

FACER FACULDADES – UNIDADE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO



ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Orientador: Márcio Lopes Rocha

Orientanda: Tatianna Fernandes Silva

M
34
SI586a

132121



L0000149769

Biblioteca FER/Rubiataba

RUBIATABA

2014

132121

FACER FACULDADES – UNIDADE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO



Tatianna Fernandes Silva

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Monografia Jurídica apresentada no Curso de Direito da FACER- Faculdades- Unidade de Rubiataba sob a orientação do Professor Doutor Márcio Lopes Rocha como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

De acordo

Professor Márcio Lopes Rocha

RUBIATABA

2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por proporcionar a realização de um sonho, pois não foi nada fácil chegar até aqui. Sou imensamente grata a minha mãe, Ana Maria, que por inúmeras vezes pôde ser testemunha das dificuldades que enfrentei para conseguir concluir esse sonho.

Não tenho palavras para agradecer o carinho, dedicação e paciência do meu namorado, Guilherme Eduardo, que tanto me apoiou, ajudou-me e deu-me forças para conseguir alcançar meus objetivos. Por muitas vezes me viu chorar, e querendo desistir, mas sempre me animava continuar.

E por último, mas não menos importante, quero agradecer ao meu professor orientador, Márcio Rocha que me ajudou a passar por mais essa luta, que é o trabalho de conclusão de curso, não me deixando desanimar, usando sempre de palavras doces e animadoras. Obrigada por tudo!

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu pai Vilmar Fernandes e, principalmente a minha mãe Ana Maria, grande incentivadora e também ao meu namorado que suportou todas as minhas reclamações e nunca desistiu de mim.

“Que os grandes esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.”

Charles Chaplin

SIGLAS E ABREVIATURAS

(a.C.) antes de Cristo

(*apud*) citado por

(Art.) Artigo

(CF) Constituição Federal

(ECA) Estatuto da Criança e do Adolescente

(Nº) número

(p.) página

(STF) Supremo Tribunal Federal

(STJ) Superior Tribunal de Justiça

(§) parágrafo

FOLHA DE APROVAÇÃO

Tatianna Fernandes Silva

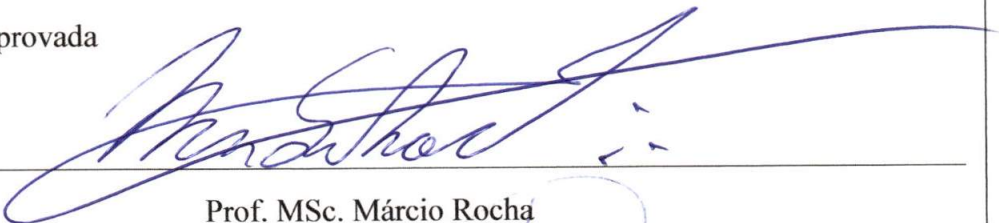
Adoção por casais homoafetivos

COMISSÃO JULGADORA

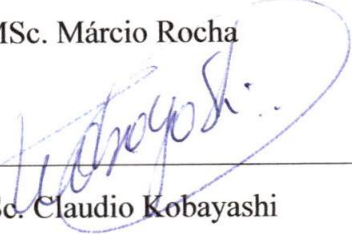
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACER-FACULDADES- UNIDADE RUBIATABA

RESULTADO: Aprovada

Orientador: _____


Prof. MSc. Márcio Rocha

1º Examinador (a): _____


Profa. MSc. Claudio Kobayashi

2º Examinador (a) _____


Prof. Esp. Edilson Rodrigues

RUBIATABA

2014

RESUMO: Adoção por casais homoafetivos é tema bastante polêmico e discutido, tanto no âmbito social quanto no âmbito jurídico. Esse tipo de adoção, como é sabido, ainda não foi legalizada, assim como o casamento entre pessoas do mesmo sexo. As pessoas que vivem esse tipo de união, não só querem constituir família, como também têm esse direito. Quando duas pessoas se amam, respeitam-se e têm afeto uma pela outra é natural que tenham o desejo de se casar e ter filhos. Os homoafetivos têm a mesma capacidade de se relacionar e amar uma criança que os heterossexuais têm. Mas, o preconceito que norteia tal assunto ainda é muito grande, e os homoafetivos sentem muita dificuldade em adotar uma criança ou adolescente, até mesmo de manterem uma relação estável. Todos têm os mesmos direitos, então é necessário que a luta dos homoafetivos de acabar com o preconceito que os envolve não pode terminar. E, no caso da adoção o que precisa prevalecer é sempre o melhor interesse da criança ou adolescente, de forma que qualquer tipo de preconceito seja extinto, para sempre preservar e fazer o que for melhor, para a criança e o adolescente.

Palavras-chave: adoção, homoafetividade, amor, preconceito, família.

ABSTRACT: Adoption by homosexual couples is very controversial issue and discussed, both in the social field and in the legal framework. This type of adoption, as we know, has not yet been legalized, as well as marriage between same sex. People living such a union, not just want a family, but also have this right. When two people love each other, respect each other and have love for each other is natural that they have the desire to marry and have children. The homosexual have the same ability to relate and love a child that heterosexuals have. But the prejudice that guides this subject is still very great, and the homosexual feel very difficult to adopt a child or adolescent, even to maintain a stable relationship. All have the same rights, then it is necessary that the struggle of homosexual to end the prejudice that surrounds can not finish. And in the case of adoption you need to prevail is always the best interests of the child or adolescent, so that any kind of prejudice is extinct, forever preserving and do what is best, to child and adolescent.

Keywords: adoption, homoaffection, love, prejudice, family.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO	14
2.1 Na Idade Antiga.....	14
2.2 Na Idade Média e na Idade Moderna	17
2.3 A Evolução da Adoção no Brasil	19
2.3.1 Lei nº 3.133/57	20
2.3.2 Lei nº 4.655/65	21
2.3.3 Lei nº 6.697/79 – Código dos Menores	22
2.3.4 Constituição Federal Brasileira de 1988.....	23
2.4 Conceito de Adoção	24
2.5 Natureza Jurídica.....	25
3 A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA	26
3.1 A Adoção no Código Civil de 2002	26
3.2 A Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente	27
4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA	35
4.1 Histórico	35
4.1.1 No Direito Antigo.....	36
4.1.2 No Direito Medieval.....	37
4.1.3 No Direito Moderno	38
4.2 A Família no Direito Brasileiro.....	39
4.2.1 Entidades Familiares	40
4.2.2 Família monoparental.....	41
4.2.3 União Estável	42
4.3 Alguns Apontamentos sobre a Família Homoafetiva.....	43

5 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS E O
PRECONCEITO QUE A ENVOLVE..... 46

5.1 Interesse do Menor 49

5.2 O Preconceito e a Jurisprudência 50

6 CONCLUSÃO..... 57

REFERÊNCIAS 60

1 INTRODUÇÃO

A homoafetividade existe a milhares de anos, mas era proibida por se tratar de pecado mortal perante a igreja católica e a sociedade. Mas ao longo dos anos isso foi mudando e se desenvolvendo a possibilidade de aceitação de pessoas de mesmo sexo se relacionar. Aos poucos os casais homoafetivos foram ganhando alguns direitos, como a possibilidade de casamento e a adoção feita por esses casais.

Adoção homoafetiva é instituto polêmico e que causa muitas divergências entre jurisprudência e doutrina no qual é necessário melhor reflexão no que se refere à aceitação da adoção por casais homossexuais, e a possibilidade de legitimação desse tipo de adoção no futuro. Para entender esse instituto, é necessário fazer um apanhado sobre o instituto da adoção desde os primórdios até os dias atuais.

O capítulo 2 (dois) vai abordar a evolução histórica do instituto da adoção, que teve seus primeiros relatos na antiguidade, no Código de Hamurabi, entre os anos de 1728 a 1686 a. C. Aqui, a adoção era tida como um contrato. O Código de Hamurabi trouxe muitas características que foram um tanto quanto inovadoras para a época, como o do filho adotado ter os mesmos direitos do filho natural, entre outras. Foi uma época muito importante para tal instituto.

Na Idade Moderna passou a ser utilizado o Código Napoleônico, em que depois de feita a adoção, ela não podia ser revogada. No Brasil, a adoção foi inserida primeiramente nas Ordenações Filipinas e em seguida no Código Civil de 1916. A cada novo código que surgia, podia-se notar uma evolução no instituto da adoção.

O capítulo 3 (três) irá tratar da adoção no novo Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. O Código Civil de 2002 seguiu o mesmo padrão estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, resumindo em poucos artigos sobre adoção. O ECA foi, e ainda é muito importante no que concerne ao instituto da adoção, ele trouxe várias inovações e peculiaridades que serão abordadas ao longo do capítulo 2 (dois).

O capítulo 4 (quatro) já começa aprofundar mais um pouco sobre o assunto central do trabalho. Vai abordar como se deu a evolução histórica da família, que vai desde os primórdios até a contemporaneidade. A concepção de família somente podia ser reconhecida através do matrimônio, que seria a união entre um homem e uma mulher com o objetivo da procriação.

Na era medieval, a igreja tinha uma grande influência sobre as famílias, pode-se dizer que era a igreja quem ditava as regras. Ela interferia de maneira direta nas relações familiares. No direito moderno a família passou a se valorizar mais e a ficar cada vez mais unida. Os filhos ajudavam os pais e as mulheres passavam a ter mais autonomia. No Brasil, o ápice dos direitos de família se deu com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que introduziu outros tipos de família no nosso ordenamento jurídico, incluindo a família formada por casais do mesmo sexo, que é mera interpretação da lei, já que esta não traz expressa tal forma de família.

E por fim, o capítulo 5 (cinco) irá trazer a adoção feita por casais homoafetivos, bem como as suas peculiaridades, características, o preconceito que a envolve e, principalmente o desejo dessas pessoas em serem tratadas em pé de igualdade em relação às demais. É importante notar o quão os homossexuais desejam constituir uma família, mas isso é bem complicado para eles, pois, infelizmente o preconceito ainda prevalece.

De acordo com a evolução que o mundo vem sofrendo e as pessoas que nele vivem mudam diariamente seus conceitos de como viver em sociedade, é necessário que o ordenamento jurídico acompanhe essas mudanças de perto e também evoluam diante de tais situações como a adoção feita por casais homoafetivos.

Os casais homoafetivos sempre enfrentaram problemas relacionados ao preconceito, desde quando começaram a expor seus relacionamentos e reivindicarem que seus direitos fossem respeitados, começando pelo casamento entre eles e logo em seguida, a vontade desses casais de constituir família e terem filhos através da adoção.

Não há que se falar em uma legislação que regule a adoção por casais homossexuais, também não há legislação que a proíba. O Estatuto da Criança e do Adolescente não proíbe que um casal homoafetivo adote uma criança ou adolescente, pois o intuito do referido Estatuto é de resguardar e zelar pela vida e dignidade dos mesmos, possibilitando-os de ter um lar regado com amor, carinho e afeto, não questionando a orientação sexual dos adotantes.

Nesse mesmo contexto, a Constituição Federal e o Código Civil Brasileiro não trazem em seus conteúdos a proibição ou vedação à adoção feita por casais homoafetivos. Por não possuir legislação que regule tal instituto, essa decisão fica por conta dos Juízes que podem julgar se é ou não possível esse tipo de adoção. O preconceito e a preocupação desses operadores do direito se irá afetar o psicológico dessa criança ou adolescente ainda é uma barreira muito grande.

Com isso, há que salientar a importância desses operadores do direito, que tem um tema atual e polêmico a ser analisado. Os direitos e os interesses dos adotados envolvidos devem sempre prevalecer nesses processos de adoção. A opção sexual dos interessados em adotar não deve ser levada como ponto negativo nesse processo, pois a liberdade é assegurada constitucionalmente a todo e qualquer brasileiro.

Pelo que se pode perceber, a adoção por casais homoafetivos ainda irá percorrer um longo e turbulento caminho, assim como percorreu a união estável desses casais, que sempre tiveram e ainda têm muita dificuldade de serem aceitos na sociedade, que na maioria das vezes é conservadora e preconceituosa.

Diante disso, há uma necessidade jurídica de analisar se casais do mesmo sexo podem ou não adotar uma criança ou adolescente, tendo como seus aliados os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e também, levar em conta os direitos de uma criança ou adolescente de poder ter um lar digno e uma família.

O tema escolhido é, atualmente, um assunto muito discutido, principalmente pelo preconceito enfrentado pelos casais homoafetivos no processo de adoção, pelo fato de ser recente a aceitação da união estável entre casais homoafetivos, não haver uma lei regulamentadora deste tipo de adoção e pelo grande preconceito sofrido por esses casais.

Assim, as análises de manifestações dos operadores de direito tornam-se grandes bases para a estrutura desse trabalho, aliadas aos conceitos encontrados no Código Civil Brasileiro, Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e julgados recentes que darão maior ênfase na pesquisa. O método utilizado nesse trabalho será o método dedutivo, o qual parte da compreensão da regra geral para então compreender os casos específicos.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

O presente capítulo trata da evolução histórica do instituto da adoção, mostrando seus principais pontos, onde se possa compreender seu surgimento, suas peculiaridades, bem como seu conceito. Tem o objetivo de expor de forma mais clara e sucinta possível, mostrando também como se deu sua origem e evolução no Brasil.

2.1 NA IDADE ANTIGA

O instituto da adoção é assunto bastante delicado e se reveste de grande importância na evolução da sociedade, não só brasileira, mas também mundial. Pode-se observar que os fatos que estão em torno do referido instituto, começaram a surgir ainda na antiguidade e foram se aperfeiçoando ao longo dos séculos, e ainda hoje é assunto que remete bastante atenção e respeito.

Na época antiga era muito difícil para um homem aceitar que sua esposa não pudesse lhe dar filhos, era quase que inadmissível. Pois até na própria Bíblia haviam passagens onde dizia que se a esposa não pudesse dar filhos ao marido, entregava a ele uma escrava para que assim o fizesse. O filho teria que ser fruto do casamento, mas se isso não fosse possível o homem podia encontrar outra mulher que lhe desse esse filho. Portanto, a escrava que gerava a criança tinha que doá-la ao seu patrão e sua esposa, e não possuía nenhum direito sobre ela. É como se nunca tivesse sido mãe.

