

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

DYANA LAURINDA SILVA

O PROCESSO DE ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO: UMA REVISÃO
BIBLIOGRÁFICA DO TEMA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RUBIATABA-GOIÁS

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO



Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

DYANA LAURINDA SILVA

O PROCESSO DE ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO: UMA REVISÃO
BIBLIOGRÁFICA DO TEMA

Monografia apresentada à Facer – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba –, como requisito para a obtenção do grau de Bacharela em Direito, sob a orientação do professor Samuel Balduino Pires da Silva. Especialista em Direito Civil e Processo Civil.

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

5-38907

Tombo nº	19191
Classif.:	
Ex.:	1
Origem:	d
Data:	14-02-13

RUBIATABA-GO
2012

FOLHA DE APROVAÇÃO

DYANA LAURINDA SILVA

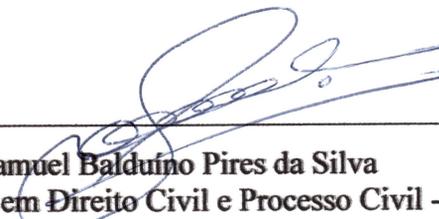
O PROCESSO DE ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO: UMA
REVISÃO BIBLIOGRÁFICA DO TEMA

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

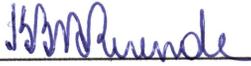
Orientador: _____


Samuel Balduino Pires da Silva
Especialista em Direito Civil e Processo Civil - PUC

1º Examinador: _____


Valtecino Eufrásio Leal
Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento - PUC

2º Examinador: _____


Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende
Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil - PUC

Rubiataba, 2012.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, Divino Porfirio da Silva, pelo amor, educação e carinho, bem como pelo incentivo de sempre buscar a realização de meus sonhos.

A minha mãe Jorgete Ribeiro Cardoso Silva (*in memoriam*), cujo exemplo de vida familiar tornou-se motivo de orgulho para todos os que com ela tiveram a felicidade de conviver. Saudades eternas!

Aos meus irmãos, pelo apoio que me foi dado durante o percurso de vida acadêmica e acima de tudo pela amizade de vocês.

Ao meu esposo Marcello Borba Farias, pela paciência e compreensão em todos os meus momentos de ausência.

Ao meu professor orientador Samuel Balduino Pires da Silva, que com muita dedicação, paciência e principalmente conhecimento, me ajudou no desenvolvimento desta pesquisa.

Aos meus colegas e agora amigos, pessoas maravilhosas que pude conhecer nesta etapa da minha vida, e que independentemente da distância e do rumo que as nossas vidas tomarem, eu jamais os esquecerei.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, Divino Porfirio e Jorgete Ribeiro (*in memoriam*), pessoas que me ensinaram o valor da vida e a importância dos estudos.

O bonito do mundo é isto:
que as pessoas não estão sempre iguais, não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando.

Guimarães Rosa

RESUMO: A temática tratada nesta monografia é assunto de amplas divagações na doutrina, surgindo assim várias opiniões por juristas e doutrinadores de renome. Sem dúvida, o cerne do debate compreende a possibilidade jurídica da adoção por casal homoafetivo. Entretanto, é a atual Constituição da República o pilar de apoio a todos os movimentos que se dedicam ao estudo da matéria. Esta monografia, por sua vez, teve como objetivo compreender juridicamente o processo de adoção por casal homoafetivo. Assim buscou-se apresentar, mesmo que de maneira modesta, as principais opiniões e discussões frequentemente levantadas sobre o tema. Assim usou-se a pesquisa bibliográfica para a seleção e apresentação das ideias dos brilhantes autores consultados.

Expressões e palavras-chave: Adoção. Casal homoafetivo. Possibilidade jurídica.

ABSTRACT: The topic addressed in this monograph is the scene of extensive wanderings in doctrine, giving rise to various opinions of jurists and scholars of repute. Undoubtedly, the heart of the debate is the possibility of legal adoption by couples homoafetivo. However, is the current Constitution of the Republic pillar of support to all movements that are dedicated to the study of matter. This monograph, in turn, aimed at understanding the process of legally adopting homoafetivo per couple. So we tried to present, albeit in a modest way, the main opinions and discussions on the topic frequently raised. So used to the literature for the selection and presentation of the ideas of brilliant authors consulted.

Expressions and keywords: Adoption. Couple homoafetivo. Legal possibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. ESBOÇO HISTÓRICO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO.....	15
1.1 <i>A evolução histórica do instituto da adoção no Brasil</i>	19
2. ASPECTOS CONCEITUAIS E JURÍDICOS DA ADOÇÃO.....	25
2.1 Breve abordagem conceitual do termo.....	25
2.2 <i>A adoção na Constituição Federal brasileira de 1988</i>	27
2.3 <i>A adoção no Código Civil de 2002</i>	27
2.4 <i>A adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente</i>	28
2.5 <i>A adoção na Lei nº 12.010/09</i>	32
3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO CONTEXTO DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.....	35
3.1 O princípio da igualdade.....	35
3.2 O princípio da dignidade da pessoa humana.....	37
3.3 <i>O princípio da convivência familiar</i>	40
3.4 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	42
4. POSSIBILIDADES JURÍDICAS DA ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS.....	45
4.1 Possibilidades jurídicas da adoção por casais homoafetivos: uma análise doutrinária e jurisprudencial da realidade brasileira.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

LISTA DE ABREVIATURAS/SÍMBOLOS

a.C. – antes de Cristo

art. – artigo

d.C. – depois de Cristo

§ – parágrafo

nº – número

p. – página

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal

CC – Código Civil

CCJ – Comissão de Constituição e Justiça

CNA – Cadastro Nacional de Adoção

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

STF – Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

Ao rever a literatura sobre relação homoafetiva, foi possível constatar que esta prática sempre esteve presente na sociedade e, por esta e outras razões, não se pode, de maneira alguma, ver a sexualidade de um indivíduo como alvo de preconceito e como motivo de exclusão de direitos. Assim, o debate mais veemente em relação à inclusão das uniões homoafetivas no conceito de família gira em torno do art. 226 da Constituição Federal.

No § 3º do referido artigo consta que “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*”. E no § 4º está previsto que “*entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”. Nesse sentido, Fontanella (2006, pp. 82-83) afirma que:

Amparadas pelos princípios constitucionais, as uniões homoafetivas ganharam relevo a partir do momento em que o obsoleto modelo patriarcal e hierarquizado de família cedeu lugar a um novo modelo fundado no afeto. A propósito, as uniões entre pessoas do mesmo sexo pautadas pelo amor, respeito e comunhão de vida preenchem os requisitos previstos na Constituição Federal em vigor, quanto ao reconhecimento da entidade familiar, na medida em que consagrou a afetividade como valor jurídico.

E como bem assegura Dias (2009, p. 33) “*enquadrar hoje as uniões homoafetivas dentro do âmbito da família é mais do que uma questão constitucional, trata-se de uma postura ética*”. É pensar na garantia do princípio da dignidade humana, tão bem expressa na Carta Maior de 1988.

E, também, pensar na relação homoafetiva ou na adoção por pares homossexuais é pensar em Direitos Humanos, notadamente nos princípios da isonomia e da dignidade humana. Afinal “*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*”, como apregoa a Constituição Federal de 1988 no *caput* de seu art. 5º. E, também, o princípio da dignidade humana que está

consagrado no artigo 1º, § 3. Através deste princípio deve-se ter respeito aos direitos fundamentais do ser humano, garantindo, assim, condições de existência digna a todos. Como já mencionado, neste documento, a adoção no Brasil encontra bom respaldo legal, na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, o Código Civil de 2002 e recentemente na Lei nº 12.010/09.

Sobre a possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais, conforme visto anteriormente, com a chegada da Constituição Federal de 1988, o conceito de família passou por mudanças, e hoje já não mais se entende por família tão somente a formada pelo casamento, mas também aquela alicerçada apenas pelos laços da afetividade.

Portanto, apesar de não haver lei específica para a adoção por pares homoafetivos, observa-se que esta é possível uma vez que há garantia legal para as novas formas de família e também por ser expresso em lei o direito de igualdade e o respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, é bastante oportuna a fala de Peres (2006, p. 52) quando a doutrinadora assim discorre:

O Direito deve sempre seguir o momento social, pois a sociedade está em constante transformação. O fato social normalmente antecede ao jurídico e a jurisprudência precede a lei. Destarte, não estando a adoção por pares homoafetivos prevista explicitamente na legislação vigente, esse fator não deve servir de parâmetro para um juiz negar efeitos jurídicos a tal acontecimento.

Acrescenta-se à ideia de Peres o pensamento de que a adoção deve ser conferida considerando, sobretudo o princípio do melhor interesse do adotando, que é, com certeza, o de oferecer afeto, carinho, amor e garantir o bem-estar do adotado.

Perante o exposto explica-se que na escolha do tema surgiram alguns questionamentos que foram respondidos durante a produção do texto, quais sejam: juridicamente há possibilidades de adoção por um casal homoafetivo? A adoção por pares homoafetivos encontra garantias legais na legislação brasileira? Juntamente com as indagações, vieram as possíveis respostas: é possível a adoção por casais homoafetivos; não há nenhuma barreira legal para que casais homoafetivos adotem uma criança; permitir a

adoção por casais homoafetivos é garantir os princípios da isonomia e da dignidade humana, previstos e tão debatidos pelos direitos humanos e seguro pela atual Constituição.

A partir da problemática exposta e das hipóteses levantadas, vieram, então, os objetivos da investigação, quais sejam, num âmbito geral: compreender juridicamente a adoção por casal homoafetivo. Especificamente, objetivou-se desenvolver um esboço histórico do instituto da adoção; discorrer sobre a adoção a partir de seus aspectos conceitual e legal; demonstrar a importância dos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana no contexto da adoção por casais homoafetivos; descrever, especificamente, sobre a possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais.

Para a realização desta pesquisa escolheu-se a investigação bibliográfica, que segundo Marconi e Lakatos (2003, p. 66), trata-se do “levantamento, seleção e documentação de toda bibliografia já publicada sobre o assunto que está sendo pesquisado”. Por conseguinte, tem-se feito uma compilação de ideias, de diferentes doutrinadores, em livros, revistas, jornais, impressos ou retirados da internet pertinentes ao assunto. Diante do exposto, esclarece Nunes (2009, pp. 32 e 33) que:

O trabalho de compilação consiste na exposição do pensamento dos vários autores que escreveram sobre o tema escolhido. Nesse tipo de monografia o estudante tem de demonstrar que examinou o maior número possível de obras publicadas sobre o assunto versado, sendo capaz de organizar as várias opiniões, antepô-las logicamente, quando se apresentam antagônicas, harmonizar os pontos de vista existentes na mesma direção, enfim, tem de ser capaz de apresentar um panorama das várias posições, de maneira prática e didática. Deve, também, o estudante dar sua opinião sobre os pontos relevantes, bem como suas conclusões.

O método escolhido para nortear o trabalho foi o hipotético dedutivo. Marconi e Lakatos (2003, p. 88) elucidam que “o método hipotético dedutivo é aquele que se inicia pela percepção de lacuna nos conhecimentos, acerca da qual formula hipóteses e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese”.

Desse modo, foram utilizados neste trabalho citações do pensamento de vários autores que já escreveram sobre o tema exposto. Além da realização de análises crítica e construtiva das respectivas ideias.

A pesquisa, cujo tema é a adoção por casais homoafetivos, se justifica por abordar um assunto atual e polêmico, que divide a opinião da sociedade em todos os seus segmentos e, também, tem sido um desafio aos tribunais nacionais, porém como afirma Peres (2006, p. 78):

É dever de o Estado assegurar à criança o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, conforme preconiza o art. 227 da Constituição Federal, o que certamente será alcançado se lhe for permitido o direito de ser adotada retirando-a de instituições que não têm condições de lhe dar um tratamento singular, por mais bem estruturadas que sejam.

