a qual lentamente cedeu seu lugar à cultura monogâmica. Posteriormente, a cultura monogâmica revestiu-se da indumentária religiosa, aderindo ao que esta pregava, ou seja, a permissão de relações sexuais somente após o casamento e casamento com finalidade única de procriação. Podemos dizer que daí surgiu a família biológica, instituída através do elo da consanguinidade.

Entretanto, com o passar dos anos, surgiu a necessidade de adaptação da família consanguínea, ou família natural, ao contexto social de cada época, o que fez com que esta fosse aos poucos se despidendo da peculiaridade do vínculo consanguíneo e constituindo-se segundo as normas culturais de cada época, passando por diversas transformações até assumir seu caráter dinâmico.

No Direito Antigo, os gregos e os romanos partilhavam a mesma visão, ou seja, eram adeptos da concepção familiar constituída através do casamento considerando a formação da prole priorizando o dever cívico desta, ideia esta que foi paulatinamente substituída pela concepção de família e casamento como meio de

perpetuação da espécie com o nascimento dos filhos.

Durante o Direito Medieval, sob a marcante influência do Cristianismo que defendia fervorosamente a prática de relações sexuais somente após o casamento bem como a celebração do casamento com finalidade única da constituição da prole, a instituição familiar passa a assumir função política, passa a ser vista como forma única de condução à filiação natural perfeita, fruto da união através do sagrado sacramento do matrimônio e toda e qualquer relação espúria era considerada ilícita posto que a igreja condenava o adultério e relações informais (pessoas adeptas a essas práticas eram taxadas de fornicadores). E, uma vez ilícita, não era reconhecida e nem condenada pelo Estado, ou seja, não era tutelada pelo ordenamento jurídico.

Ainda sobre a entidade familiar durante o período medieval, insta ressaltar que a regra sobre o direito de guarda nada mais era do que um reflexo do pátrio poder, haja vista que se havia uma figura masculina, o patriarca, a quem cabia prover o sustento dos filhos, estes ficavam sob a sua guarda, cabendo a este também prover o seu sustento.

Somente a partir do Século XIX, com o surgimento das primeiras leis civis disciplinando o casamento não religioso é que o cenário acerca do matrimônio começa a assumir novos contornos haja vista que além de disciplinar o casamento não religioso, a lei civil passa a fazer deste o único juridicamente válido.

É este cenário repleto de acontecimentos e de mudanças constantes, com destaque para a reforma protestante, a chegada de Europeus na América e a restauração de textos jurídicos clássicos, que viria a servir de palco para a codificação ainda que limitada a matéria civil, sendo um dos principais exemplos dessa época o Código Napoleônico, codificação esta, diga-se de passagem, ocorrida sob a égide do Direito Moderno.

Dentro do cenário mundial, a Revolução Industrial representa um verdadeiro “divisor de águas”, posto que durante o período que antecede a mencionada revolução, tínhamos a família realizando conjuntamente sua atividade laborativa, estando o chefe da família ou o patriarca gerenciando essas atividades, contando com sua esposa e filhos figuravam como colaboradores desse ofício, o qual geralmente era o artesanato.

Segundo a égide de Sílvio de Salvo Venosa (2006) a inserção das máquinas, ocorrida durante a revolução industrial, acabou ocasionando a desagregação do trabalho familiar, desembocando na ruína da diferença de papéis

entre seus integrantes. Essa mudança, ocorrida com a Revolução Industrial, acaba por ser o “divisor de águas”, ou marco no processo de repersonificação da família, posto que acaba provocando a necessidade da saída da mulher do seu lar para ingressar no mercado de trabalho, bem como com o envolvimento dos filhos em outras atividades laborativas, ambos com a finalidade única de completarem a renda familiar.

Os códigos novecentistas passaram a regular as relações familiares, estabelecendo a luz do individualismo jurídico importantes mudanças, as quais podemos destacar: a normatização das relações familiares, calcando-se para tanto no casamento civil; a qualificação da família legítima, o que acabou por acarretar a proscricção do concubinato; a indissociabilidade do vínculo familiar, caracterizando-se a prole uma vez que havia preferência por filhos legítimos em detrimento dos demais.

Mais adiante, ainda dentro do cenário de grandes e importantes mudanças ocorridas durante o século XIX, os movimentos de emancipação e liberação social das mulheres e jovens refletiram sobre as relações familiares de modo geral, modificando-as profundamente. As consequências de tais mudanças somente puderam ser percebidas um século após, quando a sociedade passou a mostrar-se um pouco mais complacente e condescendente ao aceitar uniões informais entre homem e mulher, bem como a possibilidade da extinção de vínculo conjugal por razões diversas da morte e do adultério. Vale destacar também o fato de que a mulher passou a gozar tanto de maior proteção, como também dos mesmos direitos dos homens.

O código Civil de 1916, elaborado dentro dos paradigmas da sociedade extremamente machista da época, ainda considerava a mulher como relativamente incapaz para prática de atos e negócios jurídicos, deixando somente de o ser com a lei 4.121./62, chamada de Estatuto da Mulher Casada.

Em 1977, ocorre um avanço significativo, com a possibilidade de se extinguir o casamento por motivo diversos da morte e adultério, com a entrada em vigor da lei 6.515/77, Lei do Divórcio.

Em 1977, as uniões livres, sob algumas circunstâncias, passaram a ser reconhecidas no direito brasileiro com a promulgação Constituição de 1988.

Pode-se perceber que a entidade familiar passou ao longo dos tempos por modificações e adaptações inerentes a qualquer processo evolutivo, ocorrendo assim o seu redimensionamento de acordo com cada época vivida dentro do contexto histórico, o que, como dito anteriormente, simboliza uma consequência natural do desenvolvimento da história da humanidade.

A família pós-moderna prima pela observância da prevalência da igualdade e liberdade dentre os membros que a compõem em detrimento do regime patriarcal até porque hoje, o patriarca inexistente em diversas famílias haja vista que na nossa sociedade, as famílias cujo núcleo é constituído por uma figura feminina tornaram-se comuns.

2.2 A FAMÍLIA NA CF DE 1988

Não seria exagero dizer que o legislador constituinte de 1988, prudentemente, positivou aquilo que de fato já existia na sociedade, ampliando o conceito de família e tutelando, de forma igualitária, todos os seus membros.

Saliente-se que, como outrora visto, não foi a partir da promulgação da Carta Magna de 1988 que a mudança na concepção de família ocorreu. A Lei Maior apenas codificou valores já sedimentados, adequando a norma à evolução da sociedade e o inegável fenômeno social das uniões de fato.