A adoção teve início na antiguidade, mais precisamente no período pré-romano. Pode-se dizer que seu marco foi com o Código de Hamurabi, entre os anos de 1728 a 1686 a.C.. Nessa época, adoção era considerada como se fosse um contrato, sendo as partes contratantes. Nota-se também uma forte presença bíblica no Código supracitado, onde se a mulher não pudesse dar filhos ao marido que gerasse com outra.¹

¹ COSTA, Juliana Olívia Silva. Os efeitos Jurídicos da Posse de Estado de Filho no Processo de Adoção Judicial. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.jandrade.edu.br%2Fpdf%2Fbiblioteca%2Fbibl_digital%2Fos_efeitos_juridicos_

O Código de Hamurabi traz várias outras peculiaridades em seu texto, como por exemplo: uma vez adotado como filho legítimo, tem os mesmos direitos que um filho natural. Aqui, pode-se notar que começa a ter um senso de justiça para tal instituto e previa relações adotivas e sucessórias.² De acordo com esse Código, se o adotante não ensinasse ao adotado seu ofício, poderia esse voltar ao convívio de sua família natural, mas se o adotante ensinasse a ele seu ofício não poderia reclamar pela sua família biológica. Assim, é importante citar alguns artigos do Código de Hamurabi (1728 a 1686 a.C.):

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

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

Art. 187 - O filho de um dissoluto a serviço da Corte ou de uma meretriz não pode ser reclamado.

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

Ar. 189 – Se ele não lhe ensinou o seu ofício, o adotado pode voltar à sua paterna.

Art. 190 – Se alguém não considera entre seus filhos aquele que tomou e criou como filho, o adotado pode voltar à sua casa paterna.

Art. 191 - Se alguém que tomou e criou um menino como seu filho, põe sua casa e tem filhos e quer renegar o adotado, o filho adotivo não deverá ir-se embora. O pai adotivo lhe deverá dar do próprio patrimônio em terço da sua quota de filho e então ele deverá afastar-se. Do campo, do horto e da casa não deverá dar-lhe nada.

Art. 192 – Se o filho de um dissoluto ou de uma meretriz diz a seu pai adotivo ou a sua mãe adotiva: “tu não és meu pai ou minha mãe”, dever-se-á cortar-lhe a língua.

Art. 193 – Se o filho de um dissoluto ou de uma meretriz aspira voltar à casa paterna, se afasta do pai adotivo e da mãe adotiva e volta à sua casa paterna, lhe deverão arrancar os olhos.

Art. 194 – Se alguém dá seu filho à ama de leite e o filho morre nas mãos dela, mas a ama sem ciência do pai e da mãe aleita outro menino, se lhe deverá convencê-la de que ela sem ciência do pai e da mãe aleitou outro menino e cortar-lhe o seio.

Art. 195 – Se um filho espanca seu pai se lhe deverão decepar as mãos.

No que diz respeito aos artigos supracitados, os pais biológicos só reclamavam para ter o filho de volta se o adotante possuísse um ofício e não o ensinasse ao adotado; se o

da_posse_de_estado_de_filho_no_processo_de_adocao.pdf&ei=BWZ6VIy4DIeWNveJhIgD&usg=AFQjCNFwrWhCFTWFP50TfLdGgHCLPZIPMA&bvm=bv.80642063,d.eXY Acesso em abril de 2014.

² COSTA, Juliana Olívia Silva. Os efeitos Jurídicos da Posse de Estado de Filho no Processo de Adoção Judicial. Disponível em:

http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.jandrade.edu.br%2Fpdf%2Fbiblioteca%2Fbibl_digital%2Fos_efeitos_juridicos_da_posse_de_estado_de_filho_no_processo_de_adocao.pdf&ei=BWZ6VIy4DIeWNveJhIgD&usg=AFQjCNFwrWhCFTWFP50TfLdGgHCLPZIPMA&bvm=bv.80642063,d.eXY Acesso em abril de 2014.

adotando não fosse tratado como sendo filho natural; se fosse renegado por causa dos filhos naturais ou se o adotando revelasse ingratidão em relação aos adotantes, a adoção poderia ser revogada.

Nota-se que apesar de ter sido uma evolução para o instituto da adoção, o Código de Hamurabi, ainda possuía várias vertentes de preconceito em relação à pessoa do adotado. Sofrendo, o mesmo, sanções se desobedecesse às normas transcritas acima. Havia uma hierarquia, onde o adotante sempre era superior ao adotado, mesmo quando o erro era do próprio, em relação ao artigo 191 do Código.

A evolução histórica do instituto da adoção continua pelas Leis de Manu. O Código de Manu vigorou entre os séculos II a.C. e II d.C., e que também dava ênfase à procriação, onde o marido podia substituir a esposa no caso dela não ter gerado nenhum filho num período de oito anos. E no caso do marido não poder ter filhos, ele poderia ceder lugar ao irmão ou outro parente para ter filhos com sua esposa.³

Outro ponto importante desse código era a importância que dava ao direito sucessório, pois depois de adotado, o adotante não podia mais ser herdeiro de sua família natural, passando assim, a ser herdeiro de sua atual família, e ficava desobrigado de realizar seus ritos fúnebres. Quando o adotante começava a fazer parte da família do adotando, ele tinha o direito de receber toda sua herança. Contudo, se concorresse com filho natural, teria direito apenas à sexta parte dela.

O desenvolvimento da adoção teve maior amplitude em Roma, pois lá era mais utilizada pelo fato de haver necessidade de dar continuidade à família, que não poderia ficar restrita somente entre marido e mulher. Bem como a estrutura religiosa e social do lugar favoreceu para seu desenvolvimento, que também abrangeu para a política. Mas, foi em Roma também, que a adoção perdeu espaço, limitando-se somente a casais que não podiam ter filhos.⁴

³ COSTA, Juliana Olívia Silva. Os efeitos Jurídicos da Posse de Estado de Filho no Processo de Adoção Judicial. 2010, p. 12. Disponível em:

http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.jandrade.edu.br%2Fpdf%2Fbiblioteca%2Fbibl_digital%2Fos_efeitos_juridicos_da_posse_de_estado_de_filho_no_processo_de_adocao.pdf&ei=BWZ6VIy4DIeWNveJhIgD&usg=AFQjCNFwrWhCFTWFP50TfLdGgHCLPZIPMA&bvm=bv.80642063,d.eXY Acesso em abril de 2014.

⁴ COSTA, Juliana Olívia Silva. Os efeitos Jurídicos da Posse de Estado de Filho no Processo de Adoção Judicial. Disponível em:

http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.jandrade.edu.br%2Fpdf%2Fbiblioteca%2Fbibl_digital%2Fos_efeitos_juridicos_da_posse_de_estado_de_filho_no_processo_de_adocao.pdf&ei=BWZ6VIy4DIeWNveJhIgD&usg=AFQjCNFwrWhCFTWFP50TfLdGgHCLPZIPMA&bvm=bv.80642063,d.eXY Acesso em abril de 2014.

Assim, só podiam adotar pessoas com idade mínima de sessenta anos, tendo já esgotado todas as possibilidades de gerarem um filho, e não podiam adotar aqueles que já tivessem filhos naturais. Em certo momento a adoção passou a ser utilizada pelos imperadores para designar os sucessores.

Ao decorrer desses séculos, pode-se perceber que a adoção surgiu da necessidade de manter a continuidade da família, pois não poderia haver família somente constituída por marido e mulher e a adoção só era permitida para casais sem filhos. Então, a adoção passou a ser a salvação do lar dessas famílias.

Nessa época, quando a filha se casasse renunciava à família, e dedicava-se somente ao marido. Mas o filho varão era indispensável ao convívio familiar. O bem-estar do adotando não era prioridade. O objetivo da adoção era suprir os interesses e as vontades do adotante, logo não se preocupavam com os laços afetivos entre adotantes e adotandos.

2.2 NA IDADE MÉDIA E NA IDADE MODERNA

Na Idade Média, a adoção caiu em desuso, pois se confrontava com os interesses dos senhores feudais, pela questão religiosa, em que a Igreja católica via a adoção como um ato que atrapalhava a questão do matrimônio e por influência do Direito Canônico. A adoção nessa época não tinha as mesmas especificidades que a adoção praticada em Roma. Nesse contexto, ensina Chaves (1995, p. 51):

Foi considerado contrário ao direito dos agnados; além disso, o adotado não herdava o título nobiliárquico como em Roma, uma vez que os títulos se transmitiam *jure sanguinis* e em virtude de concessão real, sendo necessário o consentimento do Príncipe para que o adotante pudesse transmitir seu título. Se a adoção permanecia inadaptada, sendo escassamente praticada, não desaparecia, pois em alguns casos devia-se recorrer a ela pela necessidade dos seus benefícios. Mas no século XVI já não se conferia, sequer, ao adotado o direito de suceder ao adotante.

Para o povo germânico, a adoção era revestida da forma de perpetuar o chefe de família, para que seus feitos pudessem ter continuidade, já que esse povo tinha como característica, que era a força, sendo um povo guerreiro.⁵ Desse modo, o adotando precisava mostrar suas habilidades como combatente. Havia um ritual a ser realizado por esse povo simbolizando a adoção, assim mostra Chaves (1995, p. 52):

⁵ PENHA, Ariane Rafaela Brugnollo. As origens da adoção – Do seu surgimento até a Idade Média. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/1419> Acesso em abril de 2014.

O adotado, desprovido de sua roupa, apresentava-se perante o adotante, que o fazia entrar sob sua camisa, e o apoiava, abrançando-o, ao seu peito nu. Imediatamente o adotado era revestido das roupas de guerreiro e se lhe entregavam as armas pertencentes ao adotante, em cerimônia realizada perante uma assembleia.

Nesse período, a adoção estava mais voltada para as guerras, onde o adotado deveria mostrar suas habilidades com armas durante uma guerra. Diferente do que ocorria em Roma, aqui a adoção não era impedimento para o matrimônio. Também logo após a adoção, o adotado não tinha direito à herança, que só podia ser conferida por ato de última vontade ou por doação entre vivos.⁶

Então, a adoção feita pelos germânicos tinha como finalidade somente a transmissão do nome do adotante para o adotado e a transferência das armas daquele para esse. Para poder adotar era necessário que o adotante não tivesse filhos, e se tivesse, era necessário que todos eles acordassem para tal feito. Não haviam restrições quanto à pessoa a ser adotada, que podia ser um estranho ou parente.

Já no direito português, a questão da herança era diferente, pois no momento em que ocorria a adoção, ao adotado já era conferido o direito de herança. Deveria ser feito em documento privado, escrito e, ainda, tinha que ser confirmado pelo Príncipe. Aqui, o adotado era mais privilegiado e tratado de forma diferenciada da dos outros povos.⁷

Na Idade Moderna, os primeiros relatos de adoção foram no Código promulgado por Christian V, em 1683 na Dinamarca. De acordo com esse código, o contrato de adoção tinha que ser feito, indiscutivelmente, por escrito e tinha que ser compreendido pelo tribunal. O adotante deveria ter no mínimo 50 (cinquenta) anos à época da adoção e também deveria trazer vantagem ao adotado. A adoção era instituto irrevogável e, possuía o adotado o direito de herança.⁸

Passou-se a utilizar o Código Napoleônico, no qual a adoção estava dividida em quatro espécies, em que o adotante só podia adotar de acordo com as disposições previstas no

⁶ PENHA, Ariane Rafaela Brugnollo. As origens da adoção – Do seu surgimento até a Idade Média. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/1419> Acesso em abril de 2014.

⁷ ALEXANDRE, Giselle. Adoção em relações homoafetivas no Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&sqi=2&ved=0CEUQFjAF&url=http%3A%2F%2Fsiaibib01.univali.br%2Fpdf%2FGiselle%2520Alexandre.pdf&ei=sAqbU7CqKciqsQSngoG4BA&usg=AFQjCNHifiIW9N4FDj3vhmaEOo4paBdibw&bvm=bv.68911936,d.b2U> Acesso em maio de 2014.

⁸ ROCHA, Carolina Melo. Adoção entre pares homoafetivos. 2009, p. 14. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCcQFjAB&url=http%3A%2F%2Fintertemas.unitoledo.br%2Frevista%2Findex.php%2FJuridica%2Farticle%2FviewFile%2F677%2F699&ei=LambU5TWGpSisQS38ICIDA&usg=AFQjCNG05t6rRO1cVvWZBAFH9aW2NWHxMQ&bvm=bv.68911936,d.b2U> Acesso em abril de 2014.

Código, e uma vez feita a adoção, não podia ser revogada. As quatro espécies de adoção são: adoção ordinária, adoção remuneratória, adoção testamentária e adoção oficiosa.⁹

Na adoção ordinária, pessoas com mais de cinquenta anos, sem filhos naturais e com uma diferença de idade de mais de quinze anos do adotado, podiam adotar, determinava que o filho adotivo fosse considerado herdeiro. Era um contrato sujeito à homologação judicial; a adoção remuneratória ocorria quando havia hipótese da criança ou adolescente ser salvo por alguma pessoa, e esta passava a ter o direito a adotá-lo; adoção testamentária era permitida ao tutor após cinco anos de tutela; e, por fim, a adoção oficiosa que era “adoção provisória” em favor dos menores.

Somente após a Revolução Francesa é que houve a legitimidade da adoção, onde uma vez adotado, o adotante era desligado de sua família natural, passando-se a fazer parte da família adotiva. Com intuito de estabelecer parentesco civil entre adotando e adotante, o que antes não era admitido.¹⁰

2.3 A EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção foi inserida no Brasil a partir das Ordenações Filipinas, que foi promulgada em 22 de setembro de 1828, que também recebia o nome de perfilhamento, com o intuito de dar ao filho tido fora do casamento, o direito de herança.¹¹ As Ordenações Filipinas perdeu suas forças com o advento da Lei nº 3.701, de 1º de janeiro de 1916, ou seja, o Código Civil Brasileiro em seus artigos 368 a 378, com a posição sustentada por Clóvis Beviláqua.

Esse foi o primeiro Código Civil Brasileiro, onde o termo adoção foi mencionado pela primeira vez. De acordo com o Código de 1916, só podiam adotar os maiores de 50 (cinquenta) anos, que não tivessem herdeiros legítimos e a diferença de idade entre adotando e adotante tinha que ser de pelo menos dezoito anos. Observa-se, que apesar da evolução

⁹ FURLANETTO, Carolina Dietrich. Adoção: Aspectos Jurídicos e Sociais e a Viabilidade Jurídica para os Homossexuais. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww3.pucrs.br%2Fpucrs%2Ffiles%2Funi%2Fpoa%2Fdireito%2Fgraduacao%2Ftcc%2Ftcc%2Ftrabalhos2006_2%2Fcarolina.pdf&ei=kGZ6VPHmG8qvvgTx1IKwBQ&usg=AFQjCNEboAdgZ-7g2hV4BrO4OF-fUwdm3g&bvm=bv.80642063,d.eXY Acesso em abril de 2014.

¹⁰ PINHO, Marco Antônio Garcia. Breve histórico dos conceitos de adoção. Disponível em: https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=Marco+Ant%C3%B4nio+Garcia+de+Pinho+breve+hist%C3%B3rico+dos+conceitos+de+ado%C3%A7%C3%A3o Acesso em abril de 2014.

¹¹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Adoção no Brasil: Aspectos Evolutivos do Instituto no Direito de Família. Disponível em: <http://www.seer.furg.br/juris/article/view/3214> Acesso em abril de 2014.

trazida por esse Código para tal instituto, ainda prevalecia o ideal de suprir a falta de descendentes.