É expressivo apresentar, aqui, a compreensão de Oliveira (2002, p. 275), para quem,

A dura conquista do reconhecimento de novas espécies de família e de todas as suas características não pode sucumbir à pressão de grupos conservadores, no presente e no futuro, daí então o forte caráter prospectivo das normas – princípio do Direito de Família contidas na Constituição da República.

Nesse contexto Dias (2009, p. 57) expressa que “os princípios que regem o direito das famílias não podem distanciar-se da atual concepção de família, desdobrada em múltiplas facetas”. Frente o exposto observa-se o amplo valor da pesquisa que aqui se expõe.

O trabalho, para apresentar maior clareza, foi estruturado em quatro capítulos, no primeiro capítulo tratou-se do histórico do instituto da adoção; no segundo capítulo a abordagem girou em torno dos aspectos conceituais e jurídicos da adoção; já no terceiro capítulo o foco dado foi sobre os princípios constitucionais no contexto da adoção por casais homoafetivos e finalmente o quarto capítulo trouxe uma discussão sobre possibilidades jurídicas da adoção por pares homoafetivos. Finalizando, vieram as considerações finais, com as exposições e recomendações da autora desta monografia.

1. ESBOÇO HISTÓRICO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Hoje em dia a adoção é um instituto do direito, porém a sua procedência vem desde os primórdios da humanidade. Assim não se pode abandonar, nesta pesquisa, o entendimento que os povos tinham sobre a adoção e de que a origem deste instituto antecede o direito romano. De acordo com Magalhães (2000, p. 267), no texto bíblico de Gêneses capítulo 16 versículo 2 onde Sara esposa de Abraão diz “[...] Eis que o Senhor me tem impedido de dar à luz filhos; toma, pois, a minha serva, e assim me edificarei com filhos por meio dela[...].” Nota-se que nesse texto já se faz uso do princípio da adoção quando Sara fala “me edificarei com filhos por meio dela”. Sara adotaria o filho de sua serva. Na Idade Antiga, a adoção estava particularmente pautada nas aspirações de caráter religioso, uma vez que era necessário o culto aos antepassados, para que a família não fosse extinta. A respeito desse assunto assim preleciona 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 fadada à extinção.

Mais tarde, o primeiro código de lei denominado Código de Hamurabi¹ traz nos seus artigos 185 a 193 o Instituto da Adoção prevendo soluções nas relações adotivas e sucessórias, resumidamente os respectivos artigos prescrevem “se um *awilum*² adotou uma criança desde seu nascimento e a criou, essa criança adotada não poderá ser reclamada. Se um *awilum* adotou uma criança e, depois que a adotou, ela continuou a reclamar por seu pai ou sua mãe, essa criança adotada deverá voltar à casa de seu pai”. Esses preceitos são elucidados, de forma mais fulgente, nos escritos de Chaves (1983, p. 40) da seguinte forma:

¹ O Código de Hamurabi (também escrito Hamurábi ou Hammurabi) é um dos mais antigos conjuntos de leis escritas já encontrados, e um dos exemplos mais bem preservados deste tipo de documento da antiga Mesopotâmia. Segundo os cálculos, estima-se que tenha sido elaborado pelo rei Hamurabi por volta de 1700 a.C.. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi> Acesso em 21 de abr. 2012.

² O termo *awilum* significa: homens livres, proprietários de terras, que não dependiam do palácio e do templo. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi> Acesso em 21 de abr. 2012.

Enquanto o pai adotivo não criou o adotado, este pode retornar à casa paterna; mas uma vez educado, tendo o adotante despendido dinheiro e zelo, o filho adotivo não pode sem mais deixá-lo e voltar tranquilamente à casa do pai de sangue. Estaria lesando aquele princípio de justiça elementar que estabelece que as prestações recíprocas entre os contratantes devam ser iguais, correspondentes, princípio que constitui um dos fulcros do direito babilonense e assírio.

Ressalta-se aqui o termo - contratantes -, usado por Chaves (1983), pelo qual, percebe-se que a expressão demonstra a natureza contratual que a adoção tinha na ocasião. Chaves (1983, p. 40) acrescenta ainda que o Código de Hamurabi prossegue prescrevendo que “se o pai adotivo porventura viesse a ter filhos naturais e resolvesse abandonar o adotado, teria que dar a terça parte dos seus bens móveis a título de herança”. Constatou-se que no Código supracitado já havia o zelo com o amparo do filho adotado, caso o pai adotivo se abdicasse dele. Norma presente no direito pátrio contemporâneo sobre a adoção.

Bem mais tarde, entre os anos 200 a.C. e 200 d.C., é redigido o Código de Manu³. Mesmo não havendo uma projeção análoga ao Código de Hamurabi, o Código de Manu também estabelece o instituto da adoção. Conforme Magalhães (2000, p. 26) essa prescrição se dá da seguinte forma:

Art. 543. Aquele que não tem filho macho pode encarregar sua filha de maneira seguinte de lhe criar um filho dizendo: que o filho macho que ela puser no mundo seja meu e cumpra em minha honra a cerimônia fúnebre. Art. 557. Quando um filho dotado de todas as virtudes foi dado a um homem de maneira que será exposta, esse filho, ainda que saído de uma outra família, deve recolher a herança inteira, a menos que haja um filho legítimo; porque nesse caso, só pode ter a sexta parte. Art. 558. Um filho dado a uma pessoa não faz mais parte da família de seu pai natural e não deve herdar de seu patrimônio; o bolo fúnebre segue a família e o patrimônio; para aquele que deu seu filho não há oblação fúnebre feita por esse filho. Art. 590. O menino que um homem desejoso de ter filho que cumpra o serviço fúnebre em sua honra, compra ao pai ou à mãe, é chamado filho comprado; que ele lhe seja igual, ou não, em boas qualidades; a igualdade sob a relação da classe, sendo exigida para todos esses filhos. Art. 593. O filho que perdeu

³ O Código de Manu - Inscrito em sânscrito, constitui-se na legislação do mundo indiano e estabelece o sistema de castas na sociedade Hindu. Redigido entre os séculos II a.C. e II d.C. em forma poética e imaginosa, as regras no Código de Manu são expostas em versos. Cada regra consta de dois versos cuja metrificação, segundo os indianos, teria sido inventada por um santo eremita chamado Valmiki, em torno do ano 1500 a.C. disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Manu > Acesso em 21 de abr. 2012.

seu pai e sua mãe ou que foi abandonado por eles sem motivo, e que se oferece *motu proprio*⁴ a alguém, se diz dado por si mesmo.

A história registra que na Grécia Antiga, especialmente em Atenas, a adoção era um ato assaz protocolar, de cunho somente religioso, em que tão somente os cidadãos, livres, maiores de 18 anos e que possuíam bens, tinham o direito de adotar. As mulheres, uma vez que não eram cidadãs, não poderiam adotar, contudo poderiam ser adotadas, assim como os homens. E, no caso de ingratidão, a adoção poderia ser anulada (GRANATO, 2010).

Todavia, foi no direito romano que o instituto se difundiu e encontrou disciplina e ordenamento jurídico, metódico e organizado. Granato (2010, p. 38) explica que “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”. Segundo Vicente (2006, p. 1), “foi em Roma onde se mais desenvolveu o instituto da adoção, e onde mais ele foi utilizado com a finalidade primeira de proporcionar prole civil aqueles que não tinham filhos consanguíneos”. Ainda sobre a adoção no Direito Romano, Pereira (1997, p. 32) explica que era admitida:

Três formas de adoção: 1 - por testamento, submetendo-se à confirmação da cúria, sendo exemplo a adoção de Otávio Augusto por Júlio César; 2 - adoção *ab rogatio*, na qual o adotado se desligava de sua família e se tornava um herdeiro do adotante, sendo este um ato bilateral de vontades, da parte do adotante e do adotado e; 3 - *datio in adoptionem*, mediante a qual um incapaz era entregue em adoção, por livre vontade do adotante e com concordância do representante do adotado.

No início da Idade Média, não se utilizou o princípio da adoção, isso aconteceu, Segundo Lisboa (1996, pp.18 -19), porque “além das invasões bárbaras, a Igreja, que possuía uma grande influência na sociedade, era contrária a aplicação de tal instituto, permitindo que os pais só possuíssem filhos de sangue. E também, por contrariar o interesse dos senhores feudais”. Nesse contexto, Chaves (1983, p. 48) de igual modo afirma que:

⁴ A *motu proprio* expressão que tem por significado "de sua iniciativa própria". Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Motu_proprio> Acesso em 21 de abr. 2012.

Com as invasões bárbaras e o início da Idade Média a adoção cai em desuso. [...] De fato, tanto aos senhores feudais como à Igreja Católica o instituto em questão não convinha. Aos primeiros, posto que muitas vezes contrariava seus direitos hereditários sobre seus feudos, sendo somente admitido quando lhes interessava do ponto de vista sucessório. À Igreja Católica por ser a adoção considerada contra os princípios que se formava de família cristã e do sacramento do matrimônio, que tinha como finalidade única a procriação.

Após o desuso do instituto da adoção na Idade Média, no início da Idade Moderna ele passa por um processo de ressurgimento, momento que advém o Código Civil francês de 1792, o chamado Código de Napoleão. Pelo fato de Napoleão carecer de um sucessor o referido código tinha fortes finalidades políticas para restaurar a adoção na França. Segundo Szanick (1993, p. 23), o Código de Napoleão prognosticava quatro modelos básicos de adoção, quais sejam:

1) a ordinária, realizada através de contrato, sujeita à homologação por parte do magistrado, a qual concedia direitos hereditários ao adotado, era permitida somente a pessoas maiores de cinquenta anos que não tivessem filhos, exigindo-se uma diferença de idade mínima de quinze anos entre adotante e adotado; 2) a remuneratória, concedida a quem tivesse salvado a vida do adotante, caracterizando-se pela irrevogabilidade; 3) a testamentária, feita através de declaração de última vontade, permitida ao tutor somente após cinco anos de tutela; e 4) a tutela oficiosa ou a adoção provisória, criada em favorecimento a menores, regulando questões de tutela da criança.

Nessa mesma época, surgem também três legislações em que o instituto da adoção é regulamentado, conforme explica Silva Filho (1997, p. 27) “o Código Dinamarquês de 1683, o Código Prussiano de 1751 e o *Codex Maximilianus*, da Bavária, de 1756”. Continua Silva Filho (1997, p. 27) a expor que em meio aos três, “o Código Prussiano influenciou o Código Napoleônico, que por sua vez contribuiu para que a adoção ingressasse nos ordenamentos jurídicos posteriores”.

Finalmente, vale ressaltar do instituto da adoção no Direito Português, uma vez que ele em muito contribuiu para a implantação do referido instituto no Brasil. Em Portugal, conforme expõe Szanick (1993, p. 25) “com a adoção o adotante só adquiria o pátrio poder⁵

⁵ Hoje denominado poder familiar. Disponível em: < <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id130.htm> > Acesso em 23 de abr. 2012.

se o adotado tivesse perdido o pai natural; e quanto à sucessão o príncipe deveria autorizar 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”. Vale ressaltar aqui o que Szanick (1993, p. 25) expõe sobre adoção em Portugal “o Código Civil Português de 1867 pouco mencionou a adoção, sendo que o Código de 1966 a recuperou em duas modalidades: plena e restritiva” Assim percebe-se que Portugal só valorizou o instituto da adoção nos meados do século XX.

Tal fato é elucidado por Silva Filho (1997, p. 27) quando o autor afirma que “a adoção teria sido pouco praticada durante o século XIX. A partir do século XX, em virtude da Primeira Guerra Mundial, a adoção passou a preocupar os legisladores, visando amparar os órfãos de guerra”. Corroborar a ideia de Silva Filho, Albernaz Júnior (1996, p. 19), ao dizer que “a adoção cai novamente em desuso durante o século XIX, voltando a ser amplamente utilizada e difundida durante o século XX em vários países, sendo objeto de estudo e regulamentação em diversos congressos, convenções, acordos e tratados internacionais”. Observa-se, ao longo da história, que o princípio da adoção esteve sempre ligado às questões religiosas, políticas e econômicas, todavia a adoção alcança a dimensão social apenas a partir do século XX em função dos inúmeros órfãos deixados como herança no final da primeira guerra mundial.