Desta monta, podemos concluir que a partir da CF de 1988 o conceito de família, para o Direito Brasileiro, passa a ter uma maior abrangência, alcançando as uniões estáveis e as famílias monoparentais, passando-se da unidade da família fundada no casamento à pluralidade de situações reconhecidas pela lei, uma vez que a Constituição Federal de 1988 representou uma inovação na forma de se compreender uma constituição familiar, como não necessariamente proveniente de um casamento formal, mas fruto de uma “união estável”, entre um homem e uma mulher, como entidade familiar protegida pelo Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, segundo o artigo 226, § 3º. A Carta Magna, reconhece também, ainda no artigo 226, §4º, as entidades familiares como sendo as decorrentes de união estável entre homem e mulher, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, conhecida como família mononuclear. Vejamos:

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

[...]

§ 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.

Assim sendo, sob essa perspectiva, o Direito de Família passa a englobar valores e princípios mais abrangentes, alcançando direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF); isonomia, ao reafirmar a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher e o tratamento jurídico igualitário dos filhos (artigo 5º, I da CF); a solidariedade social (artigo 3º, I da CF); e a afetividade que, nesse contexto, ganha dimensão jurídica.

Essas transformações são confirmadas e consolidadas pela legislação posterior a Constituição, tais como o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e as leis sobre a união estável. Os doutrinadores interpretam tais mudanças como sendo resultado das mudanças sociais ocorridas no país e no mundo nas últimas décadas, na qual o direito passa de uma política regressiva para uma progressiva, substituindo um conceito retrógrado por outro não só mais moderno e dinâmico, mas também mais justo e igualitário.

Ressalte-se que o princípio da dignidade da pessoa humana figurou como um verdadeiro vetor para a admissão da união estável e da família monoparental como entidades familiares, haja vista que foi a larga interpretação deste princípio que permitiu que o entendimento em relação à família fosse alterado, considerando-se sua constituição não somente por um vínculo jurídico, mas sim por um vínculo fático, o afeto.

No que tange a adoção homoafetiva, cabe salientar que este tema será abordado mais adiante. Por hora, cabe apenas ressaltar que Carta Magna de 1988 é totalmente omissa, dada a circunstância que ao passo que não a regulamenta, também não tece nenhuma vedação expressa à sua concessão.

3 ABORDAGEM GERAL ACERCA DA ADOÇÃO

Antes de adentrarmos especificamente na evolução histórica do instituto da adoção, é de bom alvitre frisarmos que a adoção é um instituto do direito de família cuja essência baseia-se na necessidade de formar uma família como se natural fosse, para àquele menor que por alguma razão foi despojado da convivência com a sua família consanguínea.

Presente desde a antiguidade até os dias atuais, a adoção já sofreu inúmeras reformulações até chegar-se aos ritos legais que permeiam o procedimento para sua efetivação, nos dias atuais.

3.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NO CENÁRIO INTERNACIONAL

A prática de adotar filhos alheios à família natural é uma prática que está presente desde a antiguidade, sendo que nesta época, a adoção interligava-se intrinsecamente à religião, posto que era necessário o culto aos ancestrais para que a família não se extinguisse.

Nesse sentido, preconiza Bandeira (2001, p.17):

[...] a adoção surgiu da necessidade, entre os povos antigos, de se perpetuar o culto doméstico, estando assim ligada mais à religião que ao próprio direito. Havia, entre os antigos, a necessidade de manter o culto doméstico, que era a base da família, sendo assim, a família que não tivesse filhos naturais, estaria fada à extinção.

Segundo a doutrina marjorante, o Código de Hamurabi, surgido por volta do ano 1.700 a.C. é considerado a primeira codificação jurídica a versar acerca do instituto da adoção, ao discorrer a respeito deste tema através de nove dispositivos (arts. 185 a 193). Entretanto, isto não significa que nesta época, o instituto em epígrafe possuísse qualquer formalismo ou rigor, ao contrário, o mesmo processava-se totalmente com base na informalidade, já que para caracterizar-se a adoção, bastava que qualquer pessoa desse seu nome a uma criança e a criasse como filho. Do mesmo modo, o Código de Hamurabi previa a reversão da adoção, ao permitir aos pais biológicos reclamar o filho de volta caso o pai adotivo não ensinasse um ofício ao filho adotado ou mesmo o discriminasse ou o renegasse em face dos filhos

naturais. A adoção nesta época tratava-se, por assim dizer, de uma espécie de contrato onde adotante e adotando tinham obrigações recíprocas.

O mesmo não ocorria na Grécia Antiga onde a adoção revestia-se de certa formalidade, posto que haviam normas a serem observadas, apesar de estas serem apenas de cunho religioso. Apenas os cidadãos do sexo masculino, livres, maiores de 18 anos e que tinham posses, faziam jus ao direito de adotar. As mulheres, que nessa época não eram consideradas cidadãs, não faziam jus ao direito de adotar, embora pudessem ser adotadas assim como acontecia como os homens. Entretanto, a adoção ainda não gozava de plenitude, podendo ser revogada nos casos de ingratidão.

Foi somente no Direito Romano que o instituto da adoção não só ganhou contornos mais específicos como também foi utilizada de maneira mais abrangente. Sobre a adoção na fase romana, Granato (2010, p. 38) assim se manifestou:

Além da necessidade de se perpetuar o culto doméstico e dar continuidade à família ali a adoção atingiu, também finalidade política, permitindo que plebeus se transformassem em patrícios e vice-versa, como Tibério e Nero, que foram adotados por Augusto e Cláudio, ingressando no tribunado.

Eram três as formas de adoção, segundo o direito romano: *arrogatio* (adrogção), onde ocorria a adoção de um *pater familiae* por outro *pater familiae*, juntamente com o seu patrimônio, tornando-se, por isso, um incapaz pois perdia seus bens e família para o adotante, o qual deveria ter mais de sessenta anos e ser, pelo menos, dezoito anos mais velho que o adotado; a *adoptio* (adoção), que consistia na adoção propriamente dita, uma vez que o adotando mudava de uma família para outra, sendo que o adotante deveria ser homem, com diferença de 18 anos em relação ao adotando e não possuir filhos legítimos ou adotados; e, por último, a *adoptio per testamentum* (adoção por testamento), terceira modalidade de adoção, em que os efeitos da mesma ocorriam após a morte do testamenteiro, uma vez que em Roma existia culto aos mortos, deixando, dessa forma, herança ao nome, bens e os deuses ao adotado.

Durante a Idade Média, a adoção caiu em desuso graças as invasões bárbaras ocorridas neste período, bem como em decorrência da proibição da Igreja, uma vez que esta possuía uma grande influência na sociedade da época. Durante esse período, a Igreja posicionou-se de maneira contrária a aplicação de tal instituto,

permitindo que os pais só possuíssem filhos de sangue.