A adoção era feita mediante escritura pública de acordo com o artigo 375 do Código Civil de 1916. Quando o adotante completasse a maioridade, poderia pedir a revogação do ato por vontade própria. E se as duas partes estivessem de acordo e o adotando demonstrasse ingratidão em relação ao adotante, a adoção também podia ser revogada.

De acordo com a exposição feita acima, percebe-se que o Código em comento trouxe muitas mudanças, porém pequenas em relação às Ordenações Filipinas, principalmente no que diz respeito à idade em que se podia adotar. Em relação a essas mudanças, afirma Chaves (1995, p. 56):

Apesar do progresso notabilíssimo assinalado por essas normas, logo ficou patente que não conseguiram incrementar, como se esperava, o uso da adoção, principalmente como decorrência das exigências formuladas no que diz respeito à idade do adotante.

O Código Civil Brasileiro de 1916 foi uma grande conquista para o ordenamento jurídico brasileiro, porém ele não trouxe tantas novidades e mudanças para o instituto da adoção, como era esperado. As mudanças foram poucas, mas de grande importância para o Direito brasileiro, que continuou se aprimorando em relação ao instituto em questão.

2.3.1 Lei nº 3.133/57

O advento da Lei nº 3.133/57, trouxe mudanças marcantes no Código Civil de 1916, onde incentivou o instituto da adoção no Brasil. Essa lei reduziu a idade dos adotantes de 50 (cinquenta) para 30 (trinta) anos, também reduziu a idade entre adotado e adotante que antes era de 18 (dezoito) anos e passou a ser de 16 (dezesesseis) anos e modificou a exigência de inexistência de filhos naturais para ter direito à adoção.

Essas mudanças foram muito importantes principalmente para os casais mais jovens, que tinham o sonho em adotar uma criança, mas não podiam por causa da idade que era muito elevada. Contudo, essa nova lei também impôs que para os casais terem o direito de adotar, tinham que ter cinco anos de casados, isso, para evitar um arrependimento precoce em relação à criança adotada.

Essa lei também trouxe outras novidades, como o consentimento explícito do adotando, caso seja maior, o que era obrigatório, e, se caso fosse menor, o representante legal deveria dar seu consentimento. Outra inovação foi em relação ao nome, que passou a poder

acrescentar ao nome dos pais biológicos o nome dos pais adotivos, ou ainda usar somente o nome dos pais adotantes.

2.3.2 Lei nº 4.655/65

A Lei nº 4.655 de 02 de julho 1965 foi um marco na legislação brasileira. Essa lei trouxe uma alteração muito importante para o instituto da adoção, que foi a criação da legitimação adotiva, onde somente poderia ser legitimada a adoção se o menor até sete anos de idade fosse abandonado, órfão não reclamado por mais de um ano. Assim como previa o artigo 1º da referida lei:

A legitimação adotiva só poderia ser deferida quando o menor até sete anos de idade fosse abandonado, ou órfão não reclamado por qualquer parente por mais de um ano, ou os pais naturais tivessem perdido o pátrio poder, ou ainda na hipótese do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitada de prover a sua criação.

O parágrafo 1º do referido artigo, trouxe a possibilidade de adoção do menor com mais de sete anos de idade, se o mesmo já estivesse sob a guarda dos pretendentes a adotar. O parágrafo 2º determinava que os pretendentes a adotar deveriam ficar com a guarda do adotando durante um período de três anos, e somente após esse lapso de tempo é que deferia a legitimação da adoção.

Em relação ao parentesco com a família natural, o que as leis anteriores ainda não haviam previsto, introduziu ao artigo 9º, § 2º da lei em questão, que diz: “o vínculo se estendia à família dos legitimantes, desde que os seus ascendentes tivessem aderido ao ato da adoção”.

Essa lei buscou trazer inovações que foram muito importantes para o desenvolvimento do instituto da adoção. E apesar de ter sido muito criticada à época de seu advento por ter trazido poucas inovações, foi de extrema importância para o Direito brasileiro, para que continuasse a buscar a evolução para tal instituto. Depois dessa lei, surgiram outras, que serão estudadas ainda nesse capítulo.

2.3.3 Lei nº 6.697/79 – Código dos Menores

A Lei 6.697/79, conhecida também como Lei ou Código dos Menores, trouxe muitas inovações para o ordenamento jurídico brasileiro, porém falhou em alguns pontos. De inovação, instituiu a adoção plena, que substituiu a legitimação adotiva da Lei 4.655/65 que foi revogada, e também instituiu a adoção simples, que era regulada pelo Código Civil.

Essa lei tinha como objetivo proteger os menores com até dezoito anos de idade, mas somente em situação irregular. É por isso, que se fala em numa falha do legislador, pois, desse modo, deixava desamparado o menor que estivesse em uma situação regular. Só se considerava irregular a situação do menor que estivesse em consonância com o artigo 2º do Código dos Menores; era regular a situação do menor, de acordo com o Código Civil, onde não precisava de autorização judicial. Com isso, o artigo 2º do referido Código, diz:

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

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

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

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

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

III- em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

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

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

VI- autor de infração penal.

O artigo 27 da Lei 6.697/79 dispõe sobre a adoção simples do menor, que será regida pelo Código civil, desde que esse esteja em situação irregular. Dependerá de autorização judicial, e o próprio interessado em adotar terá que apresentar no requerimento, quais nomes de família o adotado irá utilizar. O estágio de convivência será fixado pela autoridade judiciária, e se dispensará o estágio de convivência se o adotando tiver até um ano de idade, como está descrito no artigo 28 §§ 1º e 2º do Código dos Menores. Observando isso, Chaves (1995, p. 60), conceitua adoção simples:

Adoção simples era o ato solene pelo qual, obedecidos os requisitos da Lei, alguém estabelecia, com menor em situação irregular, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas, de efeito limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue.

A idade mínima para o adotante se candidatar à adoção, permaneceu a mesma, que era de trinta anos para um dos cônjuges, e o tempo de matrimônio dos casais também permaneceu o mesmo, de cinco anos. O Código de Menores também introduziu em seu texto, no artigo 20, a possibilidade de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do país, mas somente para a adoção simples ou se o adotando brasileiro estiver em situação irregular.

A adoção plena, abordada nos artigos 29 ao 37 deste Código, impede o adotado de ter qualquer vínculo de parentesco com sua família natural, exceto nos impedimentos matrimoniais, conferindo a ele a condição de filho. Essa adoção será deferida em favor do menor de sete anos de idade, se à época o menor estivesse sob a guarda dos adotantes. Assim, assevera Chaves (1995, p. 67):

É o caso, por exemplo, de só se admitir a adoção plena – desenvolvimento do instituto da legitimação adotiva – a menores em situação irregular que contem, no máximo, sete anos de idade. A única exceção é para aqueles que, mesmo de idade maior, estejam sob a guarda do adotante desde os sete anos.

Nesse tipo de adoção, o período mínimo do estágio de convivência com o menor será no mínimo de um ano. Os cônjuges separados judicialmente também poderiam pleitear a adoção, desde que, tivesse começado o estágio de convivência de três anos, ainda na constância do casamento, acordando sobre a guarda do menor após a separação. Uma vez feita, a adoção plena torna-se irrevogável, mesmo que após a adoção os adotantes venham a ter filhos, passando o adotando a ter os mesmos direitos e deveres dos filhos naturais.

2.3.4 Constituição Federal Brasileira de 1988

Ao abordar o tema “Adoção”, a Constituição Federal Brasileira de 1988 estabeleceu que os direitos dos filhos adotados se igualariam aos direitos dos filhos naturais havidos ou não da relação do casamento. Estabeleceu assim, o fim da diferenciação entre o tratamento dos filhos adotados e o dos filhos naturais. Esses direitos estão baseados no § 6º do artigo 227 da CF/88:

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

§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.

Nota-se também, com o advento do referido artigo, que a Constituição se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana, onde garante à criança e ao adolescente prioridade no atendimento aos seus direitos, pois se tratam de pessoas em desenvolvimento, que estabelece o princípio do melhor interesse da criança.

2.4 CONCEITO DE ADOÇÃO

Adoção é ato jurídico irrevogável, no qual uma pessoa adota outra, seja criança ou adolescente, como se seu filho fosse dando a ele os mesmos direitos e deveres dos filhos naturais. É ato de amor incondicional para com um ser humano que é estranho ao seu convívio e com quem não possui nenhum vínculo de sangue. Para MIRANDA (Pontes, 2001, p. 217), “adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação.”

Pode ser conceituada também, como sendo ato deliberativo que depende da vontade das partes. É uma forma de procriação, dando a possibilidade a casais que não podem ter filhos ou àqueles que já têm seus filhos naturais, mas que querem ter outros e escolhem esse instituto para tal ato. Na doutrina há vários conceitos de adoção, como o de Chaves (1995, p. 23):

Podemos então defini-la como ato sinalagmático e solene, pelo qual, obedecidos os requisitos da Lei, alguém estabelece, geralmente com um estranho, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas, de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue.

Muitas são as divergências em relação aos conceitos emitidos pelos diversos doutrinadores, não sendo possível estabelecer um conceito único e exclusivo. A principal causa da adoção é a vontade de uma ou duas pessoas em realizar o sonho de perpetuar família e/ou dar continuidade à sua dinastia.

2.5 NATUREZA JURÍDICA

Há controvérsias sobre a natureza jurídica do instituto da adoção, pois os doutrinadores possuem pensamentos distintos, onde alguns expõem que a adoção se trata de um ato solene e outros impõem que se trata de um contrato unilateral ou bilateral. Para Clóvis Beviláqua e Pontes de Miranda, por exemplo, adoção é um ato solene.

A adoção trazida pelo Código Civil de 1916 que foi revogado tinha caráter contratual, que se baseava na manifestação de vontade das partes. Dependia somente da manifestação bilateral entre as partes e não havia interferência do Estado pelo Poder Judiciário. Em se tratando de contrato, a adoção necessita da vontade das partes, onde os interessados não possuem total autonomia, tendo que seguir o que estiver disposto em lei.

Portanto, o instituto da adoção tem natureza jurídica de um ato jurídico solene, bilateral e irrevogável. Trata-se de um acordo de vontades entre as partes, que são os pais biológicos, os pais que pretendem adotar e o adotando, no caso de adoção de maior de doze anos de idade, designando um ato bilateral, pois participam duas ou mais pessoas.

Após ter sido feita uma breve exposição da evolução histórica do instituto da adoção, expor sobre diversos conceitos e descrever sobre a natureza jurídica de tal instituto, é necessário relatar também como foi a introdução da adoção no Novo Código Civil e também no Estatuto da Criança e do Adolescente, que serão discutidos e observados no próximo capítulo.

3 A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA

Como já visto, a adoção é forma resumida de filiação, onde se aceita como filho de maneira voluntária e legal um estranho dentro da família. O vínculo que se cria através do instituto da adoção, tem o intuito de igualar ao da filiação natural, dando aos filhos adotados os mesmos direitos e deveres dos filhos naturais havidos ou não do casamento.

Durante muito tempo vigorou o Código Civil de 1916, em relação à adoção, que privilegiava os pais que não pudessem ter filhos a adotar e os direitos dos adotados não eram devidamente respeitados. Daí surgiu a Constituição Federal de 1988 que minimizou esses efeitos, e logo veio o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em 1990, que aspira ao melhor interesse da criança e do adolescente, onde seus direitos prevalecem acima de qualquer outro. O novo Código Civil de 2002 também traz adequações sobre a adoção, mas que não revoga a Lei nº 8.069/90.

O capítulo anterior relatou a evolução histórica da Adoção desde a Antiguidade até à Idade Moderna, e, verificou-se a evolução da adoção na legislação do Brasil, e também explanou sobre seu conceito e natureza jurídica. Já no capítulo atual, será esclarecido o Instituto da Adoção no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como as mudanças que estes trouxeram.

3.1 A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A Adoção está prevista no Código Civil de 2002 no capítulo IV, nos artigos 1.618 a 1.629. Sendo que os artigos 1.620 a 1.629 foram revogados pela Lei nº 12.010 de 2009. Os artigos 1.618 e 1.619 ganharam nova redação de acordo com a referida lei, onde deixa claro que a adoção de crianças e adolescentes será concedida de acordo com o ECA, é o que refere nos seguintes artigos:

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.
Parágrafo único. (Revogado pela Lei nº 12.010, de 3-8-2009).

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.

No caso da adoção de maior de 18 (dezoito) anos de que trata o artigo 1.619 do Código Civil, deverá seguir as regras gerais da Lei nº 8.069/90, e vai depender de assistência efetiva do poder público e de sentença judicial, que vai ser inscrita no registro civil. Mas para isso, deverão desempenhar todos os requisitos presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, adequados ao adotando adulto. Dessa forma expõe Maciel (2014, p. 269):

Todo o capítulo do CC que cuidava da adoção foi revogado pela Lei n. 12.010/2009, restando apenas dois artigos – o 1.618 e o 1.619. o primeiro deles dispõe que a adoção de crianças e adolescentes será regida pelas normas constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente. O segundo artigo cuida da adoção de pessoas maiores de 18 anos, determinando que sua constituição se dê por meio de processo judicial e que serão aplicadas, no que couber, as regras do ECA.

Nota-se que o Código Civil manteve o mesmo caminho do ECA, e também os princípios inseridos na Constituição Federal de 1988. Antes de ter quase todos seus artigos sobre adoção revogados, era notório que ele transcrevia várias normas inseridas no ECA, por isso não era necessário manter esses artigos, pois davam praticamente as mesmas diretrizes que o Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.2 A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece o instituto da adoção no Capítulo III, Seção III, Subseção IV, dos artigos 39 a 52, em que fala sobre os direitos às convivências familiar e comunitária, da família substituta e da adoção. O objetivo principal do Estatuto é esgotar todas as formas de convivência da criança ou adolescente no seio da família natural, sendo a adoção deferida somente depois de esgotadas todas as possibilidades de manutenção no seio da família natural ou em família extensa.

O ECA age de acordo com o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente. Dispõe o Estatuto, que a criança ou adolescente deve ser criado seja em família natural, seja em família substituta, que é um direito fundamental. Em meio às modalidades de colocação em família substituta está o instituto da adoção, que é medida de caráter

excepcional e irrevogável, que dá ao filho adotado as mesmas condições de filho natural, tendo assim, todos os direitos e deveres ligados à filiação. Assim, para Ferreira (2009, p. 42):

A adoção é uma forma natural e concreta de combate ao abandono; recria a família para o menor que perdeu a sua origem e atribui condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres inclusive, sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais ou parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Vale ressaltar, que de acordo com o referido Estatuto, no parágrafo segundo, do artigo 39, é vedada a adoção por procuração, pois se trata de ato personalíssimo, e será feita judicialmente, onde a competência é do Juízo da Infância e da Juventude. É o que explica Maciel (2014, p. 272):

A família decorrente do afeto é a verdadeira forma de se constituir uma família, da qual a adoção é o grande exemplo. A relação pai e filho surgida da adoção, a filiação socioafetiva, é a verdadeira, já que não foi impingida por nenhum fato ocorrido contra a vontade das pessoas. [...] [...] O filho biológico não pode ser devolvido, o vínculo de parentesco se mantém por toda a vida e até depois dela; não poderia ser diferente com relação à adoção. [...]