1.1 A evolução histórica do instituto da adoção no Brasil

Como visto anteriormente, o princípio da adoção existe desde que a espécie humana se fez presente no mundo, nota-se também que os motivos para a prática da adoção sofreram muitas transformações ao longo dos tempos e no Brasil não foi diferente. Foi possível constatar, na história pátria, que tal princípio introduziu-se aqui ainda do período colonial e veio trazendo, em seu bojo, influências marcantes das leis portuguesas e no início pouco evoluiu, apesar de várias normativas que regulamentaram o instituto em discussão, nos três primeiros séculos do País. Isto está explícito na fala de Cunha (2011, p. 3):

A adoção introduziu-se no Brasil a partir das Ordenações Filipinas e a primeira lei a tratar do assunto, de forma não ordenada, foi promulgada em 22 de setembro de 1828, com características do direito português, originário do direito romano. Nesse período o procedimento para adoção era judicializado e, conseqüentemente, cabia aos juizes de primeira instância o dever de confirmar o ânimo dos interessados em audiência, onde havia a expedição da carta de perfilhamento. Em seguida, surgiram outros dispositivos que também trataram do instituto, como o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, a Consolidação das Leis Civas de Teixeira Freitas e a nova Consolidação das Leis Civas de Carlos de Carvalho, publicada em 1915.

Como se pode verificar, no Brasil, o instituto da adoção não foi sistematizado no direito anterior. Foi somente a partir do Código Civil de 1916, primeiro diploma legal brasileiro, que o instituto da adoção se torna organizado de modo metódico, consagrando precisamente onze artigos (368-378) para tratar do tema. Todavia, como afirma Cunha (2011, p. 3) o instituto da adoção, a partir do Código Civil de 1916, "*permaneceu com a idêntica função anteriormente existente, originada do Direito Romano, que era atender aos interesses dos adotantes, já quanto aos interesses do adotado, o legislador não se preocupou, tanto que previu a possibilidade de dissolução da adoção*". Portanto, existiam vários impedimentos impostos à aqueles que demonstrassem a finalidade de adotar. No que tange a esse aspecto, era importante observar a necessidade de o adotante não ter filhos consanguíneos, além de ser necessário apresentar outros quesitos. Como bem preleciona Cunha (2011, p. 4):

No regime original do citado código, os requisitos para adotar eram bastante limitados: somente poderiam adotar os maiores de cinquenta anos de idade, desde que não possuíssem prole legítima ou legitimada; o adotante deveria ter, no mínimo, dezoito anos a mais que o adotando; a adoção em conjunto só era permitida se o homem e a mulher fossem casados, além de ser necessário o consentimento por parte do detentor da guarda do adotado para o processo de adoção, que se efetivava por intermédio de escritura pública.

É possível que a preocupação do legislador, ao convencionar a idade para ser adotante, é porque a seu ver, a adoção necessitaria ser concretizada por pessoas com determinado grau de maturidade e estarem certas da decisão tomada, fato que ainda prevalece na legislação vigente, todavia com idade diferenciada. E o fato de o código normatizar que o adotante não poderia ter filhos consanguíneos ou legitimados era em função das características que acompanhavam o instituto da adoção desde a sua origem, qual seja,

beneficiar o adotante; oportunizando, desse modo, a adoção a quem não poderia ou não queria ter um filho de maneira natural.

É curioso observar no art. 378 do Código Civil de 1916, que "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*". *Nota-se que mesmo depois de realizada a adoção, os laços com a família consanguínea não acabavam definitivamente, pois os deveres do adotando para com a família biológica continuavam, igualmente o direito de auferir a herança do pai natural. E também o artigo Art. 376, prescrevia que "o parentesco resultante da adoção limita-se ao adotante e ao adotado", assim, entre os familiares do adotante e o adotado não havia laço algum, em termos legais, é claro. Fatos inexistentes na legislação atual que trata da matéria.*

Outro preceito estabelecido pelo Código Civil de 1916, que desperta atenção e difere radicalmente dos termos legais atuais, está contido no artigo Art. 373 onde se lê que "o adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao que cessar a interdição, ou a menoridade". Ou seja, o vínculo instituído com a adoção não era permanente, podendo ser anulado tanto por desejo do adotante como do adotado.

Contudo, com o passar do tempo, o legislador brasileiro percebeu a importância que a adoção poderia ter para proteção da criança e do adolescente. Assim com o advento da Lei nº 3.133 de 1957, instituída no governo de Juscelino Kubitschek, muitas mudanças importantes ocorreram no instituto da adoção. Rodrigues (2007, pp. 336 -337) expõe sobre a matéria dizendo que "enquanto, dentro de sua estrutura tradicional, o escopo da adoção era atender ao justo interesse do adotante, a adoção passou a ater, na forma que lhe deu a lei de 1957, uma finalidade assistencial, ou seja, a de ser, principalmente, um meio de melhorar a condição do adotado". E uma extraordinária novidade trazida pelo art. 2º da referida lei, foi a de que:

No ato da adoção, serão declarados quais os apelidos da família que passará a usar o adotado. Parágrafo único. O adotado poderá formar seus apelidos conservando os dos pais de sangue; ou acrescentando os do adotante; ou, ainda, somente os do adotante, com exclusão dos apelidos dos pais de sangue.

Nota-se que a partir dessa lei o adotado poderia colocar em seu registro de nascimento o nome dos pais adotivos, mantendo ou não o nome dos pais biológicos. Com certeza isso veio modificar o olhar preconceituoso que grande parte da sociedade tinha sobre filho adotivo, pois uma vez que este assinava o nome dos adotantes, garantia sua legitimidade de ser visto como filho.

A Lei nº 4.655 de 1965, criada no governo ditatorial de Humberto de Alencar Castelo Branco, apesar do momento histórico, foi considerada por numerosos doutrinadores como início de uma nova época para a legislação brasileira, pelo fato de ter criada a igualdade de direitos entre legitimado e filho legítimo, fato denominado de "legitimação adotiva", como descrito no artigo Art. 9º da referida lei "o legitimado adotiva tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção". Porém a legitimação adotiva, só poderia ser deferida de acordo com o *caput* e § 1º do art. 1º da lei supracitada, que assim preceituavam:

É permitida a legitimação do infante exposto, cujos pais sejam desconhecidos ou hajam declarado por escrito que pôde ser dado, bem como do menor abandonado propriamente dito até 7 (sete) anos de idade, cujos pais tenham sido destituídos do pátrio poder; do órgão da mesma idade, não reclamando por qualquer parente por mais de um ano; e, ainda, do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitado de prover a sua criação. § 1º Será também permitida a legitimação adotiva, em favor do menor, com mais de 7 (sete) anos, quando à época em que completou essa idade, já se achava sob a guarda dos legitimantes, mesmo que estes não preenchessem então as condições exigidas.

Em relação aos aspectos concernentes ao adotante, continuaram praticamente iguais, aos já existentes nas leis brasileiras daquela época. Todavia no caso de adoção conjunta o § único do art. 2º assim prescrevia "será dispensado o prazo de 5 (cinco) anos de matrimônio provada a esterilidade de um dos cônjuges, por perícia médica, e a estabilidade conjugal". Outra característica positiva, mormente para o adotado, prescrito pela Lei nº 4.655 de 1965 é que esta constituiu a não revogabilidade da legitimação adotiva, conforme se verifica em seu art. 7º, "a legitimação adotiva é irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos legítimos, aos quais estão equiparados aos legitimados adotivos, com os mesmo direitos e deveres estabelecidos em lei." Além desta particularidade, uma outra inovação formidável

apresentada pela Lei nº 4.655 de 1955, ao instituto da adoção foi, de acordo com Granato (2010, p. 46), "o rompimento da relação de parentesco com a família de origem, importante medida que não havia sido prevista nas leis anteriores, foi determinado no §2º do art. 9º e o vínculo se estendia à família dos legitimantes, desde que os seus ascendentes tivessem aderido ao ato da adoção".

Assim sendo, conforme afirma Cunha (2011, p. 5), "depois de efetivado o processo de adoção cessavam os direitos e obrigações oriundos da relação parentesco do adotado com a família de origem". Complementa o autor supramencionado dizendo que "o referido dispositivo foi de grande importância, pois não fazia sentido a manutenção de vínculo entre o adotado e sua família de origem, já que com a adoção, o adotando ganhava uma nova família".

Em 10 de outubro de 1979, em plena ditadura militar, sob o governo de João Batista Figueiredo é promulgada a Lei nº 6.697 ou o chamado Código de Menores. Com a nova lei nota-se um importante progresso concernente ao amparo à criança e ao adolescente e, conseqüentemente, ao instituto da adoção, uma vez que, segundo Cunha (2011, p. 6), a lei supramencionada:

Concentrou a finalidade da adoção na proteção integral do menor sem família uma vez que ela introduziu a adoção plena, suprimindo, dessa maneira, a legitimação adotiva da Lei nº 4.655/65, todavia manteve a adoção regulamentada pelo Código Civil de 1916, que era a adoção tradicional, chamada de simples. Os dois institutos eram distintos. A adoção simples, regulada pelo Código civilista, criava um parentesco civil apenas entre adotante e adotando, era revogável pela vontade das partes e não cessava os direitos e obrigações resultantes do parentesco natural.

A adoção plena, segundo os ensinamentos de Diniz (2010, p. 524), era:

Um modelo 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.

Weber e Kossobudzki (1996, p. 38) distinguem, de maneira bem sucinta, a adoção simples da adoção plena, as autoras dizem que "a adoção simples criava um laço meramente civil entre adotante e adotado. Já a adoção plena extinguiu todos os sinais do parentesco natural do adotado, entrando este na família do adotante como se filho natural fosse". Observa-se que os dois modelos de adoção expunham perfis desarmônicos, e assim se constata que o modelo mais significativo era o da adoção plena, pelo fato de eliminar as ligações do adotado com a sua família biológica.

Após a Lei nº 6.697 de 1979 vieram, no contexto histórico pátrio, os dispositivos legais que também tratam do instituto da adoção - Constituição Federal de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, Código Civil de 2002, e Lei nº 12.010 de 2009 (intitulada Lei Nacional da Adoção) - dando mais ênfase ao instituto da adoção no Brasil. Dispositivos que serão mais bem detalhados no capítulo três desta pesquisa. No entanto, a próxima abordagem será sobre a importância da adoção no que tange aos direitos humanos, principalmente no que diz respeito aos princípios da isonomia e da dignidade humana, conferidos pela atual Constituição brasileira.

2. ASPECTOS CONCEITUAIS E JURÍDICOS DA ADOÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 – CF – o instituto da adoção passou por múltiplas e significativas alterações jurídicas, que o adaptaram à situação atual. Tais mudanças precisam ser apreciadas e debatidas para o aprimoramento do referido instituto. Desse modo, o texto a seguir traz uma abordagem conceitual do termo, bem como trata do instituto supracitado à luz da Constituição Federal e ainda da Lei n.º 8.069/90 e do Código Civil de 2002 e, para encerrar o tópico, há uma análise mais detalhada da Lei nº 12.010/09 ou Lei da Adoção, como foi designada.

2.1 Breve abordagem conceitual do termo

Ao iniciar esta abordagem conceitual sobre o a adoção, é necessário lembrar que esta é uma prática antiga nas atitudes de quase todos os povos, como visto no capítulo anterior. Desse modo, verifica-se que a conceituação do referido instituto sofre mudanças frequentes, transformando-se conforme a ocasião e as culturas.

Assim, ao dar início aos conceitos do termo adoção, buscou-se primeiro confirmá-lo numa abordagem dicionarista. Dessa maneira, encontra-se em Larousse (2010, p. 15) “adoção – (lat. *adoptio*) 1. Ato ou efeito de adotar. 2. Ato pelo qual, observados os preceitos legais, alguém estabelece vínculo fictício de filiação e traz para sua família uma pessoa na condição de filho”. Observa-se que a palavra tem origem latina.