Somente no Direito Francês, início da Idade Moderna, a adoção reascendeu trazida à baila novamente através do Código Napoleônico, pois o imperador Napoleão Bonaparte não tinha filhos e necessitava de um sucessor. Coube então à França ressuscitar o instituto, dando-lhe novos fundamentos e regulamentando-o no Código de Napoleão, no início do século XIX, calcando-se no interesse do próprio Imperador, o qual almejava adotar um dos seus sobrinhos. Todavia, a lei francesa da época só conheceu a adoção em relação a maiores, exigindo por parte do adotante que tenha alcançado a idade de cinquenta anos e tornando a adoção tão complexa e as normas a respeito tão rigorosas que pouca utilidade passou a ter, sendo de rara aplicação. Leis posteriores baixaram a idade exigida e facilitaram a adoção, permitindo que melhor desenvolva o seu papel na sociedade moderna.

Por fim insta mencionar, ainda que brevemente, o instituto da adoção no Direito Português, dada a influência que este veio a exercer no ordenamento jurídico brasileiro. Em Portugal, a adoção não conferia aos pais adotivos o pátrio poder. Saliente-se que do ponto de vista do direito de sucessão, o príncipe deveria autorizar a adoção para que houvesse direito à sucessão pelo adotando.

Dessa maneira, a adoção em Portugal funcionava como uma forma de pedir alimentos e só adquiria as características do direito romano com anuência do príncipe.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Os primeiro “contornos” do instituto da adoção, dentro do ordenamento jurídico brasileiro foram delineados a partir das Ordenações Filipinas e a primeira lei a versar sobre o assunto, ainda que de forma não ordenada, foi promulgada em 22 de setembro de 1828, muito semelhante ao direito português, originário do direito romano: cabia aos juízes de primeira instância tratar dos interesses das partes em audiência, havendo a expedição do que se conhecia por carta de perfilhamento. Em seguida, surgiram outros dispositivos que também trataram da adoção, como o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, a Consolidação das Leis Civis de Teixeira Freitas e a nova Consolidação das Leis Civis de Carlos de Carvalho, publicada em 1915.

O Código Civil de 1916 disciplinou a adoção no Brasil, nos termos dos artigos 368 a 378 deste diploma legal, os quais preconizavam que apenas os maiores de cinquenta anos, que não possuíssem prole legítima ou legítimada, e com diferença de idade de pelo menos dezoito anos em relação ao adotado poderiam adotar. Além disso, não havia previsão legal da adoção unilateral, uma vez que o referido diploma definia que ninguém poderia ser adotado por duas pessoas a não ser que fossem marido e mulher e ainda, a adoção deveria ser consentida pelo detentor da guarda do adotado, necessitando ainda de escritura pública para efetivar-se e mesmo efetivando-se a adoção, o vínculo com a família biológica ainda permanecia posto que os direitos e deveres do parentesco natural não se extinguíam, com exceção ao pátrio poder que era transferido para o adotante, permanecendo até mesmo o direito de receber a herança do pai biológico. Haja vista tais peculiaridades, não seria exagero frisar que embora a adoção tenha sido sistematizada, a sua função não se modificou, permanecendo idêntica a função anteriormente existente, originada do Direito Romano, ou seja, continuava a atender aos interesses dos adotantes, sem rompimento com o vínculo obrigacional com relação à família natural, e quanto aos interesses do adotado, o legislador não se preocupou, tanto que previu a possibilidade de dissolução da adoção.

No ano de 1957, o advento da Lei 3.133/57 proporcionou um relativo avanço decorrente da alteração de alguns dos dispositivos relacionados à adoção: assim a idade mínima para adotar passou a ser de trinta anos e a diferença de idade entre adotante e adotado também foi reduzida para de dezesseis anos. Com a mencionada Lei, a exigência de o casal adotante não possuir filho deixou de existir, sendo que, pois o legislador abandonou a ideia de tentar remediar a esterilidade e procurou facilitar as adoções, exigindo-se apenas a demonstração de estabilidade conjugal por um período mínimo de cinco anos de matrimônio, no intuito de assim evitar adoções precipitadas. A referida Lei também trouxe ao art. 374 do CC/16, como hipóteses para a dissolução do vínculo da adoção, o mútuo consenso das partes bem como nos casos que se admite a deserção dos descendentes por seus ascendentes: ofensas físicas; injúria grave; desonestidade da filha que vive na casa paterna; relações ilícitas com a madrasta ou padrasto e o desamparo do adotante em alienação mental ou grave enfermidade.

Outra importante inovação foi trazida pelo art. 2º da mencionada Lei, o qual autorizou ao adotado fazer uso do nome dos pais adotantes, novidade esta que

serviu para transmitir, aos olhos dos que estavam de fora, a ideia de que a prole era legítima, diminuindo assim o grande preconceito que transitava em torno dos filhos adotados.

Em 1965, outro grande avanço é introduzido com a Lei nº 4.655, considerada, diga-se de passagem, por inúmeros doutrinadores como marco na legislação brasileira, pois estabeleceu a igualdade de direitos entre filho legitimado e filho legítimo ou superveniente, chamada de legitimação adotiva. Entretanto, esta lei comportava exceção no caso de sucessão, uma vez que previa a exclusão de filho legitimado da mesma, caso concorresse com filho legítimo superveniente à adoção.

Haviam ainda requisitos que condicionavam a concretização da legitimação adotiva: esta só poderia 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 se os pais do adotado tivessem sido destituídos do pátrio poder; ou ainda, na hipótese do filho natural reconhecido apenas pela mãe impossibilitada de prover a sua criação; e, por último, no caso do menor com mais de sete anos, se já estivesse sob a guarda dos legitimantes à época em que tivesse completado essa idade.

Quanto às características atinentes ao adotante, estas permaneceram praticamente iguais, com exceção ao caso de adoção conjunta, já que passaria a haver a previsão de dispensa do prazo de 5 (cinco) anos de matrimônio desde que provada a esterilidade de um dos cônjuges por perícia médica, e a estabilidade conjugal.

A Lei 4.655/65 estabeleceu ainda irrevogabilidade da legitimação adotiva, bem como a cessação de direitos e obrigações oriundos da relação parentesco do adotado com a família de origem, após a efetivação do processo de adoção.

Em 1979 surgiu o chamado Código de Menores que se baseava na doutrina da situação irregular na qual a criança e o adolescente eram tratados como objetos do Direito, ou seja, o Direito dedicava-se a estes indivíduos somente se estivessem vivendo de forma irregular na sociedade. Com ela pôde-se observar um significativo avanço no tratamento dado pela legislação pátria à adoção, vez que concentrou a finalidade da adoção na proteção integral do menor sem família.