Para poder ser adotado, é necessário que o adotando tenha no mínimo 18 (dezoito) anos à data do pedido, mas nada impede que seja adotado se já estiver sob o regime de guarda ou tutela dos adotantes. Também, para ser adotado nessa condição, é preciso o consentimento do mesmo em relação à adoção, pois com essa idade, ele já tem capacidade para compreender e saber o que é melhor pra si próprio. Logo, se o adotando entender que esse processo não será o melhor para ele, a adoção será indeferida.

Depois de deferida a adoção, o adotado passa a ter os mesmos direitos e deveres dos filhos naturais, incluindo os direitos sucessórios. É o que dispõe o artigo 41 do Estatuto: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. Nesse contexto, Bandeira *apud* Cunha (2001, p.33), assegura:

[...] o vínculo jurídico que liga, via de regra, um menor de 18 anos a uma família substituta. Esse vínculo tem caráter irrevogável e atribui ao adotado os mesmos direitos do filho natural, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais biológicos e parentes naturais, ressaltando-se os impedimentos matrimoniais.¹²

¹² CUNHA, Tainara Mendes. O Instituto da Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente após a Lei 12.010/2009. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34508&seo=1>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

A adoção pode ser de forma unilateral ou conjunta. A unilateral acontece de forma que o vínculo de filiação com o pai ou mãe biológicos, continua conservado mesmo após a adoção, em que o cônjuge ou companheiro adota o filho do outro. Já na adoção conjunta, antes denominada de adoção bilateral, todos os vínculos do adotado com os pais biológicos acabam. Desse modo explica Nogueira (1998, p. 62):

Contudo, o homem ou a mulher casados só devem adotar desde que haja concordância entre ambos, já que a adoção implica deveres recíprocos e, como todo ato de amor, deve estar dentro dos objetivos comuns do casal, não devendo ser deferida a um dos cônjuges somente, quando o outro apresente discordância.

Ainda sobre o artigo 42 do ECA, nota-se em seu parágrafo primeiro que o legislador deixa claro que: “Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”. E no mesmo artigo em seu parágrafo terceiro, estabelece a diferença de idade entre o adotando e o adotante, em que este terá de ser, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos mais velho do que aquele. Sobre o impedimento da adoção feita por ascendentes e irmãos do adotando, afirma Maciel (2014, p. 275):

Considera-se total o impedimento colocado pelo legislador aos ascendentes e irmãos do adotando, conforme a regra constante do § 1º do art. 42 do ECA, é total porque não haverá nenhuma atitude que possam tomar essas pessoas para que o impedimento seja superado, já que o vínculo jurídico do parentesco perdurará por toda a vida.

É necessário observar que o Estatuto da Criança e do Adolescente não estabelece idade máxima para os adotantes, logo, independentemente da idade que possuir, contanto que seja no mínimo 18 (dezoito) anos, o adotante poderá adotar desde que ofereça um ambiente familiar adequado e propício ao desenvolvimento físico, mental, moral e afetivo do adotando.

A falta dessa idade máxima na lei pode acarretar problemas já que nada impede que pessoas em idade já avançada, requeiram a adoção de recém-nascidos, por exemplo. Se for considerar pela idade, eles lembram mais aos avós do que os próprios pais, e isso traz certo desconforto tanto ao adotado quanto ao adotante, lembrando que, de acordo com o Estatuto, a família substituta deve se assemelhar ao máximo à família natural.

O Estatuto também dá a possibilidade de os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros adotarem em conjunto, mas para isso, é necessário que o estágio de convivência tenha sido iniciado durante o período em que o casal estava vivendo junto e demonstre a existência de vínculo de afetividade com aquele que não será o detentor da guarda, e os adotantes acordarem entre si sobre a guarda e as visitas. Sobre essa adoção, assegura Maciel (2014, p. 282):

O primeiro pressuposto para a consumação da adoção é o de que a convivência dos adotantes com o adotando tenha se iniciado antes da dissolução da vida em comum. Essa exigência é totalmente pertinente, pois a paternidade emergente da adoção precisa ser exercitada com a convivência diária, para que, com isso, o sentimento venha a se fortalecer e ficar cada dia mais intenso, pois estamos diante de relação de filiação que não é biológica [...]

O segundo pressuposto, surgido com a nova redação do § 4º do art. 42 do ECA (dada pela Lei n. 12.010/2009), é o de que seja comprovada a existência de vínculo de afinidade e afetividade com aquele que não seja detentor da guarda, para que se justifique a concessão da adoção, considerada, pelo legislador, uma forma excepcional. [...]

A adoção *post mortem* também deve ser destacada. Esse tipo de adoção se dá quando o adotante morre no decorrer do processo de adoção. A adoção *post mortem* pode ser efetivada se a pessoa que pretendia adotar manifesta inequívoca vontade em adotar, e antes de ter sido dada a sentença, ela venha a falecer.

O ato de se adotar uma criança ou um adolescente deixou de ser visto como sendo um ato de caridade, passando a ser uma forma de se ter filhos, mesmo que não sejam biológicos, deixando em evidência o amor incondicional dos pais para com os filhos adotivos. O artigo 43 do ECA impõe que a adoção seja deferida somente quando as vantagens beneficiarem o adotando, sem se falar em benefício ao adotante, exceto o de ter filhos.

A adoção pode ser deferida pelo consentimento dos pais ou responsáveis, quando os pais forem desconhecidos ou mesmo se os pais tenham sido destituídos do poder familiar. E no caso, de o adotando ser maior de doze anos de idade, ele também terá que consentir sobre sua adoção. Em relação ao consentimento da adoção, explica Maciel (2014, p. 306):

Com a adoção é rompido o vínculo de parentesco com a família biológica como consequência lógica da criação de novo vínculo: do adotivo com a família substituta. Por tal motivo, a lei exige que os pais biológicos consentam na adoção, como se verifica pela regra constante do art. 45, *caput*, do ECA, já que possuem legítimo interesse em realizar oposição a que seu filho ingresse em uma família substituta.

A perda do poder familiar se dará em procedimento adequado, onde se observará o princípio do contraditório, que será iniciado pela parte legítima para tal ato, sendo comprovada a conduta devida, sendo omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, dos pais, que se encaixem em um dos casos que envolvem a perda do poder familiar, previstos em lei.

O artigo 46 dispõe sobre o estágio de convivência, onde terá o tempo necessário para que se avalie a adaptação entre adotante e adotado. A autoridade judiciária é quem irá determinar o prazo para o estágio de convivência, de acordo com cada caso específico. Não precisará passar por esse estágio o adotando que já estiver sob a tutela ou guarda do adotante,

desde que o tempo de convivência seja suficiente para avaliação. Se o adotante for pessoa domiciliada ou residente em outro país, terá de cumprir o estágio de convivência durante 30 (trinta) dias no mínimo, e em território nacional. Sobre a avaliação do estágio de convivência, será feita por equipe interprofissional capacitada, com apoio de pessoas qualificadas a garantir o direito da convivência familiar, e ao final, terão de apresentar relatório.

Se o adotando ainda não tiver mais de um ano de idade, ou com qualquer outra idade, estiver na companhia do adotante, o estágio de convivência poderá ser dispensado. Deste modo, com a necessidade de avaliação sempre haverá um estágio de convivência, mesmo que seja mínimo, até mesmo quando o adotado tenha menos de um ano de idade, bem como os que já estejam acompanhados do adotante por tempo suficiente, ainda que tenha idade superior àquela. Sobre o estágio de convivência, preceitua Nogueira (1998, p. 64):

O estágio poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano, ou se, qualquer que seja sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a convivência da constituição do vínculo. [...]

A exigência do estágio de convivência é perfeitamente defensável e aconselhável, já que se destina a propiciar certo convívio entre adotante e adotando para despertar laços de afetividade que devem existir entre ambos e só se consolidam através de certa convivência.

Em seu registro de nascimento o adotado, na condição de filho vai adquirir o nome da família de quem estiver adotando, assim como de seus ascendentes. Depois de deferida a adoção, o registro de nascimento do adotado será cancelado, e será expedido mandado de inscrição, pois os vínculos que possuía com a família natural vão se romper.

A adoção é o meio pelo qual ocorre o afastamento dos laços entre o adotado e seus parentes consanguíneos, de forma que os pais biológicos do adotado não podem mais ter contato com ele, nem ter notícias e nem visitar o mesmo, assim surgirá entre adotado e adotante o parentesco civil, o qual se parece em tudo com o parentesco de sangue.

Após completar 18 (dezoito) anos, o adotado tem o direito de conhecer suas origens biológicas, podendo ter acesso ao seu processo de adoção desde o início. Também poderá ser deferido o acesso do menor de 18 (dezoito) anos ao seu processo de adoção, por pedido do próprio adotado, desde que seja assistido por assistência jurídica e psicológica.

Se os adotantes falecerem, não significa que o adotado vai voltar a fazer parte de sua família natural. É o que estabelece o artigo 49 do ECA: “A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais.” O adotante continua a fazer parte da família que o adotou independentemente da morte de seu ou seus adotantes.

Aos interessados em adotar uma criança ou um adolescente, é necessário procurar o Poder Judiciário de sua Comarca, levando os documentos necessários para o cadastro, e também exames de saúde física e mental. Esse cadastro será analisado e deferido pelo Juiz responsável. Qualquer pessoa pode se inscrever para o cadastro de adoção, desde que sejam maiores de 18 (dezoito) anos de idade e possuam os requisitos estabelecidos em lei.

Se a pessoa cadastrada não possuir todos os requisitos legais que a lei exige, a inscrição não será deferida. Existe uma fila de adoção, assim que exista uma criança ou adolescente que esteja pronto para ser adotado, a pessoa cadastrada será chamada a se manifestar sobre a adoção, se quer ou não dar andamento a ela.

A adoção internacional se fará por meio de cadastro de pessoas residentes ou domiciliadas fora do Brasil. Esse tipo de adoção somente será deferida após consulta no cadastro de pessoas ou casais habilitados à adoção mantido pela Justiça da Infância e da Juventude da Comarca e também aos cadastros estadual e nacional, esgotando-se assim, todos os métodos necessários para que a criança ou adolescente seja adotado por uma família brasileira residente no país. Se o adotando for adolescente, é necessário que seja consultado, e o parecer seja dado por equipe interprofissional. Os brasileiros que residem no exterior terão preferência em relação aos estrangeiros.

Quando a pessoa ou casal estrangeiro estiver interessado em adotar criança ou adolescente brasileiro, é necessário fazer o pedido para a autoridade competente no país em que reside atualmente. Se considerados aptos a adotar, a autoridade competente vai emitir relatório com informações sobre os cadastrados interessados em adotar, bem como os motivos que os levaram a requerer esse tipo de adoção. Sobre a adoção internacional, Maciel (2014, p. 337) tem o seguinte posicionamento:

Não devemos ter oposição à adoção internacional, encará-la como forma de omissão, como se estivéssemos deixando de proteger nossas crianças e, até, abrindo mão de nossa soberania, pelo fato de permitirmos que brasileiros se tornem cidadãos de país estrangeiro.

Depois de feito esse procedimento, a autoridade competente do país em que os solicitantes residem, enviará relatório para a autoridade competente brasileira. A autoridade brasileira poderá exigir outros documentos que sejam necessários para a complementação dos estudos. Se a legislação estrangeira estiver em consonância com a legislação brasileira, o laudo de habilitação do interessado no cadastro será expedido, e terá validade de 1 (um) ano no máximo. Com esse laudo, o interessado poderá formalizar o pedido de adoção.

Somente após o trânsito em julgado da sentença que deferir a adoção internacional é que o adotando poderá sair do território nacional, antes disso não. Para que o adotado possa

se retirar do país a autoridade competente terá de dar a autorização para a viagem. Terá de levar uma cópia da sentença que transitou em julgado juntamente com o passaporte. A autoridade brasileira poderá requerer informações sobre o adotado a qualquer momento. Com relação aos procedimentos para a concessão desse tipo de adoção, Maciel (2014, p. 339) argumenta:

Cada Estado Contratante deverá manter uma Autoridade Central, encarregada das adoções internacionais, cabendo-lhe a análise da documentação apresentada pelos adotantes, de modo a verificar-se se preenchem os requerentes os requisitos legais exigidos para o ato (art. 52, I e II, da Lei n. 8.069/90). [...]

Assim, a Autoridade Central do país dos postulantes remete a documentação referente a estes, a qual será analisada pela CEJA, concedendo este órgão, se for o caso, certificado de habilitação dos postulantes à adoção de criança brasileira, que terá prazo de validade de 1 ano, podendo ser renovado (art. 52, III a VI e § 13, do ECA, acrescidos pela Lei n. 12.010/2009). Como a lei não menciona sobre período de renovação, entendemos que só poderá haver a renovação por mais um período de 2 anos, até mesmo porque há que ter cuidado com o período de validade da autorização concedida pelo país de origem dos adotandos.

Em relação aos organismos estrangeiros que têm a faculdade de intermediar os pedidos de adoção, eles não podem repassar recursos aos organismos nacionais ou para pessoas físicas, podendo sofrer punições. Alguns repasses só poderão ser feitos de forma eventual ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Depois de fazer um apanhado geral da adoção contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como mencioná-la no Código Civil de 2002, pode se concluir que a adoção é medida excepcional e irrevogável de inserção de uma criança ou um adolescente em família substituta, sendo que a prioridade do Estatuto é fazer o máximo possível para que essa criança ou adolescente possa continuar a viver com sua família natural, e, não sendo isso possível tentar inseri-la em família extensa, pode ser tio, tia, avô, avó ou outros, e se depois de todas essas tentativas fracassadas é que se estenderá para a possibilidade de adoção. A adoção tem como um dos principais objetivos, o de assegurar a criança e ao adolescente um lar digno para que possa desenvolver da maneira que necessita.

Uma novidade que trouxe o Estatuto foi a possibilidade de adoção por apenas uma pessoa, o que antes não podia acontecer, deixando de lado os novos modelos de família que já há alguns anos estão surgindo, como família monoparental, que é a família formado somente pelo pai ou pela mãe e seu filho ou filhos. Não precisa ter necessariamente a figura dos pais nesse tipo de família.