No direito brasileiro o conceito de adoção é assaz variado. A seguir são apresentadas algumas posições apontadas por determinados doutrinadores pátrios. Miranda (2001, p. 217) afirma que a “adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação”; para Gomes (2002, p. 370), a “adoção vem a ser o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do 1º grau em linha reta”.

De acordo com Venosa (2008, p. 315) a adoção é “um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico”. Corrobora Pereira (2007; p. 392) dizendo que “a adoção é o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outro como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afinidade”. Já, na concepção de Diniz (2010, p. 423):

Adoção vem a ser 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.

Vale aqui destacar uma nota de Granato (2010, p. 25) sobre os conceitos sobreditos: “é bem verdade que esses conceitos são adequados à concepção de adoção do Código Civil de 1916 e de leis posteriores que regularam este instituto. A adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente tem maior abrangência, indicadora de finalidade voltada para os interesses do adotando”.

Dias (2009, p. 434), em venturosa explicação, confirma o acima exposto quando diz que “a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade”. Nesse sentido Fachin (1999, p. 67) argumenta que “trata-se de modalidade de filiação construída no amor, gerando vínculo de parentesco por opção”. Em menção aos conceitos estabelecidos pelos doutrinadores supracitados, constata-se que eles concebem a adoção como um ato voltado, especialmente, ao afeto mútuo de pais e filhos.

Conclui-se esta sucinta abordagem conceitual com a convicção de que hoje a adoção tem outro intuito, qual seja: oferecer à criança um espaço familiar, que seja favorável ao seu desenvolvimento tanto físico, cognitivo quanto emocional, destinado aos que, por alguma razão não possuem mais, ou nunca possuíram, composição familiar natural.

2.2 A adoção na Constituição Federal Brasileira de 1988

A partir da CF/88, no art. 227 nos, §§ 5º e 6º, a adoção passou a ser assistida pelo Poder Público. Com isso, o *caput* do art. 226, determinou à proteção do Estado a família como regra para que assim a criança e o adolescente viessem ter proteção e segurança. E, ao deliberar a equidade entre os filhos adotivos e biológicos, rompeu de modo decisivo com a discriminação, que sempre se fez presente na história pátria, assim dispõe a lei maior sobre o princípio da adoção:

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. [...] § 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.

Observa-se, portanto que com a Constituição de 1988 todos os filhos, não importando a procedência de filiação, passaram a ser iguais diante da lei. Sendo-lhes assegurado o direito ao nome dos pais adotivos, ao estado de filiação, alimentos e direitos sucessórios. E em seu registro oficial e nos demais documentos que virão possuir não poderá constar nenhuma alusão à condição da filiação precedente (DIAS, 2009). Todavia, o que se observa é que atualmente as leis que determinam e regulam o parágrafo 5º do artigo 227 da CF são o Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 39 a 52, em conjunto com a Lei nº 12.010/09.

2.3 A adoção no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 – CC – passou por importantes mudanças com o advento da Lei nº 12.010/2009, a qual causou intensas transformações no instituto da adoção, sendo que

este era exaustivamente tratado, nos artigos. 1.618 – 1.629 do CC, contudo, os artigos 1.620-1.629 foram revogados pela lei sobredita, ficando para o dispositivo civil tão somente os artigos 1.618 e 1.619 sendo que o artigo 1.618 diz apenas ser da competência do Estatuto da Criança e do Adolescente regimentar as adoções das crianças e adolescentes. A redação dos dois únicos artigos do CC que tratam da adoção está posta nesses termos:

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

O que destaca no referido código é o artigo 1.619 que normatiza que a adoção, dos maiores de dezoito anos, deverá ser assistida de forma concreta pelo poder público, aos preceitos gerais do Estatuto da Criança e do Adolescente Lei da Adoção. Nota-se, portanto que o instituto da adoção de crianças e adolescentes está sujeita apenas aos regulamentos e princípios consagrados pelas Leis nº 8.069/1990 e 12.010/2009.

2.4 A adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente

Ao analisar o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – Lei nº 8.069, em vigor desde 1990, e alterado pela Lei nº 12.010/09, observa-se que este, materializado no princípio do amparo incondicional à criança e ao adolescente, considera-os como pessoa de direito, ao oposto do Código de Menores no qual, crianças e adolescentes eram tidos como objetos de direito. Por conseguinte, o instituto da adoção conta com amparos irrestrito e absoluto em múltiplos artigos do ECA, conforme se verifica a seguir.

O ECA tem como finalidade fundamental a proteção e a segurança da criança e do adolescente, conforme previsto no art. 7º “a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.” Entendendo

como criança e adolescente o deliberado no art. 2º “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”

Em seu artigo 5º, o ECA garante às crianças e aos adolescentes alguns direitos especiais nesses termos: “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”.

Ao observar o artigo 19º, verifica-se que o ECA tem por objetivo também resguardar o direito da criança e do adolescente de residirem em um ambiente salutar, ou seja, “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Com a edição da Lei nº 12.010/09, a composição do § 1º artigo 28 do ECA foi modificado no sentido de se ouvir a criança e ou adolescente, ressalvados, obviamente, o desenvolvimento e a capacidade de entendimento do menor sobre a matéria. Nesses termos prediz o presente artigo e respectivo parágrafo:

A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada

Neste sentido, Granato (2010, p. 51) esclarece que:

A nova redação do § 1º do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente busca garantir que a criança e o adolescente, que sejam maduros suficientes para compreender a situação, possam opinar sobre sua vontade de ir conviver com outra família, evitando-se, desta maneira, a sua inclusão em família que não ofereça qualquer afinidade ou interesse ou, mesmo, em

ambiente que não lhes deem oportunidade para um desenvolvimento saudável e equilibrado.

É oportuno aqui observar o que preceitua o § 2º do art. 28 “tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência”. Ainda no contexto de afinidade entre as partes assim prevê o art. 29 “não se deferirá colocação em família substituta à pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”.

No que diz respeito à transferência da criança ou do adolescente da família biológica para uma família substituta originária do estrangeiro, prevê o artigo 31 do ECA “a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”.

Como já retromencionado, com a publicação da Lei nº12.010/09, os preceitos do Código Civil que diziam respeito à adoção foram revogadas e a composição primeira, de determinados artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi modificada, igualmente foram inseridos novos parágrafos com disposições melhor definidas para aperfeiçoar e ajustar o ECA com a realidade moderna.

A exemplo de inserção cita-se o artigo 39 do ECA § 1º “adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei” a redação do parágrafo aqui mencionado é esta “art. 25. [...] Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

Perante o exposto, verifica-se a significativa importância do ECA na adoção e que considerando ser a adoção uma medida excepcional e irrevogável, conforme citado anteriormente, é significativo apontar os principais requisitos para que ela aconteça, quais sejam:

Art. 39 § 2º. É vedada a adoção por procuração. Art. 40. O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes. Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. Art. 42 § 2º. Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. Art. 45 a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando e § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento. Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

Nota-se, que o parágrafo segundo do art. 42, supramencionado, dispõe que a adoção pode ser concretizada por companheiros em união estável, isso posto evidencia-se a legalidade da adoção por casais homoafetivos, uma vez aprovado pela Câmara Federal e sancionado pela presidenta o projeto proposto pelo Supremo Tribunal Federal – STF – recentemente aprovado pela Comissão de Direitos Humanos do Senado, sobre a união estável homoafetiva. Até porque nenhuma lei prevê que “casal” seja formado por pares com diferenciação de gênero.

2.5 A adoção na Lei nº 12.010/09

A sistemática abordada nessa parte da pesquisa tem como base a Lei Nacional de Adoção, fundamentada na Lei nº 12.010/2009, que consiste no aperfeiçoamento do direito à convivência familiar, enfatizando que, antes de decidir pela adoção, a preferência é para família natural, isso está previsto também no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ressalva-se que o projeto de revisão da lei foi de autoria da senadora Patrícia Saboya. E que, ao ser estabelecida a nova lei de adoção sobre as garantias dos direitos da criança e dos adolescentes no convívio familiar, foi primada levando em conta o que definia o ECA.

A Lei nº 12.010/2009 em seu art. 2º altera o art. 8, §§ 4º e 5º do ECA e assim ao Poder Público fica incumbida da responsabilidade da assistência psicológica à gestante e a mãe no período pré e pós-natal, a lei é preventiva no sentido de proteger a mãe contra os intempéries contra a saúde desta e do bebê seja de ordem física ou mental, já que, nesse período a mulher fica vulnerável a doenças que podem deixá-la inapta pelo resto da vida.

Modifica também o art. 13 – Parágrafo Único, cujo dispositivo da lei assegura proteção à mulher que deseja entregar seu filho à adoção, quando estabelece o tempo mínimo de *influencia do estado puerperal para o encaminhamento*.

O art. 19, parágrafo primeiro do ECA, foi incluído na lei de adoção e preceitua sobre a fixação do prazo de, no máximo, 6 (seis) meses para reintegração familiar ou colocação em família substituta, os §§ 2º, 3º do mesmo artigo impõem o tempo de permanência da criança e/ou adolescente nos programas de acolhimento familiar ou institucional, de no máximo 2 anos, salvo se for comprovada a necessidade de um tempo maior, aí a autoridade judiciária determinará esse tempo. E caso a reintegração familiar do menor não ocorra no tempo previsto pela lei este será encaminhado para o Cadastro Nacional de Adoção – CNA – e se não for adotado continuará no acolhimento familiar ou institucional.

Já o parágrafo único do art. 25 foi incluído na nova lei com a mesma redação do ECA e este se valeu de uma linguagem mais adequada para conceituar o termo família com o entendimento da doutrina considerando não apenas o grau de parentesco ou consanguinidade, mas valorizando os vínculos de afinidade e afetividade.

Em se tratando do art. 28, nos §§§ 1º, 2º e 3º; na redação do dispositivo desse art. a nova lei foi enfática pela clareza com que expõe no texto sobre o respeito que se deve ter para com a criança e o adolescente quanto seu consentimento sobre a família substituta, como também à afetividade e à afinidade entre os envolvidos. E no §. 6º, a lei confere para crianças e adolescentes de origens indígenas ou quilombolas um cuidado diferenciado. De maneira que sejam respeitadas suas culturas, sua identidade, seus costumes e tradições, sendo estes compatíveis com os direitos fundamentados pela Constituição Federal.

A lei foi relevante também ao tratar do assunto quanto à equipe multidisciplinar sendo a participação obrigatória nesta, no caso de adoção indígena, de um representante do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso a Fundação Nacional do Índio (Funai) e, se for quilombolas de um representante antropólogo. A normativa é impeditiva, estipula que as crianças e/ou adolescentes sejam adotadas dentro de suas próprias comunidades, para ser preservada a identidade cultural de cada uma delas seja índio ou quilombola. Conforme normas previstas no art. 28 do ECA com alterações pela lei da adoção.

A nova lei alterou o artigo 34 do ECA e inclui em si os respectivos §§, do artigo mencionado e assim cuidou para que durante o período de acolhimento familiar, passagem ou permanência a criança esteja protegida e não fique exposta, a mais uma vez, à rejeição e ao abandono. Devido ser apenas transitório, e excepcional acabarem se tornando definitivo em nosso país. Foi pensando também nas questões relacionadas ao vínculo afetivo que se podia formar entre adotante e adotado influenciando e beneficiando indiretamente nos cadastros.

Por ser significativa a alteração ocorrida no artigo 34 ou § 1º e § 2º, esta merece destaque para que todos saibam que, apesar de o texto já existir no ECA, todavia com redação diferenciada, foi louvável a preocupação do legislador ao substituir as expressões: órfão ou abandonado por afastado do convívio familiar, pois de forma sábia, se interpreta-se que o termo órfão ou abandonado feria mais ainda os sentimentos de alguém que sequer não tinha identidade e de maneira bem inferior era considerado pela sociedade e excluído das políticas públicas sociais. Acredita-se, portanto que dizer afastado do convívio familiar é internalizado pela criança e pelo adolescente de maneira mais suave e transparece uma mensagem mais branda o que eleva a estima deles.