Em relação à adoção, o Código de Menores previa duas formas: a adoção plena e a adoção simples. A primeira caberia em favor do menor com mais de sete anos de idade se, no momento em que completasse essa idade, já estivesse sob a guarda dos adotantes, suprimindo, dessa maneira, a legitimação adotiva da Lei

4.655/65, mas mantendo a adoção regulamentada pelo CC/16, que era a adoção tradicional, chamada de simples. Extinguia todos os vínculos do adotado com a sua família biológica, mantendo-se apenas os impedimentos matrimoniais. A segunda, a adoção simples, gerava um vínculo de parentesco civil de efeitos limitados e sem total desligamento do adotado da sua família de sangue, já que era revogável pela vontade das partes e não cessava os direitos e obrigações resultantes do parentesco natural .

A adoção plena era, na doutrina de Diniz (2010, p.524):

[...] era a espécie de adoção pela qual o menor adotado passava a ser, irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho dos adotantes, desligando-se de qualquer vínculo com os pais de sangue e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Essa modalidade tinha por fim: atender o desejo que um casal tinha de trazer ao seio da família um menor que se encontrasse em determinadas situações estabelecidas em lei, como filho e proteger a infância desvalida, possibilitando que o menor abandonado ou órfão tivesse uma família organizada e estável.

Gonçalves (2007, p. 341) muito bem distinguiu a adoção simples da adoção plena, vejamos:

Enquanto a primeira dava origem a um parentesco civil somente entre adotante e adotado sem desvincular o último da sua família de sangue, era revogável pela vontade das partes e não extinguiu os direitos e deveres resultantes do parentesco natural, como foi dito, a adoção plena, ao contrário, possibilitava que o adotado ingressasse na família do adotante como se fosse filho de sangue, modificando-se o seu assento de nascimento para esse fim, de modo a apagar o anterior parentesco com a família natural

É óbvio que os dois institutos apresentavam características dissonantes, sendo a mais marcante o fato de que enquanto a adoção plena extinguiu os vínculos do adotado com a sua família natural, a civil o mantinha. Mas mesmo dissonantes, possuíam uma particularidade em comum, que era a discriminação entre o filho oriundo do parentesco civil e a prole decorrente do parentesco consanguíneo, discriminação esta que somente viria cessar no ano de 1988, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual através do seu art. 227, §5º e 6º, disciplinou que 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, tornando-se, portanto irrevogável.

Outra grande modificação ocorreu em 1990, com a promulgação Lei 8.069, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, uma das mais modernas dentre as legislações voltadas ao tratamento da criança e adolescente do Mundo, passando a adoção de crianças e adolescentes a serem regidas por este estatuto, enquanto a adoção de adultos ficou sendo regida pelo Código Civil.

Foi a partir do ECA que passou haver a obrigatoriedade da sentença judicial para a efetivação do processo de adoção, extinguindo-se a utilização de escritura pública nos casos que havia autorização, ou seja, nas situações de abandono do menor e que a mãe ou os pais expressassem vontade de entregá-lo a um determinada pessoa ou casal.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o Poder Público passou a ter efetiva participação no processo da adoção e, sem dúvida, a principal inovação foi a redução da maioridade civil para 18 (dezoito) anos, que conseqüentemente, passou a ser tida como idade mínima para ser adotante.

Finalmente, a Lei 12.010, intitulada Lei Nacional da Adoção, estipulou que as adoções passariam a ser regidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com algumas ressalvas próprias da adoção de adultos. Apesar dessa denominação, a Lei tem como escopo principal a convivência familiar, priorizando a manutenção da criança e do adolescente em sua família, natural ou extensa. Esgotadas as tentativas de manter o adotando em família consanguínea, a adoção, que é uma das formas da colocação do assistido em família substituta, entra em cena como objetivo secundário daquele diploma legal, devendo ser obedecido o cadastro único de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e também de pessoas que se dispõem a adotá-las.

Deve ser destacada a observância do princípio do melhor interesse da criança, uma vez que o parágrafo único do art. 100 do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente – proclama que são também princípios que regem a aplicação das medidas de proteção, dentre outros, o “IV – interesse superior da criança e do adolescente”, reiterando o conteúdo do revogado art. 1625 do Código civil de 2002, no sentido de que “somente será admitida a adoção que constituir benefício para o adotando”.

3.3 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O termo adoção é originado do latim *adoptio*, que significa "ato ou efeito de adotar". Juridicamente falando, podemos definir a adoção como sendo o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de seu filho, pessoa a ela estranha, criando com esta um vínculo jurídico que confere parentesco civil em linha reta de primeiro grau entre adotante e adotado.

Maria Helena Diniz, por sua vez, apresenta extenso conceito baseado nas definições formuladas por diversos autores: "Adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha".

Denomina-se como adoção conjunta aquela realizada pelo casal, independente do estado civil, explicitando a lei as situações em que tal é possível. É de bom alvitre salientar essa situação fática para distinguir da adoção unilateral, a qual é admitida pela legislação pátria e que se perfaz quando apenas um indivíduo a pleiteia, não havendo destituição do poder familiar de um dos pais ou do único genitor. Ou seja, o cônjuge ou companheiro adota o filho do outro, passando a ser juridicamente pai ou mãe de seu enteado.

Há divergência na doutrina ao estabelecer uma noção com valor universal e permanente acerca da natureza jurídica da adoção. Discute-se ser contratual, ato solene, filiação criada pela lei, ou instituto de ordem pública, de modo que a doutrina não compartilha de um entendimento uníssono neste aspecto.

Alguns doutrinadores defendem que a adoção possui natureza contratual, afirmam que, para que ela se concretize, basta a manifestação das partes no sentido de adotar e ser adotado, tornando-se, assim, um ato bilateral precursor de um contrato, havendo também o entendimento por parte de outros que não levam em consideração o fato de que, para que a adoção se efetive, necessário se faz o atendimento de alguns requisitos, como, por exemplo, sentença judicial, de modo que a simples vontade das partes não torna concluída a adoção.

Dadas as divergências, classificar a adoção como contrato, ato, ficção ou instituição reduzem a natureza jurídica do mesmo, afastando-o da realidade a que deve servir e o distanciando de seus fins.

Entretanto, apesar das divergências, é certo que para a formalização da adoção, inicialmente deve existir a questão contratual calcada na livre vontade das partes, vontade esta que será a propulsora do processo judicial, onde serão apuradas todas as questões legais que cercam o instituto. Assim, somente após o início do procedimento através da manifestação da vontade das partes, concluído pelo devido processo legal, tem-se por realizada a adoção.

Dentro deste condão, é sábio afirmar que a adoção apresenta natureza jurídica híbrida, pois somente com a soma de vários requisitos ela pode se tornar possível, uma vez que a simples vontade das partes não é o suficiente para que ela se conclua.