Nota-se que o Estatuto e nenhuma outra lei ainda não trouxe a possibilidade de adoção por casais homossexuais. Mas os homossexuais já garantiram o direito de se casarem. Isso já é um grande avanço para essa classe que sofre muito com o preconceito não só das outras pessoas, mas também sofrem em relação à legislação que ainda não dispôs em nada sobre os seus direitos. O que existem são julgados dando a possibilidade dessas pessoas de transformarem a união estável em casamento.

Quando duas pessoas se casam, naturalmente têm o desejo de formar uma família, de terem filhos, o que é mais um impedimento para os homossexuais, que nada tem disposto em lei que eles possam adotar uma criança ou adolescente. Mas como a lei não proíbe essa possibilidade, ela surge em forma de julgados e entendimentos sobre a legislação já existente. Em relação a adoção por casais homoafetivos explica Maciel (2014, p. 284):

[...] Verificado, no curso da instrução processual, que a adoção atenderá aos reais interesses do adotando e que se funda em motivos legítimos, há que ser deferida. O sentimento paterno-filial surgirá independentemente de credo, cor, sexo, idade. Para a criança/adolescente, a adoção trará grandes vantagens, pois sairá da situação de abandono para o seio de uma família, onde receberá amor e proteção.

Os novos modelos de família que foram surgindo ao longo do tempo e com a modernização do mundo, bem como a união de casais homossexuais e a possibilidade de adoção que envolva essa classe, serão estudados nos próximos capítulos deste trabalho, que mostrará também o quão grande é o preconceito que envolve essas pessoas.

4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Não se sabe ao certo quando e como surgiu um modelo que pôde se chamar de família. Cabe analisar e verificar a evolução histórica da família desde os primórdios até a contemporaneidade. Antigamente o matrimônio era a única forma de se iniciar uma família, já nos tempos da hierarquia, tinha uma forma mais conservadora e no estilo patriarcal, ao qual fracassou e gerou muitas desuniões matrimoniais. Porém, a família contemporânea ficou conhecida pela diversidade, em que se busca a felicidade plena e o afeto.

4.1 HISTÓRICO

Com o passar dos tempos, a família vem atravessando diversas transformações em sua composição, de acordo com a evolução da espécie humana. A concepção de família somente podia ser alcançada através do casamento. Este compreendia na união entre um homem e uma mulher com o objetivo de procriar e aumentar o patrimônio para transmiti-lo aos seus descendentes. Sobre o histórico da família, Coelho (2012, p. 15) posiciona-se:

Ninguém sabe com segurança como, quando e em que circunstâncias ocorreu, mas é certo que o *Homo sapiens*, em determinado momento de sua trajetória evolutiva, deixou de praticar relações sexuais quando o homem e a mulher descendiam do mesmo tronco. Segundo uma teoria, no início da sociedade humana, a espécie vivia na mais completa promiscuidade. Todos se guiavam exclusivamente pelos desejos e faziam sexo sem observar qualquer interdição (Engels, 1884:31/33).

O que se pode observar é que nos primórdios não se tinha a ideia ainda de família, as pessoas que viviam àquela época não se incomodavam em ter relações sexuais entre irmãos, por exemplo, não havia uma divisão. Isso foi mudando com o passar dos tempos, não por eles acharem que o que faziam fosse errado ou pecado, mas sim pela vontade e necessidade de se manterem em grupos ou sociedades diferentes, e o mais importante para preservar a espécie humana, como explica Coelho (2012, p. 15):

A proibição do incesto provavelmente foi impulsionada pelo instinto de preservação da espécie. A diversidade genética propicia combinações que tornam os seres mais aptos a enfrentar a seleção natural. Por óbvio, à época

em que começou a praticar a proibição do incesto, o *Homo sapiens* não tinha a menor ideia da importância disso para seu desenvolvimento.

Não é possível afirmar com clareza como se originou a família. O seu surgimento foi de forma natural, pois foi a partir do momento que as pessoas de certo grupo sentiam necessidade de se relacionarem, pode-se perceber que o incesto foi sendo proibido e extinto. Mas não se pode afirmar com certeza se realmente foi isso que ocorreu.

4.1.1 No Direito Antigo

Nessa época, a união entre um homem e uma mulher era vista com o objetivo somente da procriação, para que essas crianças geradas pudessem ser treinadas para servirem aos exércitos de seus países de origem. Os patrícios e plebeus em relação à união, não demonstravam nenhum tipo de afeto ou carinho pela companheira, pelo fato deles serem impedidos de formalizarem a união através do matrimônio.

Mas com o passar dos tempos, essa concepção foi mudando, dando lugar ao desejo e a necessidade de continuar a entidade familiar. Assim, abriu-se espaço para a família, começando com o casamento, logo depois com o nascimento dos filhos, para a perpetuação da espécie. Sobre a família romana, ensina Azevedo (2002, p. 38):

O fundamento da família e da sociedade romana foi o casamento (*iustae nuptiae*), embora tenham romanos admitido efeitos jurídicos de caráter pessoal e matrimonial, semelhantes ao do matrimônio, também ao concubinato.

A sociedade romana não possuía apenas um modelo de família. Como viviam em Roma muitos grupos diferentes, como os comerciantes, os escravos já libertados e também pessoas vindas de outros países, não formavam o mesmo modelo de família que os romanos. A família era quem produzia seus próprios bens, como suas roupas e alimentos por exemplo. Assim mostra Coelho (2012, p. 16 e 17):

[...]

Pequenos comerciantes, escravos libertos e o estrangeiro viviam em estruturas bem diferentes das descritas nos manuais de direito romano como característica da família de então.

[...]

Comidas, roupas, móveis e tudo de que se necessitava para viver eram produzidos, em princípio, pela família. O trabalho acontecia dentro da família; nela incluíam-se os escravos.

A família romana era comandada pelo chamado *pater*. A família toda morava na mesma casa, inclusive esposa e concubinas, e também a mãe do *pater*, que eram dominados por ele. Se o *pater* quisesse, podia vender os filhos como se eles fossem escravos.

4.1.2 No Direito Medieval

Aqui, o cristianismo ganha destaque. Abandonam-se as relações sexuais completas em favor do casamento e que somente podiam ser praticadas após o advento do mesmo. A Igreja já proibia o divórcio e as uniões informais, não podendo haver um segundo casamento, a não ser por morte ou adultério de um dos cônjuges.

A Igreja passou a interferir de forma direta na vida familiar. Pode-se dizer que ela tinha o seu poder confundido com o poder do Estado, assim suas normas podiam ser tidas também como normas estatais. A relação entre os seres é criada em separado da relação familiar, onde os filhos são subordinados à autoridade.

O Direito não permitia e não protegia relações ilícitas, como o concubinato, por exemplo. A ordem jurídica punia, seja criminal ou religiosamente, condutas que não estavam de acordo com a ética e os princípios da época. Essas condutas eram excluídas da ordem jurídica e não possuíam nenhum amparo. Deste modo, explica Rocha (2009, p. 13):

A família se apresenta como unidade básica da sociedade, a sociedade civil e uma reunião de famílias; a ordem privada e a ordem pública são homólogas, como duas esferas sobrepostas e inter-relacionadas. Neste modelo, eram excluídas da ordem jurídica relações costumeiras consideradas contrárias a moral dominante. A ordem jurídica não reconhecia e não protegia relações ilícitas, como o concubinato e a filiação ilegítima. Isso significa que as condutas sexuais e familiares eram investidas pela ordem política por meio de instrumentos de tipo jurídico, a qual, além disso, controlar condutas contrárias a moral, por meio da repressão criminal e religiosa.¹³

Em consonância com a norma jurídica, a guarda dos filhos era do pai. Nessa época ficava evidente a existência do pátrio poder. Se os filhos fossem menores de três anos,

¹³ ROCHA, Carolina Melo. Adoção entre pares Homoafetivos. Cabo Frio/RJ. 2009. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.uva.br%2Fsites%2Fall%2Fthemes%2Fuva%2Ffiles%2Fpdf%2Fadocaoentrepareshomoafetivos.pdf&ei=QfiaU67uIfjsASh8oDACw&usg=AFQjCNHb_StxJF8qDrdDFOCHueNtadvQ&bv=bv.68911936,d.b2U> Acesso em outubro de 2014.

ficavam sob os cuidados da mãe, mas cabia ao pai sustentar o filho e ele não deixava de possuir o pátrio poder.

A Igreja era quem ditava as regras sobre o casamento. Mas, por volta da metade do século XIX, o número de protestantes aumentava consideravelmente, diminuindo o poder da Igreja católica sobre os matrimônios, passando as outras religiões a terem poder de comandar os direitos civis do casamento. Dessa forma, começou a surgir o casamento civil, juntamente com as primeiras leis civis, tornando o casamento válido somente pela égide jurídica.

4.1.3 No Direito Moderno

A época moderna foi palco de vários acontecimentos como a Revolução Industrial, a reforma protestante, bem como a chegada dos europeus na América. A economia foi outro acontecimento que mereceu destaque, pois crescia gradativamente. Ainda não haviam muitos textos jurídicos e leis, e foi aqui que a matéria civil ganhou espaço e reconhecimento.

Antes do evento da Revolução Industrial, a família é quem produzia seus próprios meios de sobrevivência, eles faziam isso em conjunto. O chefe de família, quase sempre era quem exercia atividade artesanal, juntamente com a esposa e filhos que colaboravam com a atividade. Mas, aí vieram às máquinas, e o trabalho artesanal foi sendo substituído pelas grandes e diferenciadas fábricas. Vale destacar o que expõe Coelho (2012, p. 18):

As revoluções industriais, por sua vez, tiraram da família por completo a função econômica. Antes delas, outros fatos históricos contribuíram para a constituição de um espaço de trabalho estranho ao lar, como a revitalização do comércio, invenção dos bancos e seguradoras e formação das cidades ocorridas na Idade Média. Foram as revoluções industriais, no entanto, que encerraram o processo.

Com a chegada da Revolução Industrial, também foi necessária a inserção das mulheres no mercado de trabalho, ocorrendo uma mudança significativa nas atribuições de cada cônjuge. As famílias se dirigiam cada vez mais para as cidades em busca de emprego. O homem não era mais o chefe da casa, e precisou ajudar a esposa nas funções que só competiam a ela.

Por consequente, vieram às lutas das mulheres em movimentos de emancipação e libertação social, no final do século XIX, por isso, elas não aceitavam mais serem subjugadas

pelos homens, já que tinham tomado um importante papel na vida familiar. Isso ocasionou em resultados consideráveis sobre as relações familiares.

A Igreja e o Estado foram perdendo o seu autoritarismo e seu poder sobre as famílias, e suas formas rígidas de conduzir a sociedade foram perdendo forças. Na Idade Média era a própria Igreja Católica quem educava seus sacerdotes. Em pouco tempo foram surgindo às universidades, explica Coelho (2012, p. 18):

Outra importante função perdida pela família foi a educacional. Ainda na Idade Média, a Igreja Católica encarregou-se de educar seus sacerdotes, criando instituições que estão na origem das escolas. As corporações de ofício cuidavam do treinamento de seus membros. Também naquele tempo, surgiram as primeiras universidades. A família ficou encarregada, então, das primeiras letras e introjeção dos valores fundamentais.

Todos esses acontecimentos induziram a família a um doloroso processo de readaptação com a entrada da mulher no mercado de trabalho, o marido tendo que ajudá-la nos afazeres da casa, a perda do poder exercido pelo pai na família e o desligamento dos filhos da atividade laborativa desempenhada pelo pai.

4.2 A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

O casamento somente podia ser validado se feito no religioso e perante a Igreja, anterior à República. Depois, no Império essa vertente continuou existindo, sendo competência da igreja julgar a validade do ato matrimonial. Já na República Velha passou a ser considerado e válido apenas o casamento civil.

Com o advento da Constituição de 1934, a família passou a ser notada como organismo social e jurídico, e em 1939 foi firmada a Comissão Nacional de Proteção à Família, Decreto-lei nº 1764/39. Dois anos depois, veio o Decreto-lei nº 3200/41, que regulou várias questões morais e patrimoniais sobre a família. Sobretudo, a mulher somente deixou de ser vista como relativamente incapaz, com o advento da Lei nº 4121/62 – O Estatuto da Mulher Casada. Em 1977, foi promulgada a Lei nº 6515, que expandiu a faculdade da extinção do casamento através do adultério ou morte de um dos cônjuges, por meio da inserção das normas em relação ao divórcio.

Diante dessas diversas mudanças, foi necessário que o constituinte acompanhasse a evolução e a necessidade da sociedade. Assim, a Constituição Federal de 1988, consagrou essas novas formas de convívio. A família passou a ter uma atenção especial do Estado. Os

filhos, sejam adotados, sejam tidos dentro ou fora do casamento, possuem os mesmos direitos patrimoniais. Passando, também a ter uma aprovação maior em relação às uniões livres, tendo as concubinas direitos patrimoniais. Ganhou destaque também, com a instituição da Constituição Federal de 1988 a união estável.

A Constituição Federal de 1988 foi um divisor de águas para o direito de família brasileira. Ela transformou o modelo de família até então existente, mudou a forma de viver dos seus membros e também ampliou o caráter de suas relações. Antes, a família só era reconhecida através do casamento, as relações entre pai, esposa e filhos eram de desigualdade, os filhos e a esposa obedeciam o chefe de família. Depois do advento da Constituição, essas relações tomaram outros rumos, ficando mais em pé de igualdade, sendo reguladas e protegidas pelo Estado. Dessa forma, aduz Maschio *apud* Costa (p.06):

A liberação sexual, sem dúvida, em muito contribuiu para a formação desse novo perfil de família. Não há mais necessidade do casamento para uma vida sexual plena. [...] O objetivo dessa união não é mais a geração de filhos, mas o amor, o afeto, o prazer sexual. Ora, se a base da constituição da família deixou de ser a procriação, a geração de filhos, para se concentrar na troca de afeto, de amor, é natural que mudanças ocorressem na composição dessas famílias. Se biologicamente é impossível duas pessoas do mesmo sexo gerarem filhos, agora, como o novo paradigma para a formação da família – o amor, em vez da prole – os “casais” não necessariamente precisam ser formados por pessoas de sexo diferentes.¹⁴

Pode observar que com a vinda da Constituição Federal de 1988, passaram a ser criados vários tipos de famílias, não só aquela tradicional formada somente pelo pai, mãe e filhos, mas também os pais com filhos adotivos, famílias formadas apenas pelo pai e filho ou mãe e filho, e, também famílias formadas por pessoas de mesmo sexo com filhos adotivos ou através de outros métodos.