Dentre as mudanças trazidas pela nova lei, mesmo as que não foram comentadas nessa análise, as que se julga de maior relevância, são as apresentadas no art. 42, que vale a pena ser repetido aqui, “Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. [...] § 2º. Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Observa-se que mesmo não tendo havido mudança relevante na redação da primeira parte deste artigo apenas determinando à questão da maioridade civil dos adotantes, a discussão maior se deu na segunda parte da redação quando se falou de casados civilmente e união estável se comprovada a estabilidade da família.

A discordância certamente ocorre quando não se discutem os padrões de família do passado e a família de hoje. No passado família considerada nos padrões normais da sociedade era formada pelo pai, mãe e os filhos; hoje se tem família somente pais e filhos, mãe e filhos, irmãos somente, família de universitários que não tem vínculos sanguíneos nenhum, netos e avós e muitas outras famílias que moram embaixo do mesmo teto, dividem as mesmas experiências. Enfim é preciso repensar também esses padrões, pois se há famílias formadas por pessoas do mesmo sexo (DIAS, 2009).

Todavia, é notório que na compreensão de muitos legisladores a união estável configura um tipo de relação que durou certo período de tempo e que compartilharam as mesmas regras válidas para uma família nos padrões antigos, um pai e uma mãe (homem e mulher) e, contudo o artigo não deixou claro a quem se referia essa união, quem eram as pessoas que podiam fazer parte dela, provocando um duplo sentido na expressão. Diante dessa interpretação, o dispositivo foi compreendido por outros legisladores brasileiros. Pode ser deferida adoção para pessoas em união homoafetiva já que a situação da criança nem o seu bem-estar não se altera em nada. Porém pode se dizer que as leis relacionadas à família evoluíram e não deixaram nenhum espaço na família a não ser para o afeto (DIAS, 2009).

Com a mudança da legislação relativa à adoção, observa-se que a exigência prevista no art. 42, parágrafo 2º, para adoção conjunta, deve ser analisada através do prisma constitucional. O que se deve buscar é estabilidade da família que recebe a criança. Esta sim é a questão chave da mudança legislativa, estabilidade que poderá ser encontrada até mesmo em casais divorciados, como a própria lei prevê, por que não em casais homoafetivos (DIAS, 2009).

Ao finalizar a análise nos dispositivos legais brasileiros, que tratam do instituto da adoção, verifica-se que, em nenhum deles consta o impedimento para que casais homoafetivos consolidem a adoção. É preciso considerar ainda que o art. 43 do ECA institui, que “adoção poderá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotante e fundar-se em motivos legítimos”. Apesar das diferenças quanto às condições pessoais, formais, ou efeitos da adoção, todas as normas são regidas pelos princípios de proteção ao interesse da criança, sua integração à vida familiar e pela participação do Estado, por meio do Judiciário, na constituição da adoção (DIAS, 2009).

Nesse mesmo contexto acredita-se que os casais homoafetivos, e mesmo os homossexuais solteiros, mesmo sendo pessoas possuidoras de ponto de vista e estilo de vida diferenciados do modelo comum atribuído pela sociedade, não deixam de serem cidadãos, possuidores de direitos e deveres. É certo que com diferentes preferências, mas são pessoas idôneas, capazes de constituir laço familiar sério e saudável através da adoção.

3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO CONTEXTO DA ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

3.1 O princípio da igualdade

O *caput* do art. 5º da atual Constituição Federal prenuncia terminantemente que “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”. Nessa direção, Moraes (2005, p. 517) esclarece que:

A correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do *discrimen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis. Consequentemente, além dos tratamentos diferenciados entre homens e mulheres previstos pela própria constituição [...] poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo.

Não se pode esquecer de que, com o peso da normatividade dos princípios constitucionais, o princípio da igualdade atingiu completo poder, não existindo mais espaço para questionar a quem dele faz jus, pois na qualidade de preceito constitucional, passou a incluir a todos, sem ressalva, como bem esclarece Comparato (1998, p. 17):

Se a igualdade de tratamento jurídico é reconhecida como um princípio constitucional inerente ao regime democrático, quer isto significar que a força desse princípio se impõe a todos os ramos do Estado; não só ao aplicador da lei, na esfera administrativa ou judiciária, mas também ao próprio legislador. Em outras palavras, quando a Constituição proclama que ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5º, *caput*), ela está proibindo implicitamente, quer a interpretação inigualitária das normas legais, quer a edição de leis que consagrem, de alguma forma, a desigualdade vedada.

Assim sendo não dar importância à orientação sexual enquanto critério legitimador de tratamentos desiguais torna-se importante para a concretização do princípio da igualdade, que, no direito brasileiro, proporciona duas dimensões: formal e material. O princípio da igualdade formal é a igualdade perante a lei e está amparado no artigo 3º, I, da atual Constituição Federal, revelando-se na aplicação absolutamente igual da norma jurídica, visando, ainda, o reconhecimento em todas as pessoas, independentemente da orientação sexual, da qualidade de sujeito de direitos (MARTINEZ, 2012). Neste sentido, Bortoluzzi (2002, p. 2) diz que: “sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas, todos têm seus direitos fundamentais garantidos”

E o princípio da igualdade material trata da igualdade na lei, determinando tratamentos iguais em casos iguais, e tratamentos distintos em casos distintos. Para tanto, somente existindo um motivo para tratamento desigual é que não se considera violação desse princípio, impondo-se alegações para que se justifiquem os tratamentos desiguais diante da sociedade (MARTINEZ, 2012). Diante do exposto, Bortoluzzi (2002, p. 3) explica que:

A garantia do direito de igualdade dá-se mediante a imposição de um ônus de argumentação e de prova, por conta de quem afirmar a desigualdade e reivindicar um tratamento desigual, sendo necessário que toda diferenciação tenha fundamento racional, pois quando inexistente, surge o juízo arbitrário na fundamentação da desigualdade estabelecida, donde decorre a inconstitucionalidade do discrimen. Salienta-se, ainda, que diante do estágio do conhecimento humano que hoje compartilhamos, desautoriza-se o juízo discriminatório baseado exclusivamente nos critérios da orientação sexual sob pena de revelar-se em puro preconceito.

Desse modo, a probabilidade de depreciação a alguém por causa de sua preferência sexual incide em não aceitar tratamento digno ao ser humano, sendo que o respeito é imprescindível não apenas para a afirmação da dignidade da pessoa humana, como também da igualdade jurídica. Lembrando que todos são efetivamente iguais perante a lei, independentemente de suas escolhas.

No que diz respeito ao princípio da igualdade aplicado às relações homoafetivas, Peres (2006, p. 111) assegura que “a Constituição Federal de 1988 deu amplo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de

homens e mulheres”. Já Santos (2008, p. 20) afirma que “aplicando-se o princípio constitucional da igualdade, as decisões judiciais têm atribuído direitos aos companheiros homossexuais a despeito da inexistência de uma lei específica que tutela seus interesses”.

Na opinião dos autores supracitados, expõe-se que o princípio da igualdade deve ser considerado, também, alicerce para o reconhecimento de direitos existidos entre pares homoafetivos, transpondo-se, na mesma direção, como fundamento que garanta o reconhecimento da possibilidade legal de adoção. Todavia, como expõe Salazar Jr. (2006, p. 63):

Ainda há um longo caminho a percorrer até alcançarmos a plena efetividade do princípio isonômico, como revela a situação atual da minoria homossexual no Brasil, alvo de intenso preconceito, muitas vezes traduzido em atos violentos, e que nem sequer conta com proteção à sua família, sem dúvida uma das mais elementares e fundamentais formas de proteção devidas ao indivíduo. Nesse contexto é que se insere a adoção por casais homoafetivos: se os homossexuais individualmente são vítimas de graves atentados contra sua integridade física, se a união homoafetiva encontra forte resistência da sociedade, o exercício da parentalidade por pares homoafetivos, por meio do instituto da adoção, encontra resistência ainda maior, tendo em vista que envolve o convívio de seres em processo de formação com esse grupo envolto numa penumbra de preconceitos e estereótipos.

Perante o exposto, fica em evidência que se o princípio da igualdade basta para repelir qualquer natureza de discriminação cometida contra homossexuais. No caso da adoção, a questão torna-se ainda mais complexa, uma vez que o assunto excede o interesse do casal adotante, para introduzir no campo de interesse do adotante, este sujeito de direito e titular de peculiar amparo do Estado, da sociedade em geral e da família.

3.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é o que norteia todos os demais princípios inclusive nas relações de família. Canotilho (2003, p. 225), numa definição primeira sobre tal princípio, assegura que “outra esfera constitutiva da República [...] é a

dignidade da pessoa humana”. Desse ponto de vista, procede primeiramente o que está estabelecido no art. 1º da Constituição Federal, ou seja:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político (**negritamento meu**).

Observa-se, portanto que esse princípio consiste na valorização do indivíduo enquanto membro familiar e sujeito de direito, segundo Nunes (2002, p. 52) “é um princípio construído pela história e que consagra um valor que visa proteger o ser humano contra tudo que lhe possa levar ao menoscabo”. Nessa mesma direção, aponta Hage (2008, p. 1) que “a dignidade tem como macroprincípio a liberdade de escolha, que implica no caso das relações de família, em poder optar pelo tipo de entidade familiar que se quer constituir e que melhor corresponda à realização existencial de cada indivíduo”. Para Moraes (2005, p. 16):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Pode-se garantir, por conseguinte, que o homem, por ter dignidade, deve ser respeitado, permanecendo adiante de qualquer outro julgamento. Nota-se que desta maneira, está intrinsecamente ligado o princípio da dignidade da pessoa humana, à liberdade de escolha e a proibição de discriminação entre sexos, ou melhor, colocado, opção sexual, conjuntamente com a solidariedade familiar. No artigo 3º, inciso I e IV da atual Constituição Federal, tem-se que “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária deve ser objetivo fundamental, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação”. Sendo assim, a solidariedade familiar amplia-se para as relações

familiares interna e externamente, devendo haver respeito a qualquer tipo de entidade familiar, sem discriminações de qualquer gênero.

Perante o exposto, constata-se que muito além de um princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana possui características fundamentais e norteadoras de toda ordem legal pátria. E, como afirma Canotilho (2003, p. 226), “*exprime a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundidencial, religioso ou filosófico*”. A partir desse conceito de inclusão, constitucionalmente antecipado e cobrado tanto dos cidadãos, quanto do Estado, tem-se no princípio da dignidade da pessoa humana embasamento legal à legitimidade da vinculação conjugal homoafetiva como instituição familiar, bem como da possibilidade legal de adoção por pares homoafetivos.

De tal modo, os princípios constitucionais o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, Constituição Federal) e o da Igualdade que veda a discriminação, e aqui se insere a discriminação pela orientação sexual, são elementos fundamentais do estado democrático de direito, a valorização da dignidade humana não pode aprovar qualquer discriminação que se baseia em características pessoais individuais. Não se pode aceitar desrespeito ou dano a alguém em função da sua preferência sexual. Assim, os princípios supracitados são considerados mais importantes para as questões que envolvem a adoção por pares homoafetivos (DIAS, 2009). E como afirma Peres (2006, p. 12):

Ante esse novo cenário jurídico pátrio, donde a família pós-moderna se apresenta de forma plural, edificada sobre alicerces afetivos, e com amparo constitucional de inclusão, cujo princípio fundamental é a dignidade da pessoa humana, infere-se que há espaço suficiente no ordenamento jurídico para se tutelar a adoção por homossexuais, quer seja o pedido realizado de modo conjunto entre os companheiros, quer seja realizado individualmente

E não se pode esquecer de que, em seu artigo 5º, inciso I, a Constituição Federal estabelece a igualdade de homens e mulheres, em direitos e obrigações, e o seu artigo 3º, inciso IV, consagra a promoção do bem de todos sem preconceitos de sexo. Entretanto, não há o que falar em preconceitos ou discriminação; o que tem de ser considerado é que toda criança necessita de um lar, de pessoas que possa lhe proporcionar um mínimo de dignidade. O que deixa transparente que a proibição de discriminação por sexo, alcança a vedação da

discriminação da homossexualidade, a partir do momento que se refere à conduta afetiva da pessoa e o direito de opção sexual. Considerando o tempo em que a pessoa dirige seu afeto e interesse a outra pessoa, está exercendo sua liberdade de expressão, um direito assegurado para todos e amparado pela Constituição Federal de 1988.