3.4 O PASSO A PASSO DO PROCESSO DE ADOÇÃO, NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dentro do ordenamento jurídico pátrio, podem adotar todas as pessoas civilmente capazes, com idade superior a 18 anos e de qualquer estado civil, sendo que se o adotante tiver menos de 18 anos, a adoção será nula por violação de requisito legal essencial, não podendo ser sanada ao atingir essa idade. Também deve ser observado o requisito essencial de que a diferença de idade entre o adotante e o adotado seja de 16 anos, sendo permitida a adoção de pessoas maiores, observados a diferença de idade.

Não podem adotar os maiores que não possuem discernimento para a adoção, ou aqueles que não tiverem condições de expressar sua vontade, mesmo por causa transitória, (art. 5º). Ante a natureza do ato, que supõe inserção em ambiente familiar saudável, propiciadores do pleno desenvolvimento humano, do filho, estão impedidos de adotar os ébrios habituais e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, considerados relativamente incapazes (art. 4º).

Para a realização da adoção, faz-se mister que haja o consentimento expresso dos pais ou do representante legal do adotando, o qual somente será dispensando se aqueles forem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

É de bom alvitre frisar que, tratando-se o adotando de menor que já conte com doze anos de idade, este deverá ser ouvido, sendo necessário seu consentimento para a adoção.

O processo de adoção inicia-se basicamente, como qualquer processo, através de uma petição em nome dos interessados, que pode ser feita por defensor público ou advogado particular para dar entrada nos papéis necessários e aguardar a aprovação. Feito isto, os interessados deverão fazer um curso, oferecido pela Justiça da Infância e juventude, de preparação psicossocial e jurídica para serem considerados aptos a adotarem uma criança. Neste estágio, os pretensos adotantes passarão por uma entrevista técnica, em que descreverão o perfil da criança que desejam adotar: sexo, faixa etária, estado de saúde, se tem irmãos. Após a avaliação e entrevista, o pedido será enviado ao Ministério Público. Caso seja aprovado, os interessados terão o nome inscrito no cadastro nacional de adoção. Surgiu uma criança com o perfil desejado, então a Vara de Infância entrará em contato e apresentará o histórico de vida da criança. Caso interesse, eles marcarão um primeiro encontro entre pretensos adotantes e criança. Após o primeiro encontro, os adotantes e a criança, caso seja maior de 12 anos, serão entrevistados para saber se ambos querem dar continuidade ao processo, sendo que os interessados poderão fazer visitas à criança no abrigo onde ela vive e até dar pequenos passeios monitorados para que vocês se conheçam melhor. Uma vez que tudo corra bem, os adotantes ajuizarão a ação de adoção e receberão a guarda provisória até o final deste processo. Até a conclusão, a equipe técnica continuará realizando visitas periódicas para apresentar uma avaliação. O juiz dá a sentença de adoção e a partir daí, determina a lavratura do novo registro de nascimento, já com o sobrenome da nova família. O primeiro nome da criança também poderá ser trocado e ela passa a ter todos os direitos de um filho biológico.

Outra inovação interessante trazida pelo ECA foi a obrigatoriedade do estágio de convivência, estabelecido pelo art. 46 do referido diploma.

O estágio de convivência ocorrerá em prazo fixado pelo juiz, precedendo a adoção, com o desiderato de que esta seja melhor aferida por todos os envolvidos, em especial o adotado, e pelo juiz. Será facultada a sua dispensa para criança com até um ano de idade ou quando já estiver em companhia adotante. Quando se tratar de adoção por estrangeiro residente fora do País, o estágio será de no mínimo quinze dias para criança de até dois anos, e trinta dias para criança de mais de dois anos, cumprido no território brasileiro.

Como já dito anteriormente, conforme reza o artigo 48 do ECA, a adoção é irrevogável, ainda que os adotantes venham a ter filhos naturais, tendo em vista que

o adotado está equiparado a estes, possuindo os mesmos direitos, inclusive os sucessórios (artigo 41 do ECA). Uma vez estabelecida à adoção, a sentença de adoção somente pode ser rescindida de acordo com os princípios processuais. A morte dos adotantes ou do adotado não restabelece o vínculo originário com os pais naturais (art. 49).

Na hipótese de a primeira adoção não ser bem sucedida, perante a impossibilidade de sua revogação, o menor pode ser adotado novamente, obedecendo-se os requisitos legais.

A sentença que concede a adoção é de natureza constitutiva, passando a produzir seus efeitos a partir do trânsito em julgado (efeitos ex nunc) e consequente averbação no Cartório de Registro Civil (artigo 10, III do Código Civil), comportando uma única exceção: o falecimento de um dos adotantes durante o curso do processo, caso em que os efeitos serão produzidos a partir de seu óbito (efeitos ex tunc). É o que se denomina de “adoção póstuma”

Os principais efeitos da adoção podem ser de ordem pessoal e patrimonial. Os de ordem pessoal dizem respeito ao parentesco, ao poder familiar e ao nome, com a ruptura do vínculo biológico com os pais e parentes naturais; transferência do pátrio poder ao adotante; a inscrição no registro civil constará os nomes do adotante como pais, bem como de seus ascendentes; conferência ao adotado do sobrenome do adotante, bem como a possibilidade deste, desde que a seu pedido, de alterar seu prenome. Os de ordem patrimonial concernem aos alimentos e ao direito sucessório, haja vista que o adotado passa a ser herdeiro legítimo do adotante e também passará a existir o dever de prestação de alimentos entre ambos.

O ordenamento jurídico em vigor, diferentemente de outrora, permite que o filho adotado, na hipótese de desconhecer seus pais biológicos, poderá ingressar com ação de investigação de paternidade, porém não ensejará ruptura da filiação estabelecida pela adoção. Considera-se que tal ação é um direito do adotado de conhecer sua identidade biológica ou genética, a fim de saber da saúde de seus pais, verificando, assim, a necessidade de prevenir moléstia física ou mental.

4 ADOÇÃO POR PESSOAS DO MESMO SEXO

A adoção por casais homoafetivos gera empatia por parte de alguns, os quais procuram vislumbrar a questão do melhor interesse do menor, e antipatia por parte de outros, estes presos nas garras de um preconceito sem limites que não permite considerar a situação em si, mas que mantém o foco na opção sexual dos adotantes. Assim sendo, este tema tem sido alvo de discussões em uma série de países, sendo esse assunto um tanto polêmico. Entretanto, a adoção, a exemplo do que ocorreu com a união homoafetiva, hoje já pacificada, encontra amparo jurídico no ordenamento de alguns países.