4.2.1 Entidades Familiares

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 dispõe que as entidades familiares são aquelas que resultam de união estável entre homem e mulher, que facilita sua conversão em casamento, onde a família é formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, em

¹⁴ MASCHIO, Jane Justina. A adoção por casais homossexuais. *Apud* COSTA Tereza Maria Machado Lagrota. Adoção por pares homoafetivos: uma abordagem jurídica e psicológica. Disponível em: https://www.google.com.br/?gfe_rd=cr&ei=DsoyVMT3EYih8AbGoYBg&gws_rd=ssl#q=teresa+maria+machado+lagrota+costa. Acesso em Setembro de 2014.

que os direitos e deveres devem ser exercidos em pé de igualdade tanto pelo homem quanto pela mulher. Desta forma, explica Coelho (2012, p. 137):

A Constituição Federal, ao tratar da proteção que o Estado deve liberar às famílias, refere-se a apenas três entidades familiares: as fundadas no casamento, as uniões estáveis entre o homem e a mulher e as famílias monoparentais (art. 226, §§ 1º, 3º e 4º). São as “famílias constitucionais”.

O artigo em comento se baseia nos princípios que, diga-se de passagem, podem ser considerados os mais importantes que são o da igualdade e dignidade da pessoa. Logo se entende que a família embasada no casamento não pode ter uma maior proteção que as demais, pois a lei não pode discriminar as outras entidades familiares.

4.2.2 Família monoparental

De acordo com o artigo 226, § 4º da Constituição Federal, a família monoparental é aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Passa-se a reconhecer as famílias monoparentais, bem como se dá a elas a proteção especial do Estado. Isso quer dizer que a família pode ser formada por apenas um dos pais e seus filhos, onde seu genitor pode ser tanto o pai quanto a mãe.

As famílias monoparentais podem ser formadas de diversas formas, como: a pessoa que quer ter filhos, mas sem constituir casamento ou união estável; os pais viúvos; as mulheres que fazem inseminação artificial para realizar o sonho de ter filhos; os pais divorciados ou separados e a mulher que engravida por causa de um imprevisto, mas não tem nenhum tipo de vontade de ter um vínculo com o pai da criança, assim, aduz Coelho (2012, p. 151):

Diversas razões podem levar à constituição da família monoparental: a pessoa quer ter filhos, mas prefere ficar solteira a se casar ou constituir união estável; após a separação ou divórcio, os filhos ficam sob a guarda de um dos ex-cônjuges, tendo o outro se afastado do convívio com eles; o celibatário adota uma criança; a celibatária recebe em seu útero embrião fecundado *in vitro*; o estado de viuvez se prolonga, contentando-se o viúvo ou viúva em permanecer familiarmente ligado apenas aos seus descendentes; a mulher engravida de modo accidental, mas não tem nenhuma vontade de se vincular materialmente ao pai do nenê etc.

A família monoparental pode ser formada pelo pai e seus filhos ou pela mãe e seus filhos. Hoje em dia as famílias monoparentais que têm a mãe como genitora, possuem

uma quantidade bem maior do que aquelas que têm o pai como genitor. Isso se dá pelo fato de os pais terem uma facilidade maior em constituírem outra união estável, casar-se de novo do que as mães.

4.2.3 União Estável

A Constituição Federal trouxe a expressão união estável em seu artigo 226, § 3º. A união estável entre o homem e a mulher tem o intuito da constituição de uma família, ganhando proteção do Estado equivalente à da família advinda do casamento. Para que a união estável se concretize, não basta que duas pessoas vivam sobre o mesmo teto, mantenham relações sexuais ou dividam as contas, é necessária a intenção de constituir família. Esse é o fator preponderante para a caracterização da união estável. Nesse sentido explica Coelho (2012, p. 145):

União estável é a convivência duradoura, contínua e pública de homem e mulher, com o objetivo de constituição de família, quando não há impedimento para o casamento. Também caracteriza a união estável o vínculo com tais características quando qualquer dos conviventes (ou ambos) sendo casado, estiver separado de fato.

A união estável é a relação entre duas pessoas que é íntima e duradoura e se parece muito com o casamento civil. Associa-se a união estável ao antigo concubinato, sendo que o concubinato não possui previsão legal, onde seus participantes ou apenas um deles possuem impedimento de se casar. Já a união estável é uma forma de querer constituir uma família, tem um propósito, e nenhum de seus participantes estão impedidos de se casar.

O Código Civil em seu artigo 1.724 dispõe sobre as relações pessoais, onde os companheiros precisam ser leais, respeitosos e dar assistência um ao outro, também estão obrigados à guarda, sustento e educação dos filhos. Se os companheiros não fizerem contrato escrito na união estável, sobre as relações patrimoniais, aplicar-se-á o regime da comunhão parcial de bens (artigo 1.725, do Código Civil), que são os bens adquiridos após a celebração do casamento civil. Assim, demonstra Coelho (2012, p. 147):

Se nada contrataram a respeito dos bens, aplica-se às relações patrimoniais entre os companheiros o regime da separação parcial (CC, art. 1.725, *in fine*). Em termos gerais, de acordo com esse regime, comunicam-se os bens posteriores ao casamento, exceto os adquiridos por sucessão ou doação, mas não anteriores. [...]

A Constituição Federal, bem como o Código Civil facilitam a conversão de união estável em casamento. Essa conversão é igual para todos os companheiros que manifestem essa vontade, independente das razões que alegarem. Os companheiros podem fazer essa conversão a qualquer tempo.

4.3 ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Conforme já mostrado, a família base da sociedade, só podia ser reconhecida através do casamento, mas isso foi mudando de acordo com evolução da sociedade. Surgiram novos modelos de família, como a monoparental, por exemplo, e hoje, a família homoafetiva se faz muito presente na sociedade como um todo. Algumas características trazidas por esse tipo de família, podem se distinguir das demais, porém não deixa de existir as características de uma família como o amor, a reciprocidade, o respeito, o carinho, a amizade, a educação, a aprendizagem, entre tantos outros.

A homossexualidade é um fato, e se for feito um estudo pela história no mundo, nota-se que ela sempre existiu. Era tida como um símbolo divino, depois passou a ter o repúdio das civilizações, sendo considerada como crime. Em Roma, por exemplo, quando os cidadãos comuns eram descobertos tendo relações com pessoas do mesmo sexo, eram criticados e até condenados por crime, mas quando descobriam que o Imperador estava tendo esse tipo de relação, todos tentavam esconder e se calavam.¹⁵

A afetividade é a forma que as pessoas têm de se expressar, dando e recebendo afeto. Percebe-se o afeto entre duas pessoas através de olhares, gestos, comportamentos, e, também traduz emoções como a alegria, a satisfação e o prazer. Ela está ligada diretamente à família, que proporciona todas essas emoções supracitadas.

A afetividade está ligada diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana que se baseia nas relações jurídicas. O princípio da dignidade da pessoa humana presente na Constituição Federal de 1988 é um dos principais princípios, pois é nele que o ser humano se

¹⁵ PENHA, Ariane Rafaela Brugnollo. Adoção por casais homoafetivos. Presidente Prudente/SP. 2008. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&sqi=2&ved=0CD0QFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww3.pucrs.br%2Fpucrs%2Ffiles%2Funi%2Fpoa%2Fdireito%2Fgraduacao%2Ftcc%2Ftcc%2Ftrabalhos2007_1%2Fmariana_saraiva.pdf&ei=-QmbU9T7I-bisATpjYGgDA&usg=AFQjCNGcxp2n6i8yb8TISjA2xtsl9ectXg&bvm=bv.68911936,d.b2U Acesso em setembro de 2014

torna merecedor de respeito e consideração pelo Estado e pela comunidade, de modo a garantir a toda e qualquer pessoa uma vida digna. Em torno disso, Coelho (2012, p. 159) assegura:

No direito brasileiro da atualidade, não há nada mais desrespeitoso ao princípio constitucional da dignidade humana que a ausência de disciplina legal da família constituída pela união de pessoas do mesmo sexo. Os homossexuais se sentem injustiçados, e com razão, porque não podem ter os mesmos direitos que os heterossexuais, em relação aos seus parceiros no vínculo de conjugalidade.

As uniões homoafetivas não são reconhecidas como entidade familiar, pois a Constituição Federal de 1988 não dispôs sobre isso em seu artigo 226 e parágrafos, prevendo apenas três tipos de entidade familiar: a decorrente do casamento, a decorrente da união estável e a decorrente da entidade familiar monoparental. Sobre esse assunto aduz Dias (2010, p. 03):

Mesmo quando a Constituição inseriu no conceito de entidade familiar o que chamou de “união estável”, houve resistência em migrar as demandas para o âmbito do Direito das Famílias. Apesar dos protestos da doutrina, as uniões continuaram sendo vistas como sociedades de fato e julgadas segundo o Direito das Obrigações. A dificuldade de as relações extramatrimoniais serem identificadas como entidades familiares revela a tendência de sacralizar o conceito de família. Mesmo inexistindo qualquer diferença estrutural com os relacionamentos oficializados, a sistemática negativa de estender a estes novos arranjos os regramentos do direito familiar, nem ao menos por analogia, mostra a tentativa de preservação da instituição da família dentro dos padrões convencionais. (...) ¹⁶

Como ainda não possui nenhum dispositivo na lei que assegure as relações homoafetivas, o que se faz é interpretá-la em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, pois se todos são iguais perante a lei, essa deve prevalecer para todas as classes, não somente para beneficiar uma ou outra. Sobre esse assunto, discorre Coelho (2012, p. 161):

A união civil de pessoas do mesmo sexo representa uma solução intermediária entre, de um lado, a admissão do sexo de homossexuais e, de outro, a inexistência de disciplina legal; ela tem sido adotada por muitos ordenamentos jurídicos.

Enquanto o direito positivo brasileiro silencia sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência protegem a família nascida de vínculos de conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo, a exemplo do que fez, no passado, na tutela da união estável.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. 2010. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> Acesso em setembro de 2014.

Enquanto não houver uma lei que proteja as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, é dever da jurisprudência as amparar. Não foi fácil conseguir chegar até aqui, porém os avanços já são grandes, apesar de não poder se comemorar ainda. A luta ainda vai ser longa até que os casais homoafetivos possam se casar e constituir família amparados por lei específica. Pois, quando duas pessoas se casam, amam-se e respeitam-se, logo vem o desejo de ter filhos e, para os casais de mesmo sexo é muito complicado adotarem uma criança, a burocracia é muita grande, sem se falar no preconceito que é enorme, desta forma explica D'Angelo (2010, p. 311):

Há uma tendência marcante e evolutiva no aspecto da adoção por casais homossexuais. Em especial porque ainda que não tenha sido deferida a adoção, a guarda ao companheiro homossexual do genitor vem sendo assegurada a exemplo do falecimento da cantora Cássia Eller, onde seu filho foi deixado sob a guarda de sua companheira.

Nota-se uma grande evolução no que diz respeito às famílias homoafetivas, mas como já dito, não há uma legislação específica no direito jurídico brasileiro que as ampare. Já existe a possibilidade de adoção por esses casais, porém eles enfrentam muitas dificuldades até chegarem ao tão sonhado desejo de ter filhos. O preconceito é uma enorme barreira que eles precisam enfrentar perante a igreja e a própria sociedade em si. Esses e outros aspectos sobre a adoção e a família homoafetiva serão tratados no próximo capítulo.

5 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS E O PRECONCEITO QUE A ENVOLVE

A adoção por casais homoafetivos ainda é vista com muito preconceito, pelo simples fato de uma pessoa gostar de outra do mesmo sexo parecer anormal para uma grande parcela da sociedade. As pessoas que têm essa visão, dizem se preocupar com as crianças a serem adotadas e alegam que a convivência delas com os casais homoafetivos poderão acarretar em transtornos psicológicos futuros.

Pode-se dizer que o preconceito que norteia tal assunto é fator preponderante para que o legislador aprove leis que favoreçam essa classe (homoafetivos), por causa da rejeição da sociedade. O Código Civil de 2.002, em seu artigo 1.723 faz menção à entidade familiar como aquela que é reconhecida pela união entre um homem e uma mulher.¹⁷ Pode-se perceber que há um preconceito para com os casais homoafetivos. Mas, o Superior Tribunal Federal através da ação direta de inconstitucionalidade nº 4277, passou a seguir a interpretação de acordo com o que dispõe a Constituição Federal, de forma que a relação estável entre casais do mesmo sexo passou a ser considerada como entidade familiar. Como dispõe o voto do Ministro Relator Ayres Britto:

No mérito julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.¹⁸

Também se destaca a falta de legislação que regula o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Mas, felizmente o artigo 3º e incisos da Constituição Federal de 1988, buscam proteger a dignidade humana, objetivando uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito e/ou discriminação. Em relação a esse aspecto na legislação brasileira, explica Dias (p. 03):

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

¹⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>. Acesso em out. de 2014.

homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito.¹⁹

Para que um casal de mesmo sexo possa adotar uma criança, é necessário que passe por vários constrangimentos por causa do preconceito que ainda existe. A lei não expressa nenhuma forma de impedimento para tal procedimento, porém não dispõe diretamente que esse processo seja possível. Isso só é possível através de jurisprudências e entendimentos jurídicos feitos através dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, lembra Fernandes *apud* D'Angelo (2010, p. 290):

Foi em 1996, que pela primeira vez na História do Brasil que a presença dos homossexuais foi reconhecida em documento oficial, através do Programa Nacional dos Direitos Humanos. É impressionante que em um país considerado entre os cinco primeiros do mundo em homossexualidade, que a data da 'oficialização' do contingente gay, seja tão recente. O Brasil, segundo dados estatísticos, coletados pelo Grupo Gay da Bahia, é o campeão mundial de assassinato de homossexuais, com um assassinato de gay a cada dois dias, somente no ano 2000. Parece ser impossível a existência do binômio homossexualidade e cidadania. Será que a opção sexual de uma pessoa retira dela, como na antiguidade bíblica citada, qualquer vestígio de direitos?

Os Tribunais Brasileiros já dispõem sobre a possibilidade desse tipo de adoção, desde que os requisitos que estão presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA sejam observados. A adoção somente pode ser deferida se trouxer vantagens para o menor, respeitando o princípio do melhor interesse da criança. A doutrina majoritária não vê a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo adotarem criança ou adolescente em conjunto, pois não são reconhecidos como entidade familiar, mas podem adotar individualmente, desde que preencham os requisitos necessários.²⁰ Pela impossibilidade de casais homoafetivos adotarem conjuntamente, entende Venosa (2005, p. 315):

Não há qualquer restrição quanto ao estado civil do adotante: pode ser solteiro, divorciado, separado judicialmente, viúvo, concubino. A adoção, como percebemos, pode ser singular ou conjunta. A adoção conjunta é admitida por casal em matrimônio ou em união estável, entidade familiar reconhecida constitucionalmente. Se não são ainda os companheiros

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. 2010. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> Acesso em setembro de 2014.