3.3 O princípio da convivência familiar

O *caput* do artigo 227 da Constituição de 1988 estabelece que:

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 (**negritamento meu**).

É do conhecimento de todos que tais direitos não poderão ser encontrados nas ruas, onde crianças são deixadas à própria sorte, ou em alguma instituição de apoio, sem nenhuma *expectativa de adoção*. Assim a adoção por pares homoafetivos deve ser plenamente reconhecida, nesse sentido Sapko (apud DIAS, 2009, p. 226), afirma que:

Dificultar, burocratizar ou impedir a adoção por homossexuais, na verdade é negar às crianças abandonadas pelos pais, ou que foram retiradas deles em razão de violência, o direito de serem colocadas em famílias substitutas, onde poderiam ter o carinho e o cuidado de que necessitam.⁶

O que torna evidente que toda criança ou adolescente carece de um lar seguro para os seus desenvolvimentos cultural e educacional, e acima de tudo um lar de carinho, amor e

⁶ PEDROSO, Sílvia Coutinho. *A possibilidade jurídica da adoção por pares homoafetivos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2605, 19 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17224>>. Acesso em: 8 set. 2011.

principalmente de respeito, o que não deixa de transformar em realidade para muitas crianças, carente e abandonada por suas famílias.

O princípio da convivência familiar é consagrado, também, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em cujo artigo 19 está posto que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família natural e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a **convivência familiar** e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes” (**negritamento meu**). Nota-se que o princípio da *convivência familiar assegura rigorosa relação com o instituto da adoção, pois esta é uma das modalidades de inclusão da criança ou do adolescente em família substituta. De acordo com a doutrinadora Pereira (apud SALAZAR JR. 2006, pp. 105, 106):*

A adoção destaca-se entre as medidas de colocação familiar. Dentro de uma nova perspectiva, o instituto se constitui na busca de uma família para uma criança, abandonando a concepção tradicional, civil, em que prevalecia sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família.

Assim sendo, na impossibilidade de uma criança ou de um adolescente serem criados por sua família natural, devem ser colocados em família substituta e não importa se essa família seja formada por pares homoafetivos ou não. Não se trata da banalização do instituto da adoção, e sim, de que caso a família biológica não tenha o mínimo necessário para o sustento da criança, não há por que essa criança não tenha uma família substituta que irá proporcionar-lhe todo o conforto adequado.

Haja vista o exposto no *caput* do art. 4 do ECA “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” (**negritamento meu**). E, de igual modo, o art. 16 “o direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: (...) V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminações”.

Nesse mesmo sentido Silva, (2005, p. 62), ao discorrer sobre a liberdade de participação da criança na vida familiar e comunitária, sem discriminações afirma que:

A liberdade se harmoniza com o direito de a criança e do adolescente de participar da vida familiar e comunitária é, assim, mais do que uma possibilidade que se reconhece à determinação livre da criança e do adolescente, porque é um direito subjetivo que requer prestações positivas e condições favoráveis e efetivas para o seu auferimento, sem distinção de qualquer natureza, sem preconceitos e sem quaisquer outras formas de discriminações.

Ficou evidente que perante a não possibilidade de convivência com a família natural, a criança e o adolescente necessitam ser conduzidos, preferencialmente para uma família substituta, não importa se seja ela formada por pares homoafetivos ou heteroafetivos. Essa condução pode acontecer através dos institutos de adoção, guarda e tutela, sendo a adoção, indiscutivelmente, aquele que possui posição de maior evidência, devido à sua competência em atender de modo mais abrangente às carências das crianças e dos adolescentes, precisamente porque este é o único que assegura a convivência familiar de modo efetivo.

3.4 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Ao iniciar uma abordagem sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é necessário há esclarecer que tal princípio foi agrupado ao direito brasileiro e tornou-se mais notório a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas apesar de não constar declaradamente nestes diplomas jurídicos, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, procede do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e dos artigos 29 e 43 do ECA (SALAZAR JR., 2006). O art. 227 acima citado e os arts. 29 e 44 do ECA dispõem, respectivamente:

Art. 29. A colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado; Art. 43. A adoção apenas será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

O princípio do melhor interesse da criança decorre da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças⁷. O art. 3 desta Convenção prevê que “em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança”. E o art. 21 dispõe, ainda, que “os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança”.

O princípio suprarreferido se adapta a um conjunto maior e mais complexo à chamada doutrina da proteção integral, esta sim expressa no art. 1º do ECA, nesses termos: “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. e que por sua vez se originou na Convenção Internacional dos Direitos da Criança”. Nessa direção, Salazar Jr. (2006, p. 102) aponta que:

A doutrina da proteção integral operou uma mudança de paradigma no que toca à legislação destinada à população infanto-juvenil, isto porque o Código de Menores, até então vigente, adotava a doutrina do ‘menor em situação irregular’, impondo uma série de condições para que a lei pudesse ser aplicada ao seu público alvo, os ditos ‘menores’ e considerando-os objetos de direito, seres sem vontade própria que dependiam do arbítrio do magistrado, conhecedor nato das soluções mais adequadas a serem tomadas em relação a eles.

Quando se refere à criança e ao adolescente, nota-se que outros significativos reflexos da proteção integral são a prioridade absoluta no atendimento das necessidades biopsicossociais e o respeito à sua qualidade própria de ser humano em desenvolvimento. Nesse sentido, os artigos 4º e 6º do ECA são claros. O art. 4 já citado seu *caput* apresenta em seu parágrafo único que:

A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de

⁷ Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes/tabid/77/ContentId/c17c8956-dc66-4aa7-9a93-776896a56a37/Default.aspx>> Acesso em 16 de ago. 2012.

recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

E o art. 6º prevê que “na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”. Observa-se que o cuidado do legislador com a prioridade irrestrita foi tamanha que ele não se limitou a apontá-la, contudo, além disso, listou no parágrafo único do art. 4 as maneiras de certificar a sua concretização.

Perante o exposto observa-se que, mesmo atendidas às condições formais da adoção o juiz deve conferir, cada situação, analisando as particularidades de cada circunstância posta ao seu exame, se o deferimento do pedido está fundamentado no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Na apreciação dos princípios constitucionais que tratam sobre a questão da adoção de crianças e adolescentes, percebe-se que não há justificativa lógica que impede a adoção por casais homoafetivos. A não aceitação dessa adoção, tanto por parte dos operadores do direito quanto por parte da sociedade, configura evidente violação de um dos valores mais caros à sociedade – a igualdade –, que garante a todos os seres humanos uniformidade de tratamento pela lei (formal), afora o reconhecimento de suas diferenças, como é o caso dos homossexuais (material) (SALAZAR, JR., 2006).

Ao finalizar o capítulo a dedução que se tira é a de que quem sabe seja a hora de se refletir sobre preconceitos e de se praticar a habilidade de consentimento do diferente. Assim, tratou-se neste capítulo dos princípios constitucionais no contexto da adoção por casais homoafetivos. No próximo, a abordagem será especificamente sobre a possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais. A grande questão é se a adoção, por pares homoafetivos, encontra garantias legais na legislação brasileira.

4. POSSIBILIDADES JURÍDICAS DA ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

Com o capítulo quatro chega-se à questão principal da pesquisa proposta, ou seja, abordar as possibilidades jurídicas da adoção por pares homoafetivos, temática que tanto debate tem gerado na sociedade brasileira moderna, em especial no âmbito jurídico. Durante a construção do texto verificou-se não se ter um resposta pronta e acabada para o debate, uma vez que juridicamente o problema é amplo e não há, na legislação brasileira, qualquer preceito legal que consinta ou impeça, de modo claro e expresso, tal modalidade de adoção, todavia há casos acontecendo e isso leva à crença da possibilidade sim, da adoção por casais homoafetivos, nota-se, portanto que mesmo não se tendo uma resposta definitiva, tem-se a possibilidade. Entretanto, para melhor entendimento do assunto, há a seguir uma exposição doutrinária e jurisprudencial sobre tal possibilidade.

4.1. Possibilidades jurídicas da adoção por casais homoafetivos: uma análise doutrinária e jurisprudencial da realidade brasileira

Quanto a essa possibilidade jurídica de adoção os doutrinadores ainda se dividem bastante, sendo que a maior parte deles mostra-se desfavorável e os demais, uma amostra ainda ínfima favorável. Os desfavoráveis insistem em não acolher a presente realidade. Entre eles cita-se Figueiredo (2002), que não obstante defender a adoção por homossexuais, por ausência de impedimento, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente traz a lume a impossibilidade irrestrita de sua permissão favorável a casais homoafetivos, com apoio no artigo 226, § 3º da atual Constituição Federal, que reconhece como instituto familiar apenas a união estável heterossexual.

Leite (2005, p. 122), também, aceita a adoção de crianças e adolescentes por homossexuais, todavia estes devem viver sozinhos e é desfavorável à adoção por casais homoafetivos. Justifica o autor supracitado que a primeira, a favorável possibilidade tem sua base em erro legislativo:

A adoção não é proibida aos homossexuais que vivem sós. Esta é uma licença legal comprometedora da coerência legislativa nacional, só justificável pela irresistível intenção do legislador em favorecer ao máximo o número de adoções no Brasil, com vistas a contornar ao máximo o problema do menor abandonado, que o Estado não conseguiu resolver.

Assim, também entre os desafortunados, cabe lembrar Czajkowski (2003, p.186), que de igual modo aceita a adoção apenas por homossexuais em circunstâncias em que o adotante oculte sua homossexualidade, ou seja, que mantenha apenas relacionamentos avulsos e eventuais. Entende o autor, que “a manifestação homossexual do adotante, no papel de pai, ou mãe influencia e condiciona o comportamento do adotado”. Sobre sua posição em relação ao assunto vale mencionar ainda:

Se a vida sexual do ‘candidato a adotante’, pela sua condição de solteiro e, portanto, de liberdade, e ainda que potencialmente homossexual, é mantida em órbita afastada do ambiente doméstico que pretende oferecer ao menor; se há condições de solidez e segurança material e psicológica, a vida sexual privada do adotante – dentro de uma projeção razoável – não trará riscos tão grandes, nem dificuldades insuperáveis para o adotado. Nestes casos, a admissibilidade da adoção não pode ser rejeitada de plano.

Ainda, no perceber de Czajkowski (2003, p. 178), “a adoção funda-se na relação jurídica de pai e filho, ou mãe e filho, ou ainda na tríade pai, mãe e filho”. O autor supracitado acastela sua opinião dizendo que “dois homossexuais não podem adotar por dois motivos: primeiro porque a lei proíbe expressamente; e segundo porque dois homossexuais não formam família. Ou seja, esses pares não conseguem imitar a situação de pai e mãe”.

Há também a concepção de que a adoção por casais homossexuais deve acontecer tão somente quando, conforme Lisboa (2002, p. 206), “o adotando for pessoa capaz e já tenha caráter definido”. Lisboa (2002, p. 206) ainda afirma ser inadmissível a adoção de crianças, e desse modo explica seu pensamento, “a relação familiar *standard*⁸ e de maior importância entre nós ainda é o casamento civil, que pressupõe a união heterossexual. Como as relações homossexuais não proporcionam esse padrão social médio, que foi fixado como o mais relevante entre os vínculos de família, não se afigura adequada a adoção por homossexual”.

⁸ *Standard* é o mesmo que: padrão, modelo. Dicionário de sinônimos do Windows.

Figueiredo (2002, p. 89) contestando os juízos contrários à adoção por casais homossexual afirma que:

Muitos homossexuais levam vidas inteiramente ajustadas, sem que sua preferência sexual tenha influência negativa sobre no adotado, ao contrário, pode ser observado em alguns heterossexuais que, mesmo considerados “normais”, aptos para adotar, podem ter comportamento muito devastadores na formação da criança e do adolescente, tais como, sadomasoquismo, pedofilia, sexo grupal, agressão.

A desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Maria Berenice Dias também faz parte de um baixo número de doutrinadores que defende a adoção por pares homoafetivos. A autora supramencionada fundamenta essa possibilidade levando em conta o princípio da isonomia. Afirma Dias (2009, pp. 216-217):

O outro fundamento que faculta o deferimento da adoção por um casal é da esfera constitucional. Não é possível excluir o direito à paternidade e à maternidade em face da preferência sexual de alguém, sob pena de infringir-se não é possível excluir o direito à paternidade e à maternidade a “gays”, lésbicas, transexuais e travestis, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade da pessoa humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem. Assim não há como excluir o direito de guarda, tutela e adoção que é garantido a todo cidadão. [...] Diante do conceito aberto de família substituta (ECA 28), nada impede que duas pessoas adotem, independentemente da identidade sexual.

No entender de Andrade (2005, p. 117), “a partir da Constituição de 1988, a família deixou de ter como base o trio pai – mãe – filho, ao ser reconhecido como entidade familiar aquela monoparental, formada por mãe e filho ou pai e filho, assim, não existe empecilho para a adoção por casais homossexuais”. Nesse contexto, acredita-se que as qualidades dos casais homoafetivos são iguais as dos casais heterossexuais, não havendo, portanto empecilho à adoção. Nahas (2006, p. 136) confirma o exposto ao afirmar que “duas pessoas, ainda que do mesmo sexo, encontrando-se unidas com o objetivo de formar família, entrelaçadas pelo amor, lealdade, fidelidade e assistência mútua, de forma pública e duradoura, possuem as características de entidade familiar. Portanto, estão aptas para adotar”.

Corroborando os pensamentos, favoráveis a adoção por casais homoafetivos, e insistindo na ideia de que a união homoafetiva, tal qual a heterossexual, concretiza-se pelo companheirismo e pelos vínculos de afeto. Pinheiro (2010, p. 209) assegura que:

Presentes os requisitos, não há razão jurídica, tampouco lógica, para a improcedência do pleito de um homossexual, que efetivamente demonstre condições de amparar e educar uma criança ou adolescente, ainda que reste a dúvida quanto ao preconceito que enfrentaria pela sociedade, que não pode ser a eles atribuídos. No máximo seria admissível a determinação de um acompanhamento psicoterapêutico, por tempo determinado, haja vista que o estágio de convivência é suficiente para a demonstração da aptidão do adotante, bem como da adaptação do adotando no lar substituto.

Mediante o exposto prescinde-se que a opção sexual do adotante não é barreira para o consentimento da adoção e como já visto. Nos artigos 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente onde a pauta é adoção não há, subentendido ou claramente, exposto qualquer empecilho legal à adoção por homossexual, seja solteiro ou que conviva com outra pessoa. Há que se considerar também que Código Civil vigente normatiza a adoção muito bem delineadamente nos artigos 1.618 a 1.629 e não faz qualquer referência à orientação sexual do adotante, no entanto, assim preceitua em seu artigo 1.622, “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”.

Nota-se que o referido artigo, de modo tácito, limita legalmente a adoção por casais homoafetivos, uma vez que a legislação brasileira ainda não permite o casamento e também não reconhece a união estável entre pessoas do mesmo sexo, separando-os do direito garantido aos casais heterossexuais, o de adotar conjuntamente, todavia o tema tem sido debatido e leis que asseguram o direito à união estável homoafetiva, com todas as prerrogativas de uma união entre pessoas de sexos diferentes, estão sendo elaboradas e caminham para efetiva consolidação, haja vista a recente aprovação do projeto, do – STF –, que prevê o reconhecimento e inclui a união estável entre pessoas do mesmo sexo no Código Civil, pela Comissão de Direitos Humanos do Senado Nacional, conforme registrou o Estadão *on-line*⁹. Todavia, para que se concretize a aprovação do projeto como lei, a matéria ainda,

⁹ Comissão do Senado aprova projeto reconhecendo união homossexual. Texto na íntegra disponível em: <homossexual<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,comissao-do-senado-aprova-projeto-reconhecendo-uniao-homossexual,877482,0.htm>> Acesso em 22 de set. 2012.

Segundo Marcello (2012, p. 2), “precisa ser analisada pela Comissão de Constituição e Justiça – CCJ –. Se aprovada [...], segue direto à Câmara dos Deputados”.

Mas o que se observa é que a não aprovação do casamento e ou da união estável entre casais homoafetivos é uma das justificativas apresentadas pelos doutrinadores e pelos magistrados para negar a possibilidade jurídica da adoção aos pares homoafetivos. Contudo a opção sexual do adotante, por lei, não é critério impeditivo a adoção de uma criança ou adolescente por uma pessoa de orientação homossexual e é esta a lacuna na lei, que hoje em dia, favorece a casais homoafetivos adotar. Nesses casos, a adoção é requerida por somente um dos companheiros e depois de seu deferimento, o outro parceiro entra com uma ação judicial pleiteando a adoção conjunta do menor (PEREIRA, 2001).

Se essa modalidade de adoção já acontece na prática, questiona-se: por que o legislador persiste em não normatizá-la? Quem sabe por legítimo convencionalismo, pois considerando que o ordenamento jurídico pátrio não traz nenhuma proibição explícita a respeito da matéria e as frequentes determinações do Poder Judiciário no que diz respeito à união entre casais homoafetivos como instituto familiar, conferindo-lhe os efeitos da união estável, acredita-se que a adoção por esses pares é juridicamente admissível.

Nesse sentido, evidencia-se decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em manter adoção de crianças por casal homossexual. Decisão ocorrida em abril de 2010. Nestes termos:

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu hoje uma decisão inovadora para o direito de família. Por unanimidade, os ministros negaram recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul e mantiveram a decisão que permitiu a adoção de duas crianças por um casal de mulheres. Seguindo o voto do relator, ministro Luis Felipe Salomão, a Turma reafirmou um entendimento já consolidado pelo STJ: nos casos de adoção, deve prevalecer sempre o melhor interesse da criança. ‘Esse julgamento é muito importante para dar dignidade ao ser humano, para o casal e para as crianças’, afirmou. Uma das mulheres já havia adotado as duas crianças ainda bebês. Sua companheira, com quem vive desde 1998 e que ajuda no sustento e educação dos menores, queria adotá-los por ter melhor condição social e financeira, o que daria mais garantias e benefícios às crianças, como plano de saúde e pensão em caso de separação ou falecimento. A adoção foi deferida em primeira e segunda instâncias. O tribunal gaúcho, por unanimidade, reconheceu a entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo e a possibilidade de adoção para constituir família. A decisão apontou,

ainda, que estudos não indicam qualquer inconveniência em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, importando mais a qualidade do vínculo e do afeto no meio familiar em que serão inseridas. O Ministério Público gaúcho recorreu, alegando que a união homossexual é apenas sociedade de fato, e a adoção de crianças, nesse caso, violaria uma série de dispositivos legais. O ministro Luis Felipe Salomão ressaltou que o laudo da assistência social recomendou a adoção, assim como o parecer do Ministério Público Federal. Ele entendeu que os laços afetivos entre as crianças e as mulheres são incontroversos e que a maior preocupação delas é assegurar a melhor criação dos menores. Após elogiar a decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul, relatada pelo desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, o presidente da Quarta Turma, ministro João Otávio de Noronha, fez um esclarecimento: 'Não estamos invadindo o espaço legislativo. Não estamos legislando. Toda construção do direito de família foi pretoriana. A lei sempre veio a posteriori', afirmou o ministro¹⁰.

Já no Estado de Goiás, foi um casal homossexual feminino o primeiro a ter, de acordo com a justiça, reconhecido o direito de adoção. Desde abril de 2008, uma funcionária pública, à época com 49 anos, e uma bibliotecária 34 anos, tinham a guarda de uma menina de 2 anos e 10 meses. A decisão inédita foi concedida pelo juiz Maurício Porfírio, do Juizado da Infância e Juventude de Goiânia (JIJ). Para suprir a ausência de lei específica sobre o tema, o magistrado baseou-se em sentença semelhante do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS)¹¹. De igual modo, traz-se a baila a reportagem a seguir, publicada em 27/05/2011 pelo TJ de Minas Gerais¹²:

Ao concederem, por unanimidade de votos, a adoção de um bebê para um casal de homossexuais, os desembargadores da 1ª Câmara Cível de Belo Horizonte mais uma vez pensaram no melhor interesse da criança, como demandam casos envolvendo menor. Para fundamentar a decisão, embasaram-se nos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e igualdade da pessoa humana, na recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que equiparou os direitos dos homossexuais aos dos heterossexuais, considerando aquela união como mais uma unidade familiar, em pesquisas de especialistas no assunto, e na lei de Registros Públicos, que não proíbe o registro de nomes de pessoas do mesmo sexo na certidão. De acordo com os autos, ficou comprovado que a mãe biológica não tem condições de cuidar do bebê, nem interesse em fazê-lo. O mesmo ocorre com a avó. O laudo psicológico demonstrou que as interessadas em adotar, que estão com a criança desde praticamente o nascimento, "cuidam bem dela

¹⁰Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96931> Acesso em 22 de set. 2012.

¹¹ Disponível em: < <http://www.forumjuridico.org/topic/7647-concedia-a-primeira-adocao-homoafetiva-em-goias/>> Acesso em 23 de set. 2012.

¹² Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/anexos/nt/noticia.jsp?codigoNoticia=30334>> Acesso em 23 de set. 2012.

e seria desaconselhável e desumano separar a criança de quem cuida dela com tanto zelo e carinho”, conforme o desembargador Eduardo Andrade. Em 1ª Instância, o juiz de Patos de Minas, Joamar Gomes Vieira Nunes, já havia deferido o pedido de adoção argumentando também que “a adoção é uma medida extrema, que só deve ser deferida se for para atender aos anseios do menor. Note-se neste caso, a presença das requerentes na vida desta criança é de importância ímpar, pois o mesmo encontrava-se totalmente desamparado, pois a mãe biológica não possuía condições financeiras e psicológicas de arcar com a criação de seu filho”. O Ministério Público recorreu alegando, entre outras coisas, que a adoção do menor por homossexuais pode gerar-lhe constrangimentos futuros, pois terá que se apresentar como filho de duas mulheres. O relator do processo, desembargador Armando Freire disse em seu voto: “tenho 30 anos de exercício da judicatura e fico imaginando se, no início, decidiria da mesma forma. Acho que dificilmente seria a mesma decisão, mas é importante percebemos e acompanharmos a evolução do Direito. Sinto-me recompensando neste meu exercício de poder, conscientemente, decidir dessa forma”. O desembargador Alberto Vilas Boas afirmou que “pessoas do mesmo sexo que desejam se reunir para constituir família podem ser diferentes para a ótica de quem assim não o é, mas, na essência, são pessoas iguais a cada um daqueles que compõe a sociedade”. Dessa decisão cabe recurso. Se não houver alteração na decisão, as duas mulheres poderão registrar o bebê.

Ainda em Minas Gerais, o Tribunal de Justiça, em julgamento sucedido em 02 de fevereiro de 2012, tornou a deferir a adoção por um par homoafetivo. Observa-se:

Processo: Apelação Cível 1.0470.08.047254-6/001 0472546-21.2008.8.13.0470 (1) Relator (a): Des.(a) Bitencourt Marcondes Órgão Julgador/Câmara: Câmaras Cíveis Isoladas / 8ª CÂMARA CÍVEL Súmula: DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, COM RECOMENDAÇÃO Comarca de origem: Paracatu Data do Julgamento: 02/02/2012. Data da publicação da súmula: 13/02/2012 EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ABANDONO DA CRIANÇA PELA MÃE BIOLÓGICA. ADOÇÃO POR CASAL DO MESMO SEXO QUE VIVE EM UNIÃO ESTÁVEL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. REGISTRO DE NASCIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - A destituição do poder familiar é medida extrema, só devendo ser concretizada se comprovada a impossibilidade de permanência do menor com os pais. II - Sempre que se tratar de interesse relativo às crianças e adolescentes, o magistrado deve se ativer ao interesse do menor, considerando, para tanto, primordialmente, o seu bem estar. III - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a existência de entidade familiar quando duas pessoas do mesmo sexo se unem, para constituição de uma família. IV - A vedação à discriminação impede qualquer interpretação proibitiva de que o casal homoafetivo, que vive em união estável, adote uma criança. V - Demonstrado nos autos que a genitora, com histórico de conduta agressiva e

envolvimento com prostituição, abandonou a menor entregando-a aos cuidados das requerentes, e que a convivência com o casal homoafetivo atende, de forma inequívoca, o melhor interesse da criança, a destituição do poder familiar é medida que se impõe nos termos do artigo 1.638, II e III, do Código Civil. VI - O pedido de adoção deve ser deferido em nome de ambas as autoras, sob pena de prejuízos à menor de ordem material (direito de herança, alimentos, dentre outros).