A aceitação aqui mencionada demonstra que, felizmente, a homoafetividade vem alcançando aceitação e respeito, sendo os reflexos do reconhecimento da união homoafetiva ponto de extrema relevância também quando falamos sobre adoção homoafetiva, porquanto da mesma maneira que casais hetero afetivos buscam a realização do sonho de estruturar uma família com a presença de filhos, os casais homoafetivos também lutam por esse direito.

A nossa legislação não veda expressamente a adoção por pessoa homoafetiva, pois a opção sexual do adotante não pode ser causa de impedimento para que ele possa adotar uma criança ou adolescente. Em contrapartida, também não a disciplina nem regulamenta expressamente, ficando o deferimento ou não desta a mercê do julgador.

Considerando o cenário mundial, temos uma situação de extremos já que ao passo que alguns países, a exemplo dos nórdicos, aceitam a união homoafetiva juntamente com a adoção, como na Dinamarca, em outros países, como os mulçumanos, a união homoafetiva é condenada até mesmo com pena de morte.

No Brasil, embora exista já há algum tempo a discussão do tema, ainda não há lei específica acerca da adoção homoafetiva, sendo a regulamentação deste tema extremamente necessária e quiçá até eminente, haja vista, como outrora dito, a pacificação da união homoafetiva.

Insta enfatizar novamente que, como outrora mencionado, embora o legislador seja omissivo, o sistema jurídico como um todo permite, ainda que subjetivamente, a adoção por homossexuais, haja vista a inexistência expressa de vedação. Ainda que não haja norma regularizadora, temos notícias de vários casos de adoção conjunta por homossexuais. Como a importante decisão do STJ, que

manteve a adoção de duas crianças por um casal de mulheres.

4.1 O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NO DEFERIMENTO DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA

O papel da jurisprudência tem ocupado uma posição de grande relevância no deferimento de adoção pleiteada por casais homoafetivos, visto que tais decisões têm efeito vinculante, ou seja, a decisão deve direcionar os trabalhos dos integrantes do Poder Judiciário, como ocorreu com a Decisão do STF que deferiu o reconhecimento da união estável entre homossexuais. Tais decisões, ao tempo que colocam fim a possíveis inseguranças jurídicas, também geram polêmica por não estarem ainda pacificadas.

O Estado do Rio Grande do Sul tem assumido papel pioneiro quanto a este tema, haja vista que a Jurisprudência tem se mostrado favorável a adoção conjunta por pares homoafetivos. Nesse cenário, destaca-se a desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, exímia defensora do deferimento à adoção homoafetiva, a qual chegou a afirmar que caso haja um casal homoafetivo e a adoção seja deferida individualmente ela será deferida pela metade.

No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal sabiamente reconheceu a união estável homoafetiva conforme a ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, reconhecendo assim o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. Segue a ementa do Julgamento:

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto

da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

Não seria exagero afirmar que este reconhecimento foi, do ponto de vista jurídico, o primeiro passo para a derrogada definitiva das barreiras sociais e morais que insistiam em isolar a realidade dos relacionamentos homoafetivos, e, por conseguinte, da família homoafetiva.

4.2 OS REFLEXOS DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA SOBRE A ADOÇÃO CONJUNTA

Não há como o reconhecimento da união estável homoafetiva no Brasil, deixar de refletir positivamente acerca da adoção conjunta de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, tendo em vista que tal adoção encontrava não impedimento, mas um pequeno óbice na Lei 8.069, a qual preconiza em seu artigo 42 parágrafo que: “§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”.⁹³

Uma vez reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo bem como o casamento entre estas, teoricamente, não deveria haver óbice a adoção conjunta de crianças ou adolescentes por pares homoafetivos, constituindo qualquer impedimento nesse sentido em uma situação de flagrante discriminação e desrespeito ao que dispõe a nossa Constituição Federal de 1988, tendo em vista que conforme o artigo 3º, IV, determina que: “Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No artigo 5º, podemos observar o Princípio da Igualdade”:

Art. 5º 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;

Data vênia, os requisitos legais não insetos no artigo 42 da Lei 8.069, não fazem menção ao sexo dos adotantes, sendo as mesmas exigências para casais heterossexuais como homoafetivos: estar em situação duradoura, onde os companheiros cumpram com os deveres de fidelidade e assistência recíproca convivendo em um ambiente digno e tranquilo que proporcione um desenvolvimento saudável e tranquilo para a criança ou adolescente e que principalmente ofereça real vantagem para o adotando. Assim, a adoção deverá ser deferida, mesmo que a contra gosto de muitos, pois esta deve ser direcionada a favor do melhor interesse da criança e do adolescente.

As pessoas integrantes de um casamento ou de uma união homoafetiva, a exemplo do que ocorro com qualquer casal heterossexual, também passam a constituir uma entidade familiar, dessa forma deverão suprir o anseio de consolidação de uma família, sendo a adoção de filhos uma das possibilidades viáveis para suprir esse anseio.

4.3 PECULIARIDADES DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Contrariando àquilo que algumas pessoas cheias de preconceito pensam, pesquisas já comprovam que crianças que vivem em lares homoafetivos não apresentam qualquer tipo de comprometimento ou mesmo problemas em seu desenvolvimento psicossocial, quando comparados com crianças criadas por pais heterossexuais. Ora, o que ira influenciar nessas características será o ambiente e estrutura familiar da criação dessas crianças.

Dentro desta égide, Psicóloga Cintia Liana expressa a seguinte opinião:

[...], a crença generalizada de que essa configuração familiar poderá ser prejudicial ao desenvolvimento psicossociológico “normal” das crianças. Questiona-se se a ausência de modelo do gênero masculino e feminino pode, eventualmente, tornar confusa a própria identidade sexual, havendo o risco de a criança tornar-se homossexual. Aí se confunde sexualidade com função parental, como se a orientação sexual das figuras parentais fosse determinante na orientação sexual dos filhos. A função parental não está contida no sexo, e, sim, na forma como os adultos que estão no lugar de cuidadores lidam com as questões de poder e hierarquia no relacionamento com os filhos, com as questões relativas a problemas disciplinares, de controle de comportamento e de tomada de decisão. As atitudes que compõem a função parental são responsividade que favorece a individualidade e a auto-afirmação por meio de apoio e aquiescência, exigência que nada mais é do que atitude de supervisão e de disciplina para com os filhos. Essas atitudes não estão relacionadas ao sexo das pessoas.

Faz-se mister ao ato de o Magistrado, revestido da função de operador do Direito, deferir a adoção de um menor ao um casal homoafetivo é a observância estrita de que a família adotante dedique ao adotado educação e amor. Dessa forma, qualquer casal independente da orientação sexual, tem o dever e a obrigação de estimular a construção do caráter e personalidade do adotado, oferecendo a este um ambiente familiar sadio, estruturado e que lhe proporcione um desenvolvimento físico e mental salutar.