²⁰ ROCHA, Carolina Melo. Adoção entre pares Homoafetivos. Cabo Frio/RJ. 2009. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rect=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.uva.br%2Fsites%2Fall%2Fthemes%2Fuva%2Ffiles%2Fpdf%2Fadocaoen_trepareshomoafetivos.pdf&ei=QfiaU67uIIfjsASh8oDACw&usg=AFQjCNHb_StxJF8qDrdDFOCHueNtadvQ&bvm=bv.68911936,d.b2U Acesso em out. 2014.

homoafetivos reconhecidos como entidade familiar, a eles não é dado adotar conjuntamente.

Atualmente já é possível que um casal homoafetivo adote uma criança conjuntamente, pois a sociedade está em constante mudança e é preciso acompanhá-la. Assim como, é possível a união entre casais do mesmo sexo, também é necessário que esses casais tenham a possibilidade de constituir família. Em um dos julgados do Tribunal do Rio Grande do Sul, que é um dos pioneiros quando o assunto é homossexualismo, no ano de 2010, previu essa possibilidade:

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. PEDIDO DE HABILITAÇÃO. ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Sendo admitida pela jurisprudência majoritária desta corte, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, possível admitir-se adoção, homoparental, porquanto inexistente vedação legal para a hipótese. Existindo, nos autos, prova que as habilitandas possuem relacionamento estável, bem como estabilidade emocional e financeira, deve ser deferido o pedido de habilitação para adoção conjunta. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGredo DE JUSTIÇA). (Embargos infringentes Nº 700 34811810, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Fernando de Vasconcellos Chave, Julgado em 13/08/2010)

Assunto: 1. ADOÇÃO. ESTUDO SOCIAL. VALOR. VALORIZAÇÃO. CASAL DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO EM CONJUNTO. DIREITO RECONHECIDO. 2. A RELAÇÃO HOMOERÓTICA E A PARTILHA DE BENS – HOMOSSEXUALIDADE. DISCUSSÕES JURÍDICAS E PSICOLÓGICAS. CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA. 3. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL DO MESMO SEXO. MULHER. UNIÃO HOMOSSEXUAL. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. 4. JUIZ. DECISÃO DA LIDE. LACUNA. INTERPRETAÇÃO. KELSEN E DE BOBBIO. DISPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS. 5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 6. CASAIS HOMOSSEXUAIS E ADOÇÃO. 7. HOMOSSEXUALISMO. 8. FUNÇÃO CRIADORA DO JUIZ. 9. ANALOGIA. PROCESSO ANALÓGICO. REQUISITOS. 10. ADOÇÃO CONJUNTA. REQUISITOS. 11. INTERESSE E POSSIBILIDADE. 12. ADMISSIBILIDADE. ***** OBS.: Julgador (a) de 1º Grau: Breno Brasil Cuervo.²¹

A adoção por casais homoafetivos não é proibida, pois na lei nada se dispõe sobre isso, e tudo que a lei não proíbe é permitido, e os tribunais vêm cada vez mais, decidindo de forma favorável sobre tal questão. A pretensão é que se evolua cada vez mais para se chegar realmente à igualdade entre pessoas hetero e homossexuais, para que ambas possuam os mesmos direitos

²¹ Jurisprudência: APC 70013801592 RES 889852 – RS. Data de Julgamento: 13/08/2010. Publicação Diário da Justiça do dia 12/11/2010. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=ado%C3%A7%C3%A3o+por+casais+homossexuais&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*%&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8 Acesso em out. de 2014.

5.1 Interesse do Menor

Como já mencionado, não há impedimentos para que esse tipo de adoção seja realizada. Assim, o disposto no artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que somente concede a adoção se resultar em reais vantagens ao adotando e, também em fundamentos legítimos, combinado com o artigo 6º do mesmo dispositivo, onde o princípio da prevalência dos interesses do menor está presente, considerando os fins sociais e o bem comum.

O legislador brasileiro também dispôs que uma criança apta a ser adotada só poderia ficar em orfanatos ou estabelecimentos compatíveis de forma provisória. Mas, na realidade, não é bem isso que acontece. Quando as crianças chegam a esses locais com intuito de serem adotadas, ali, torna-se a sua moradia até que sejam adotadas ou até chegarem à maioridade e não tenham outra opção a não ser irem morar nas ruas, por exemplo.

Pode-se concluir que o adotando necessita de lugar apropriado, com ambiente familiar agradável, que possa viver da maneira que lhe é de direito. Muitas pessoas que querem adotar, rejeitam as crianças que sejam maiores de 2 (dois) anos de idade, pois pensam que a educação será bem mais difícil em relação ao período de tempo que já passaram nesses orfanatos. E também a demora no processo de adoção, é um fator que levam as crianças a passarem boa parte de sua infância em orfanatos esperando uma oportunidade. Desse modo, Maria Berenice Dias afirma:

À medida que o tempo passa às crianças tornam-se “inadotáveis”, palavra feia, quase um palavrão, que significa criança que ninguém quer, seja porque já não são bebês, seja porque não são brancas ou não são perfeitas, eis portadoras de necessidades especiais. Pelo jeito ninguém lembra o porquê de as crianças estarem lá: ou foram abandonadas, ou os pais destituídos do poder familiar, por maus tratos ou por abuso sexual. Nessa hipótese, aliás, é bem mais difícil que sejam adotadas.²²

A possibilidade de adoção por casais homossexuais gera uma perspectiva de vida e proporciona mais uma alternativa ao adotado, haja vista que a situação que este é submetido em orfanatos, abrigos ou das ruas, não condiz com aquilo que lhe é garantido como direito fundamental.

²² DIAS, Maria Berenice. A adoção e a espera do amor. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> Acesso em setembro de 2014.

A não aceitação de adoção por casais homossexuais fecharia uma porta e retiraria uma das oportunidades de saída do adotado do orfanato, abrigo ou das ruas, mantendo em condições não ideais e desfavoráveis ao desenvolvimento que lhe é garantido, como a de possuir família. Essas condições desfavoráveis podem influenciar no comportamento desse e gerar problemas psicológicos.

Já os casais homoafetivos, bem como os solteiros homossexuais não buscam esse tipo de perfil quando querem adotar. Pelo contrário, eles buscam exatamente àquelas crianças que estão lá há muito tempo esperando uma oportunidade, como os negros, os portadores de necessidades, os mais velhos, etc. Mas, o processo de adoção para esses adotantes se torna mais difícil e demorado pela questão do preconceito que os norteiam.

É preciso levar em consideração que essa é mais uma oportunidade dessas crianças serem adotadas e acolhidas em um lar, onde poderão ter uma melhor condição de vida. Para que a adoção seja concretizada não tem que se olhar a orientação sexual dos interessados, mas sim se eles possuem discernimento e equilíbrio emocional para criar uma criança. O afeto e o amor têm que prevalecer diante dos preconceitos e o interesse do menor ser reconhecido e respeitado.

5.2 O Preconceito e a Jurisprudência

É notório que a humanidade evolui, contudo em alguns casos não houve tanta evolução, como é o caso da homossexualidade. Vivemos em uma sociedade homofóbica, onde até os próprios homossexuais não se expõem, não se assumem com medo do que podem sofrer, seja no trabalho, na família e até mesmo nas ruas. Os noticiários trazem muitos casos de homossexuais que são espancados ao saírem de festas, por exemplo. Muitos são hostilizados pelos próprios amigos. Por isso, muitos se escondem e vivem uma vida que não é sua. Um exemplo, dessa violência, está presente na reportagem do site de notícia r7:

A violência extrema caracteriza boa parte dos crimes de ódio cometidos contra gays. Em 2013, 25 pessoas foram mortas em atos de homofobia em Minas Gerais, de acordo com o estudo do Grupo Gay da Bahia, que monitora esse tipo de violência em todo o país. Para o antropólogo da Universidade

Federal da Bahia Luiz Mott, que coordena esse estudo, a agressividade aponta para as raízes culturais deste ódio.²³

Os homoafetivos sofrem muito preconceito, que começa pela sociedade e vai até a legislação que não trata ainda de forma aberta e clara sobre questões que envolvam essas pessoas. Eles são tratados pela maioria da sociedade como sendo diferentes, e parecem até ter uma doença contagiosa, capaz de afastar amigos e parentes. Eles sofrem a partir do momento em que assumem ter uma sexualidade diferente até o momento em que querem constituir uma família, desde o casamento até a vontade e realização do sonho de ter filhos, que pode ser tanto por inseminação artificial, a famosa “barriga de aluguel” que é quando um casal escolhe uma mulher para gerar uma criança, desde que o óvulo seja de mulher desconhecida e, através da adoção, que é o tema desse trabalho. Em relação ao preconceito que envolve a homossexualidade, Dias explica:

A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e essa escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha. [...]

As normas legais precisam adequar-se aos princípios e garantias que identificam o modelo consagrado pela Carta Política que retrata a vontade geral do povo. O núcleo do sistema jurídico, que sustenta a própria razão do Estado, deve garantir muito mais liberdades do que promover invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão.²⁴

Qualquer tipo de discriminação que esteja relacionada com a sexualidade de uma pessoa estará ferindo de uma forma clara o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos maiores, senão o maior princípio presente na Constituição Federal. E esse tipo de preconceito sem fundamento acaba causando sofrimento e sentimento de rejeição nessas pessoas.

O maior argumento que as pessoas utilizam para dizerem que a adoção de crianças por casais homoafetivos, é o de que essa adoção as levaria a ter sérios problemas psicológicos. Afirmam que se os pais são homossexuais, logo as crianças adotadas também seriam. Mas isso não é verdade, visto que, a forma física, sendo ela feminina ou masculina, não importa

²³ Vítimas do preconceito: confira casos de crimes contra homossexuais em MG. Publicado em 09/03/2014 às 00 hr e 30 min. Disponível em: <http://noticias.r7.com/minas-gerais/fotos/vitimas-do-preconceito-confira-casos-de-crimes-contr-homossexuais-em-mg-09032014#!/foto/1>. Acesso em out. de 2014.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. A família homoafetiva. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> Acesso em out. de 2014.

pra criança, e sim o amor e carinho a qual é tratada. Dessa forma, afirma Santos *apud* Uziel (2011, p. 35):

A união entre duas pessoas do mesmo sexo não apaga a diferença entre os sexos nem confunde as crianças que convivem com um casal de homens ou de mulheres. As referências para se reconhecer a diferença estão à disposição da sociedade.²⁵

O Brasil, sendo um país que se desenvolve cada vez mais, não apresenta grandes avanços quanto à igualdade e a aceitação daqueles que as pessoas dizem ser “diferentes”, quanto a Legislação. Logo, deve se entender que as modificações no ordenamento jurídico brasileiro devem seguir as alterações do cotidiano das pessoas e da sociedade. Não se pode dizer que há uma liberdade, sem antes acabar com esse tipo de preconceito e nem mesmo haver legislação pertinente para tal caso. O legislador age de acordo com as necessidades que a sociedade impõe, e no caso da adoção por pessoas do mesmo sexo, como ainda há muito preconceito, fica mais difícil de criar leis que a regulamente.

Então, o que se pode fazer é agir de forma menos preconceituosa possível, observando sempre o que for mais vantajoso para o menor, e sem observar a questão da homossexualidade. O judiciário não pode ignorar a vontade de casais homoafetivos em adotar, pois vai contra princípios constitucionais. O que deve prevalecer sempre é a proteção aos direitos da criança.

O tratamento que o judiciário deve dar às pessoas de mesmo sexo que vivem juntas, com o objetivo de constituir família não deve ser diferente daquelas consideradas heterossexuais, sendo assim, as duas entidades familiares possuem os mesmos direitos no que diz respeito em adotar em conjunto. O judiciário busca entendimento nas súmulas, jurisprudência, na lei e nos princípios fundamentais para deferir esses pedidos de adoção, assim como aconteceu na decisão do Tribunal de Justiça do RS, com o seguinte teor:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO CONJUNTA POR DUAS PESSOAS DO MESMO SEXO. ADOÇÃO HOMOPARENTAL. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO. Embora a controvérsia na jurisprudência havendo possibilidade de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante precedentes desta Corte, igualmente é de se admitir a adoção homoparental, inexistindo vedação legal expressa à hipótese. A adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes,

²⁵ UZIEL, A. P. **Conjugalidade, parentalidade e homossexualidade: rimas possíveis.** In: Adoção: um direito de todos e todas, pp. 13-16. CFP, jun. 2008. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/cartilha_adocao.pdf>. Acesso em jun. 2014.

devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança. Estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitadas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos do § 2º do art. 42 do ECA, com a redação dada pela Lei 12.010/2009. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível nº 70031574833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/10/2009).²⁶

Muito se é questionado sobre a orientação sexual dos pais influenciarem os filhos em relação à orientação sexual e a presença da figura de um pai e de uma mãe na educação dos filhos. Há uma parte da sociedade que questiona sobre a orientação sexual dos pais conduzirem os filhos adotados a terem transtornos psicológicos, por conta do preconceito que irão enfrentar, seja na escola ou na própria família. A orientação sexual dos pais não é o fator que vai influenciar se uma pessoa será um bom pai ou uma boa mãe. Pois, da mesma forma que existem homossexuais sem discernimento algum, também existem heterossexuais assim. Não se pode generalizar. É o que ensina Dias:

Com a valorização das pessoas, igualmente começou a se atentar mais aos seus vínculos afetivos, que nem sempre se constroem segundo o modelo da sagrada família: um homem e uma mulher para crescer e se multiplicarem. A família é agora definida pela lei como uma relação íntima de afeto, comportando todos os arranjos que preservem o respeito e a dignidade de cada um de seus membros. Deste modo, não há como não reconhecer as famílias homoafetivas, como uma entidade familiar que pode assumir as responsabilidades parentais e ambos bem desempenharem as funções paternas e maternas. Por puro preconceito não é possível que a Justiça deixe de reconhecer que duas pessoas, independente da identidade sexual, tem muito amor a oferecer a quem só quer ter o direito de amar e ser amado.²⁷

Os homoafetivos vêm cada vez mais quebrando tabus, e fazendo a sociedade ainda conservadora a aceitar novos parâmetros e modos de vida. A rede de televisão muitas vezes ajuda nesse processo de aceitação, um exemplo disso foi a novela Amor à vida exibida pela Rede Globo de televisão em 2013, em que um casal homoafetivo que mantinha união estável, sonhava em adotar uma criança. Eles conseguiram adotar a criança e também fizeram o procedimento da inseminação artificial, através da “barriga de aluguel”, e apesar de terem se

²⁶ Jurisprudência. APC 70013801592 APC 70021637145 APC 7001666038. Data do julgamento: 14/10/2009
Publicação: Diário da Justiça do dia 13/11/2009. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=ado%C3%A7%C3%A3o+por+casais+homossexuais&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF- Acesso em out. de 2014.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. Adoção e o direito a um lar. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> Acesso em out. de 2014.

separado em meio ao processo de adoção, um dos personagens conseguiu adotar a criança. O autor da novela foi muito feliz ao mostrar a relação verdadeira de afeto, carinho e respeito entre o adotante e o adotado.