Mediante o exposto acredita-se que a adoção não pode depender da orientação sexual do adotante, incorrendo o risco de se desrespeitarem os princípios constitucionais antes estudados, quais sejam: dignidade da pessoa humana, da igualdade, da convivência familiar e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Confirmando esse entendimento Vieira (2005, p. 14) afirma que: “para a adoção ser concedida deve-se investigar o que é bom para a criança, o que ela tem a ganhar ao ser adotada e a perder caso seja negada a adoção”. Desse modo, a homossexualidade dos pais não é pretexto que justifique deixar uma criança à mercê de instituições de abrigo, ou mesmo na rua. Se os adotantes, mesmo que homossexuais, formam uma família, acredita-se ser válida a possibilidade de adoção. Há que se considerar aqui o pensamento de Dias (2009, p. 65) quando ela afirma que:

A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Dessa forma, sendo analisadas as condições exigidas pelo ECA, dentre as quais se enfatiza o estágio de convivência e o estudo social do perfil da futura família, devidamente acompanhado por profissionais qualificados, nada impede que um casal homoafetivo ganhe como filho uma criança ou um adolescente.

Nesse sentido, Pereira (2001, p. 3) lembra ainda que a “ordenação jurídica, para estar mais próxima do ideal de Justiça, e afinal cumprir sua função básica, deve estar voltada, antes

das regras morais e estigmatizantes, para a libertação dos sujeitos, a afim de que se cumpra a ética do Direito”.

A permissão para a adoção, por casais homoafetivos, seguramente tem beneficiado e, certamente continuará a beneficiar inúmeras crianças que se encontram desamparadas, muitas delas vivendo à mercê da própria sorte. Assim não se poderia deixar de expor aqui o posicionamento do ex-deputado federal Marcos Rolim, proferido em 2002 quando da decisão judicial que assegurou a guarda do filho de Cássia Eller à sua companheira. Disse o parlamentar sobredito:

Temos, no Brasil, cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da faixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão, em regra, ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia me dizer por quê? Será possível que a estupidez histórica construída escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o suficiente para dizer: - Sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais? Ora, tenham a santa paciência. O que todas as crianças precisam é cuidado, carinho e amor. Aquelas que foram abandonadas foram espancadas, negligenciadas e/ou abusadas sexualmente por suas famílias biológicas. Por óbvio, aqueles que as maltrataram por surras e suplícios que ultrapassam a imaginação dos torturadores; que as deixaram sem terem o que comer ou o que beber, amarradas tantas vezes ao pé da cama; que as obrigaram a manter relações sexuais ou atos libidinosos eram heterossexuais, não é mesmo? Dois neurônios seriam, então, suficientes para concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. Poderíamos acrescentar que aquela circunstância também não agrega nada de relevante, inclusive, quanto à futura orientação sexual das próprias crianças, mas isso já seria outro tema. Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: - que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?¹³

O posicionamento de Rolim ainda é atual, apesar de transcorridos quase onze anos, e de lá pra cá, pouco se tem feito a respeito do assunto aqui tratado. Assim o que se defende

¹³ ROLIM, Marcos. 2002. Casais homossexuais e adoção. Disponível em: <<http://www.rolim.com.br/cronic162.htm>> Acesso em 24 de set. 2012.

nesta pesquisa é que, o que deve sobrepor a todos os dogmas e preconceitos já estabelecidos é o bem estar da criança e do adolescente. Deve-se considerar sua condição de vida antes da adoção e como seria se vivesse num novo lar, não considerando se esse lar seja formado por casais hétero ou homossexuais. É imprescindível refletir sobre o futuro da criança e do adolescente, refletir no cuidado que eles irão receber das pessoas que os adotarem e ter sempre em mente que o amor, com certeza, fará deles seres humano melhores.

Isso posto, acredita-se ser o momento de o Brasil e de os brasileiros repudiarem de vez os preconceitos e os costumes hipócritas que ainda vigoram contra a adoção por casais homoafetivos. É hora de todos conjuntamente adotarem um caráter de firme defesa da irrestrita prioridade que constitucionalmente é certificada aos direitos das crianças e dos adolescentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta monografia percebeu-se a evidência de que a parceria civil homossexual não será fácil de ser regularizada. No entanto, nota-se que a evolução da família é algo incontestável e, uma vez que, como um fato não poderá ser ignorada, terá que ser aceita pela sociedade. Nesse sentido, para que seja assegurada a dignidade humana, a proteção jurídica para essa família também deverá ser um fato.

Verificou-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente não apresenta expressamente que a adoção por pessoa homoafetiva seja uma possibilidade, contudo não a impede. Há duas vertentes de pensamento relacionadas à adoção por casais homoafetivos, a primeira é a que pondera que haverá possibilidade da adoção em conjunto se ao casal homoafetivo for dada a condição de entidade familiar, a partir da alteração do artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988; a segunda vertente defende que o referido artigo contrapõe-se ao princípio da isonomia, da igualdade, e o da dignidade humana – princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. E por essa razão, essa vertente julga que o artigo constitucional supracitado há que ser desconsiderado e aos casais homoafetivos deve haver concessão dos mesmos direitos que possuem os casais heteroafetivos.

Observa-se que é importante que um Estado Democrático de Direito admita os *direitos decursivos das relações afetivas existentes em sua sociedade, uma vez que sua Carta Maior estabelece o respeito à liberdade do indivíduo. Não se deve apenas em virtude da lei fazer com que se valham direitos existentes, posto que esta também está para punir ações discriminatórias que ferem os direitos e liberdades fundamentais.*

A negação da possibilidade de adoção como direito a pares homoafetivos se estabelecerá como punição a indivíduos que optaram e assumiram condutas diferentes daquela socialmente convencional. Não se pode deixar de levar em conta que, além das pessoas serem portadoras dos mesmos direitos, a permissão da adoção por casais homoafetivos poderia trazer a adolescentes e crianças desprezadas pela sociedade mais do que assistência de ordem material. Estas poderiam encontrar um berço no qual teriam afeto, bem como a possibilidade de ser educadas, educar-se e desenvolver-se moral e intelectualmente.

Admitindo-se que uma união homoafetiva tem a possibilidade de estender-se estavelmente como a de um casal convencional, e que a regularização da adoção por casais homoafetivos evitaria situações constrangedoras, assim como a tornaria menos conflitante. Não é cabível denegar às famílias formadas por pares homoafetivos o cunho de entidade familiar.

Espera-se que os operadores do direito operem sob a observância das transformações sucedidas na sociedade a fim de minimizar, e se possível eliminar a segregação dos casais homoafetivos, com ações que se direcionem ao nivelamento dessas uniões, as uniões convencionais.

Ao terminar a pesquisa fica que os objetivos propostos foram alcançados, a problemática respondida e as hipóteses confirmadas. Fica aqui a sugestão da continuidade da investigação, uma vez que a temática é complexa e ainda carece de legislação concreta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERNAZ JÚNIOR, Victor Hugo. **Adoção no atual sistema jurídico brasileiro**. Tese de mestrado. São Paulo, 1996.

ANDRADE, Diogo de Calasans. Melo. **Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais**. Revista brasileira de direito de família. IBDFAM, n° 30, junho-julho 2005.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAVES, Antônio. **Adoção: adoção simples e adoção plena**. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. **Precisões sobre os conceitos de lei e de Igualdade jurídica**. Revista dos Tribunais/Fasc. Civ., Ano 87, v. 750, abril – 1998, pp. 11-19.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das Leis 8.971/94 e 9.278/96**. 2ª ed., 3ª tir., rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do Garantismo Jurídico**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

LAROUSSE. **Dicionário de Língua Portuguesa**. Paris: Larousse / Brasil: São Paulo: ática, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Adoção por homossexuais e o interesse das crianças**. In: **Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos**. (coord.) Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LISBOA, Sandra Maria. **Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil: V. 5ª direito de família e das sucessões**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro. **Instituição do direito de família**. São Paulo. Direto, 2000.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NAHAS, Luciana Faisca. **União homossexual: proteção constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Manual da Monografia Jurídica: Como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese.** 7ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997 / 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Sexualidade vista pelos Tribunais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINHEIRO, Paula Tathiana. **Da ausência de vedação à adoção por homossexuais, segundo o ordenamento jurídico pátrio.** Revista do instituto de pesquisa e estudos: divisão jurídica. Bauru/SP, jan/mar. 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família.** Volume 6. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2008

SILVA FILHO, Artur Marques da. **O regime jurídico da adoção estatutária.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Direitos humanos da criança.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SZNICK, Valdir. **Adoção.** São Paulo: Leud, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** 8ª ed. – São Paulo : Atlas, 2008.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Direito e bioética: a novela senhora do destino e a adoção por homossexuais.** Revista jurídica CONSULEX. n° 198, abril 2005.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj; KOSSOBUDZKI, Lúcia Helena Milazzo Kossobudzki. **Filhos da solidão: Institucionalização, abandono e adoção.** Curitiba: Juruá, 1996.

Documentos Eletrônicos

BORTOLUZZI, Roger Guardiola. 2002. **A dignidade da pessoa humana e sua orientação sexual.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6494/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-orientacao-sexual/2#ixzz23fRD2MIa>> Acesso em 14 de julho 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** – 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 14 de julho de 2012.

Convenção internacional dos direitos da criança. Adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro e 1990. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes/tabid/77/ConteudoId/c17c8956-dc66-4aa7-9a93-776896a56a37/Default.aspx>> Acesso em 16 de agosto 2012.

CUNHA, Tainara Mendes. 2011. **A evolução histórica do instituto da adoção.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-historica-do-instituto-daadocao,34641.html>> Acesso em 22 de abril 2012.

Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 18 de agosto 2012.

HAGE, Rodrigo. **O princípio da dignidade da pessoa humana como norteador das relações familiares.** Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewPDFInterstitial/16329/15893>> Acesso em 12 julho 2012.

Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em 18 de agosto de 2012.

Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm> Acesso em: 12 de julho de 2012.

Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965. Dispõe sobre a legitimidade adotiva.<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=4655&tipo_norma=LEI&data=19650602&link=s> Acesso em: 18 de agosto de 2012.

MARCELLO, Maria Carolina. 2012. **Comissão do Senado aprova projeto reconhecendo união homossexual.** Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,comissao-do-senado-aprova-projeto-reconhecendo-uniao-homossexual,877482,0.htm>> Acesso em 22 de setembro 2012.

MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. 2012. **A evolução do princípio da igualdade e sua aplicação sob a ótica material na Constituição Federal.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20924/a-evolucao-do-principio-da-igualdade-e-sua-aplicacao-sob-a-otica-material-na-constituicao-federal#ixzz23flgYEI9>> Acesso em 15 de julho 2012.

ROLIM, Marcos. 2002. **Casais homossexuais e adoção.** Disponível em: <<http://www.rolim.com.br/cronic162.htm>> Acesso em 24 de setembro 2012.

SALAZAR JR, João Roberto. 2006. **Adoção por casais homoafetivos na Constituição Federal.** Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/3/TDE-2007-05-22T13:49:10Z-3264/Publico/JOAO%20ROBERTO%20SALAZAR%20JR.pdf> Acesso em 15 de julho 2012.

VICENTE, José Carlos. 2006. **Adoção.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2918/Adocao>> Acesso em 21 de abril 2012.