E possível até mesmo enfocarmos verdadeiras vantagens acerca de crianças adotadas por homossexuais, haja vista que estas crianças possivelmente serão orientadas desde cedo a compreender que o amor independe de características físicas e sexuais, aprendendo a aceitar a relação dos pais ou das mães de forma natural, compreendendo que seus “pais” o amam como quaisquer pais heteros. Poderíamos até mesmo dizer que Com a convivência com pessoas do mesmo sexo a criança adquire características de uma pessoas mais fraterna e tolerante e ao crescer, a criança se se tornaria uma pessoa mais compreensiva.

Ao longo do tempo, esse tipo de adoção poderia exercer grande influência na relação de preconceito de nossa sociedade, pois esse trabalho de conscientização e tolerância seria feito o inicio da formação da criança ou do adolescente. Com o decorrer dos anos a sociedade viria a entender que um casal homoafetivo é capaz de criar filhos e quanto ao filho, aceitaria ao próximo independentemente da orientação sexual.

Em suma, ao se deferir uma adoção o que dever ser levado em consideração é o melhor interesse da criança ou adolescente e não o sexo dos adotantes, já que são recorrentes os casos de casais heteros que privam crianças e adolescentes de direitos fundamentais como saúde, alimentação e principalmente à vida.

4.4 POSICIONAMENTO DO STF

Com a sociedade brasileira mudando e evoluindo rapidamente, nunca se viu tanto desejo por parte de alguns cidadãos de assumir sua orientação sexual bem como fazer jus a seus direitos, o que acabou por levar o Supremo Tribunal Federal a desempenhar seu papel nesse sentido, haja vista que este passou a reconhecer as uniões homoafetivas, para que estas finalmente não se sintam mais excluídas social

e moralmente, dando-lhes dignidade, igualdade e liberdade, como se observa a seguir:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. **O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa.** Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação

não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

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

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

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. **Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme a Constituição”.** Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado 40 que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341) (ALMEIDA, 2013).

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, assim como as ministras Carmen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, ao reconhecerem as uniões homoafetivas, interpretaram a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, reconhecendo assim a liberdade que as pessoas têm de escolherem a própria orientação sexual, manifestando-a livremente sem terem que temer discriminação ou mesmo repúdio social e moral.

4.5 CONSIDERAÇÕES SOBRE LEI DE REGISTROS PÚBLICOS

A Lei dos Registros Públicos busca atualmente adequar as novas situações fáticas à realidade social, descrevendo assim em seus artigos as exigências formais de qualquer pessoa quanto ao seu registro civil.

Gonçalves (2010, p.148-149) menciona que:

O aspecto público decorre do fato de o Estado ter interesse em que as pessoas sejam perfeita e corretamente identificadas na sociedade pelo nome [...] nome como elemento individualizador da pessoa [...] integra a personalidade [...] e indica sua procedência familiar. Nome é a designação ou sinal exterior pelo qual a pessoa identifica-se no seio da família e da sociedade.

Possuindo exigências meramente formais, a Lei 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos, não faz óbice sobre que o registro indique como pais duas pessoas do mesmo sexo.

Já o ECA apenas prevê, no art. 47, que “o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”. O parágrafo 1º do mesmo artigo também não trás nenhuma proibição, com base no sexo biológico: “a inscrição consignará o nome dos adotantes” ou de adoções deferidas a uma pessoa solteira, fazendo-se constar somente o nome de apenas uma pessoa como pai ou mãe, não há porque haver resistência em formalizar os nomes de duas pessoas como pais ou mães, somente por serem do mesmo sexo.

Assim sendo, o campo da filiação, na certidão de nascimento do adotado, poderá ser preenchido por dois pais ou duas mães, ou um pai e uma mãe, preservando assim princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana e os assegurando aos casais homoafetivos adotantes e a seus adotados.

4.6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A adoção por casais homossexuais é uma questão polêmica e pautada por discriminações sociais, razão pela qual resta aos casais recorrerem ao Judiciário na busca por um tratamento isonômico, priorizando o melhor interesse para as crianças e os adolescentes.

Na vanguarda deste tema está o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do qual podemos extrair um acórdão pioneiro, admitindo a adoção por casal formado por duas pessoas do mesmo sexo, conforme a ementa:

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por duas 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 assegurado aos direitos das crianças e dos adolescentes. Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e os adotantes”. (APELAÇÃO CÍVEL SÉTIMA CÂMARA CÍVEL Nº 70013801592, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luis Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006) (CUNHA, 2010).

Segue abaixo a decisão favorável à adoção:

STJ – Recurso Especial REsp 889852 RS 2006/0209137-4 (STJ)

Data de Publicação 10/08/2010

Ementa: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRECINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

Como mencionado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceu a união homoafetiva e sua inclusão como entidade familiar, julgando a ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, passam os homossexuais a partir dessa decisão, em tese, a usufruir dos mesmos direitos dos casais heterossexuais.

Ora, ao falar de adoção, o cerne da questão jamais deveria ser o sexo dos adotantes, e sim, aquilo que é melhor para o adotado, considerando como prioridade o bem estar deste e a “garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes” (art.1º da Lei nº 12.010/2009), devendo toda decisão judicial deve ser despida de qualquer preconceito.

Nesse sentido vê-se em Venosa (2003, p. 315):

A adoção é uma modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural, sendo conhecida como filiação civil porque não resulta de uma relação biológica, mas sim de uma manifestação de vontade sustentada em uma relação afetiva entre o 45 adotante e adotado. Assim, a pessoa passa a ter status de filho independente de uma relação biológica.

Quando um casal hetero ou homoafetivo, decide adotar uma criança ou adolescente, ele tem por objetivo oferecer o melhor, não distinguindo o amor que tem a oferecer, por ser filho (a) de sangue (biológico) ou do coração (adotado). Independente de ser homo ou hetero, o processo de adoção será o mesmo, serão os mesmos requisitos legais, as mesmas exigências.

Como nota-se em Fiúza e Poli, (2013, p. 28):

Cada vez mais indivíduos homossexuais estão assumindo sua orientação sexual e buscando a realização do sonho de estruturar uma família com a presença de filhos. Vã é a tentativa de negar ao par o direito à convivência familiar ou deixar de reconhecer a possibilidade de crianças viverem em lares homossexuais.

E é nisso, que muitas decisões judiciais tem se pautado, oferecer o melhor para quem, talvez até o momento de ser adotado ainda não teve uma família que acolha integralmente.

E, apesar de ter assumido papel pioneiro, o TJ/RS não é mais o único a proferir decisões favoráveis à adoção homoafetiva, o que devem gerar jurisprudência para outros casos que envolvam adoções de crianças ou adolescentes por casais homoafetivos em todo o país.

O que se observa é que o que deve permear as relações é o afeto, o respeito, a solidariedade, a compreensão etc, e isso não é algo nato no ser humano, mas é desenvolvido. Sendo assim, há que ser permitido, que pessoas dispostas a oferecerem o melhor para tantas crianças e adolescentes, possam fazê-lo independente de sua orientação sexual, visto não ser esta a que define amar mais ou menos.

4.7 OUTRAS CONSIDERAÇÕES

Do ponto de vista do melhor interesse do menor, faz-se necessária a consideração de outros aspectos.

Imaginemos a situação hipotética de uma casal homoafetivo vivendo em união estável há vários anos. Um dos pares adota legalmente uma criança, constituindo legalmente vínculo com esta, muito embora o vínculo afetivo tenha sido ao longo dos anos solidamente constituído em relação a ambos os pares. Pois bem, o par que provinha o sustento da família, com quem a criança não possuía vínculo legal, vem a falecer. Do ponto de vista previdenciário, com base nessa situação hipotética, conclui-se que o maior lesado é a criança, a qual mantinha vínculos afetivo e de dependência financeira com aquele que, por falta de previsão legal expressa, não pôde adotá-la legalmente.

Ainda considerando a mesma situação hipotética, imaginemos que haja não o falecimento do par em questão, mas a separação do casal. Como este poderia pleitear, em Juízo, a guarda da criança? Ou ainda, como poderia reivindicar a regulamentação de visitas? E a criança, como poderia pleitear em Juízo, pensão alimentícia?

O rol de prejuízos não cessa por aí, se considerarmos também o direito de sucessão.

Assim sendo, conclui-se que a sociedade atual não pode mais fechar os olhos para a homoafetividade, não no contexto atual, haja vista que não é a orientação sexual que define a pessoa, mas o seu caráter e até porque, continuar negando o direito dos casais homoafetivos adotarem, é aumentar o número de crianças e adolescentes abandonados, tragados pelas drogas, prostituição, pedofilia, enfim, explorações de todo tipo, contribuindo para formar uma sociedade sem princípios, mesmo quando se tem a chance de buscar a elevação da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

A família é considerada pela Constituição Federal no artigo 226 como a base da sociedade. Por essa razão conta com proteção constitucional, todavia sua conceituação ganhou amplitude por surgirem novas concepções de grupos familiares que foram acarretados pelas constantes mudanças sociais sofridas no decorrer dos tempos. Mudanças essas advindas da necessidade de atender a evolução da sociedade. Um claro exemplo dessas mudanças é o reconhecimento do casamento homoafetivo que reforça o reconhecimento da união homoafetiva como instituição familiar. Esse entendimento tem grande importância para a adoção por pares homoafetivos, já que, elimina a ideia de que um casal homoafetivo não poderia adotar por não ser reconhecido como instituição familiar.

Outra Evolução importantíssima é o surgimento do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente que traz o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Esse princípio visa primordialmente favorecer a criança e o adolescente de forma excepcional.

A adoção é medida excepcional que só pode ser deferida após cessar todas as possibilidades de retorno da criança e adolescente à sua família natural ou extensa. Ao deferir a adoção levar-se-á em consideração os requisitos do adotante, por não está especificado na lei, a orientação sexual do adotante não é fator impeditivo ao uso do direito de adotar crianças e adolescentes. Sendo assim, como já é possível verificar-se pela jurisprudência a adoção conjunta por pares homoafetivos não tem vedação legal.

Quanto ao caráter de medida excepcional que é, a adoção visa inserir crianças e adolescentes destituídos do poder familiar em uma nova família que lhe possa proporcionar amor e afeto. A adoção é um ato responsável e consciente que independe de orientação sexual, tanto com pais homossexuais como com heterossexuais existe a criação de vínculos afetivos recíprocos entre filhos e pais.

Ao se deferir uma adoção independentemente da orientação sexual dos adotantes analisa-se o melhor interesse da criança e do adolescente. A eles é garantido a proteção dos direitos de forma integral pelo Estatuto da Criança e Adolescente com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O fato de uma criança permanecer por anos em uma fila de adoção já é, por si só, uma grande agressão a sua formação psicológica. No nosso país, a grande

maioria das crianças que aguardam adoção, permanecem em instituições de acolhimento, sendo raríssimos os casos daquelas que tem a sorte de ficar sob cuidado de famílias guardiãs.

Ora, não é o ECA que assevera, através do seu art. 3º que “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”? Diante disso, o ato de indeferir a adoção pleiteada em juízo por pessoas do mesmo sexo torna-se flagrante desrespeito aos princípios do melhor interesse do menor, bem como o da dignidade da pessoa humana.

Aliás, a dignidade da pessoa humana é um direito constitucionalmente declarado e garantido e dentro da égide da proposta aqui apresentada, pode-se ter essa dignidade como o direito ao respeito que todas as pessoas merecem independentemente de sua orientação sexual. Entretanto, no nosso cotidiano contempla-se inúmeras e graves situações de discriminação, entre elas a discriminação sofrida por pessoas homossexuais, muito embora, ao se falar em adoção, o que realmente deve ser avaliado é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus adotantes.

Ademais, diante de todo o exposto, conclui-se ser possível e saudável a adoção por casais homoafetivos, preservando-se o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, uma vez que, juridicamente, não há vedação expressa ao direito de adoção às pessoas que tenham união homoafetiva.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Marcos. **Adoção na prática forense**. Ilhéus: Editus, 2001.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 25 jan. 2014.

BRASIL. **Lei nº. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 07 mar. 2014.

CUNHA, Anna Mayara Oliveira. **Adoção por casais homoafetivos**: do preconceito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n.79, ago 2010. Disponível em: [HTTP://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8165](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8165)> Acesso em: 19 mar. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5. Direito de Família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIÚZA, César; POLI, Luciana Costa. A ampla possibilidade de adoção por casais homoafetivos face às recentes decisões dos tribunais superiores. **Revista Síntese – Direito de Família**. n.132, fev/mar. 2013.

FOLHA de S.Paulo. **Justiça gaúcha facilita adoção por casais gays**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1506200808.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção doutrina e prática**: com comentário à nova lei da adoção. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

LIANA Psicóloga Cíntia. **A Adoção em famílias homoafetivas**. Disponível em: <<http://psicologiaeadocao.blogspot.com.br/2010/05/adocao-em-familias-homoafetivas.html>>. Acesso em: 25 mar. 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Max Linomad, 1947.v. I-III, p.177.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ mantém adoção de crianças por casal homossexual**. Disponível em:http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96931>. Acesso em: 16 fev. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.