Tudo isso ajuda muito no processo de aceitação da sociedade em relação ao homossexualismo, mas infelizmente não é o suficiente para que às pessoas mais conservadoras aceitem esse tipo de relação. A sociedade e a justiça já evoluíram muito no que concerne às relações homoafetivas, mas falta muito ainda para que essas pessoas possam viver dignamente na sociedade, é o que afirma Dias, em um de seus ensinamentos magníficos sobre a homossexualidade:

É de se louvar a coragem de se ousar quando ultrapassam os tabus que rondam o tema da sexualidade e se rompe o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Houve um verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e uma oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito conservador de família. Essa nova orientação mostra que o Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não é ignorado certos fatos, deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade, que se faz justiça. Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação, afastando-se o Estado de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.²⁸

Apesar da evolução que é notória no que diz respeito à aceitação da homoafetividade, seja pela sociedade, seja pela Justiça, ainda não se pode cantar vitória, pois ainda há muito que conquistar para essa classe. A jurisprudência ainda não dispõe de muitos julgados a favor da adoção por casais homoafetivos. A Justiça gaúcha é uma das mais presentes nesse ponto, assim demonstra mais uma decisão:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto, que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus criadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura firme de defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima

²⁸ DIAS, Maria Berenice. Direitos Humanos e Homoafetividade. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> Acesso em out. de 2014.

Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).²⁹

Infelizmente, nota-se que nem todos os julgados e votos tem parecer favorável, e isso é uma lástima para a classe homoafetiva. Pois, todos têm seus direitos assegurados, e todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção. Ainda existe o preconceito até mesmo na Justiça, é onde que a sociedade fica desacreditada e não se permite aceitar novos padrões de vida, pois se até a justiça não possui entendimento favorável, o que dirá a sociedade, que ainda se diz conservadora. Dessa forma, Dias dá seus ensinamentos:

Impedir significativa parcela da população que mantém vínculos afetivos estéreis de realizar o sonho da filiação revela atitude punitiva, quase vingativa, como se gays e lésbicas não tivessem condições de desempenhar as funções inerentes ao poder familiar. Também acaba negando a milhões de crianças o direito de sair das ruas, de abandonar os abrigos onde estão depositadas, sonegando-lhes o direito a um lar e a chance de chamar alguém de pai ou de mãe. Parece que a lei olvida o que diz a Constituição: que é dever não só da família e da sociedade, mas é também dever do Estado proteger, com absoluta prioridade, o cidadão de amanhã.³⁰

Outro fator que se torna bem difícil para a classe homoafetiva é a aceitação da igreja. Nem nos dias atuais, e em nenhuma outra época a igreja aceitou as relações homoafetivas. Normalmente, a igreja trata essas pessoas de maneira preconceituosa e dizem ser uma força que não vem de Deus que os leva a serem assim, diferentes. Hostilizam essas pessoas, e a tratam com indiferença, tentando mudar àquilo que são e sentem.

Não é uma luta fácil ir contra os preceitos da igreja, pois muito difícil será eles mudarem a posição em relação às pessoas que tem relações homoafetivas a constituírem casamento religioso, muito menos a vontade de batizar seus filhos nas leis de Deus. Mas é preciso ser otimista e sonhar que algum dia isso se torne realidade, não se pode desistir.

Como ainda não existe legislação específica para regular a adoção por casais de mesmo sexo, é preciso observar o que a lei dispõe sobre a adoção por casais heterossexuais, e se fundamentar, principalmente nos princípios existentes na Carta Magna, como os princípios da dignidade humana e da igualdade. Driblando o preconceito que norteia esse assunto tão polêmico, o que já deveria ser comum entre a sociedade. De acordo com esses preceitos, assegura Dias:

²⁹ Revista de Jurisprudência: RJTJRS, 278/403. Data de Julgamento: 05/04/2006. Publicação: Diário da Justiça do dia 12/04/2006. Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=ado%C3%A7%C3%A3o+por+casais+homossexuais&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8 Acesso em out. de 2014.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. Adoção sem preconceito. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> Acesso em out. de 2014.

É função do Estado proteger essas crianças. Não se pode deixar o preconceito vencer e simplesmente impedir a adoção por duas pessoas que mantêm uma família homoafetiva. Está na hora de acabar com a hipocrisia, com a onipotência do legislador que pensa que a lei tem o poder mágico de impedir que as pessoas persigam o sonho de ter um LAR: Lugar de Afeto e Respeito.³¹

Dessa forma, enquanto não houver uma legislação que ampare os homoafetivos, tanto em relação ao casamento, quanto em relação à adoção, essas pessoas vão continuar perseguidas e, não vão conseguir viver em paz nunca. É preciso que o Estado também conscientize a sociedade sobre o preconceito, tome medidas enérgicas para que haja uma aceitação maior. Como por exemplo, educar os alunos nas redes públicas ou privadas de ensino sobre o preconceito, mostrar de forma clara que os homoafetivos são pessoas normais como quaisquer outras; promover palestras para os pais desses alunos no mesmo sentido, pois a educação começa em casa.

Com essas medidas, talvez não acabe de vez o preconceito, mas diminua consideravelmente. O mais importante é que os homoafetivos nunca desistam de lutar pelos seus ideais, pois já conseguiram um avanço muito grande, mas ainda há muito para enfrentar. Já venceram várias batalhas, mas para vencer a guerra ainda falta muito, não se pode desistir e nem perder as esperanças, pois um dia terão todos os seus sonhos tornados realidade.

³¹ DIAS, Maria Berenice. Adoção sem preconceito. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> Acesso em out. de 2014.

6 CONCLUSÃO

Diante da evolução histórica que sofreu o instituto da adoção, o que se pode concluir é que ela sofreu muitas mudanças e avanços no decorrer dos tempos. Para chegar a conclusão sobre a adoção por casais homoafetivos, foi necessário fazer um longo apanhado do que foi e do que é a adoção, o que ela significou desde os primórdios, até os dias atuais.

De acordo com o artigo 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade. Por isso é protegida constitucionalmente, mas foram surgindo novos modelos de famílias, de acordo com as mudanças sociais ocorridas com o passar dos anos. Busca-se proteger a diversidade dos modelos de família de acordo com os princípios fundamentais, como o da igualdade e dignidade da pessoa humana.

As famílias deixam de ser vistas somente pelo âmbito do matrimônio, casamento entre um homem e uma mulher, e passam a ser vistas de uma forma mais abrangente. O objetivo de se constituir uma família deixa de ser apenas a procriação, e passa a ser vista também sobre o prisma da função social que vai desempenhar. A função social da família é agir de acordo com os princípios da proteção, é ter lealdade, confiança e acima de tudo respeito e amor para com aqueles que convivem.

A mulher deixa de ser apenas aquela que cuida da casa, dos filhos, do marido, deixa de ser apenas objeto, como era tratada há anos atrás, e passa a ser a chefe da casa, a “cabeça pensante” da família. Hoje muitas mulheres sustentam a casa sozinhas, trabalham fora, cuidam dos filhos, tornando-se verdadeiras chefes de família.

A adoção sofreu muitas mudanças no âmbito jurídico, onde antigamente os filhos adotivos não recebiam o mesmo tratamento do que os filhos naturais. O princípio da igualdade e da proteção integral à criança ou adolescente não era preservado. Mas, com a evolução da sociedade, esses aspectos foram evoluindo também, devagar e de uma forma tímida. Um acontecimento muito importante no ordenamento jurídico brasileiro, depois da Constituição Federal de 1988, foi a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ECA foi um marco para o instituto da adoção no Brasil. São vários artigos para tratar especificamente da adoção. Esse Estatuto trouxe um grande e valioso princípio, que é o princípio do melhor interesse da criança, ou seja, independente de qualquer coisa prevalece o que for melhor para a criança ou adolescente, pois ela é a parte mais frágil da relação familiar.

A adoção é caracterizada como sendo medida excepcional, que só pode ser feita após acabarem todos os outros tipos de tentativa de inserção da criança ou adolescente no

âmbito da família natural ou extensa. E depois de deferida não pode mais ser revogada, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A família de hoje é pautada em face do amor, da felicidade, da convivência e do respeito, independente do tipo de família. Se é família formada por um pai, uma mãe e filhos, se é formada somente pelo pai e filho ou pela mãe e filho, e ainda se formada por casal de mesmo sexo. Nem o ECA, nem a Constituição Federal, proíbem a adoção por casais homoafetivos, e também não deixa expresso que é uma adoção legal.

Por essa visão conclui-se que a adoção por casais homoafetivos deve ser deferida independentemente de estar expressa ou não em lei, pois é preciso se verificar primeiramente o melhor interesse da criança ou adolescente, bem como os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa. Analisar esses fundamentos é essencial para a concretização desse tipo de adoção.

As pessoas que se relacionam com outras do mesmo sexo, ou seja, os homossexuais, sempre sofreram e sofrem até hoje o preconceito. Já enfrentaram muitas coisas para terem seus direitos preservados. O avanço é notório, porém vago. Não existe legislação que disponha sobre o casamento entre duas pessoas de mesmo sexo, tão pouco que trate da adoção por casais homoafetivos.

Esses dois institutos também não são proibidos, porém dependem de interpretação da lei e da forma de pensar de cada jurista. Ninguém pode ser proibido de adotar uma criança ou adolescente devido ao sexo, religião, cor e classe social. Logo, a pessoa homossexual não pode ser impedida de adotar apenas pela opção sexual. É necessário que se obtenha os requisitos necessários que dispõe a lei para a adoção ser deferida, desde que seja sempre favorável ao adotando, independente da opção sexual.

Não justifica em nada uma criança permanecer em abrigo ou orfanato, se um casal homoafetivo desejar adotar e tiver com os requisitos necessários em conformidade com a lei, por causa do preconceito. O preconceito é o maior impedimento para a concessão da adoção homoafetiva.

Mesmo com a modernidade que norteia a sociedade, ainda existe muito preconceito em relação aos casais homossexuais. As pessoas não admitem que duas pessoas do mesmo sexo possam se amar, viverem felizes e muito menos constituam família. A igreja também é muito preconceituosa, e não aceita de forma alguma que essas pessoas se casem dentro da igreja.

Todo esse preconceito pode influenciar de alguma forma nas decisões dos juristas quando vão decidir se concedem ou não a adoção homoafetiva. Podem alegar que a

sociedade, ou pelo menos uma maioria é contrária a essas decisões e isso pode repercutir de forma negativa. Isso é inadmissível, pois a lei é clara, e todos são iguais perante ela, e fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do melhor interesse do menor, que poderia estar em um lar, sendo amado e respeitado, mas está em um orfanato esperando uma chance de ser adotado.

Conclui-se, após tudo o que foi exposto ao longo da pesquisa que a adoção por casais homoafetivos é logicamente possível e aceitável, preservando sempre o princípio do melhor interesse do menor, a proteção integral da criança e do adolescente, já que não há nenhum impedimento legal para a concessão da adoção homoafetiva.

REFERÊNCIAS

Livros e Doutrinas

AIRÉS, Philippe. História Social da Criança e da Família. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1981.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. De acordo com o novo Código Civil Lei nº 10.406, de 10-01-2002. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. O direito de família na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Parcerias Homossexuais: aspectos jurídicos, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CHAVES, Antônio. Adoção. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora LTDA, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. Família. Sucessões. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

D'Angelo, Suzi e Élcio. Direito de Família. 1ª edição. Leme: Anhanguera Editora, 2010.

DIAS, Maria Berenice. União homossexual – Preconceito & a Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. União homossexual e seus efeitos jurídicos. São Paulo: Método, 2004.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. ADOÇÃO. Comentários à nova lei de adoção – Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009. 1ª edição. Leme: CL EDIJUR, 2009.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. Adoção para Homossexuais. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade 1: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1997.

LINTON, Ralph. O Homem – Uma introdução à antropologia. 12ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro. Instituição do Direito de Família. São Paulo: Editora do Direito, 2000.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito de Família. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. V. 5. São Paulo: Atlas, 2003.

Leis e Jurisprudências

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em agosto de 2014.

BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm> Acesso em abril de 2014.

BRASIL. Código de Menores. Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm> Acesso em maio de 2014.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm> Acesso em maio de 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm> Acesso em maio de 2014.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: maio de 2014.

BRASIL. Lei 3153/57. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13133.htm> Acesso em: maio de 2014.

BRASIL. Lei 4655/65. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm> Acesso em: maio de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Disponível em:
 <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>> Acesso em out. de 2014.

Código de Hamurabi. Disponível em:
 <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/codigo-de-hamurabi.html>> Acesso em: abril de 2014.

Código de Hamurabi. Disponível em:
 <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>> Acesso em: abril de 2014.

Código de Manu. Disponível em:
<<http://www.ebah.com.br/content/ABAAABtQsAD/codigo-manu>> Acesso em: abril de 2014.

Jurisprudência: APC 70013801592 RES 889852 – RS. Data de Julgamento: 13/08/2010. Publicação Diário da Justiça do dia 12/11/2010. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=ado%C3%A7%C3%A3o+por+casais+homossexuais&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8 Acesso em out. de 2014.

Jurisprudência. APC 70013801592 APC 70021637145 APC 7001666038. Data do julgamento: 14/10/2009

Publicação: Diário da Justiça do dia 13/11/2009. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=ado%C3%A7%C3%A3o+por+casais+homossexuais&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8 Acesso em out. de 2014.

Revista de Jurisprudência: RJTJRS, 278/403. Data de Julgamento: 05/04/2006. Publicação: Diário da Justiça do dia 12/04/2006. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=ado%C3%A7%C3%A3o+por+casais+homossexuais&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8 Acesso em out. de 2014.

Artigos e Monografias disponíveis eletronicamente:

ALEXANDRE, Giselle. Adoção em relações homoafetivas no Direito Brasileiro. Disponível em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&sqi=2&ved=0CEUQFjAF&url=http%3A%2F%2Fsiaibib01.univali.br%2Fpdf%2FGiselle%2520Alexandre.pdf&ei=sAqbU7CqKciqsQSngoG4BA&usq=AFQjCNHifIIW9N4FDj3vhmaEOo4paBdibw&vm=bv.68911936,d.b2U> Acesso em maio de 2014.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Adoção no Brasil: Aspectos Evolutivos do Instituto no Direito de Família. Disponível em: <http://www.seer.furg.br/juris/article/view/3214> Acesso em: abril de 2014.

COSTA, Juliana Olívia Silva. Os efeitos Jurídicos da Posse de Estado de Filho no Processo de Adoção Judicial. 2010, p. 12. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.jandrade.edu.br%2Fpdf%2Fbiblioteca%2Fbibl_digital%2Fos_efeitos_juridicos_da_posse_de_estado_de_filho_no_processo_de_adocao.pdf&ei=BWZ6VIy4DIeWNveJhIgD&usq=AFQjCNFwrWhCFTWFP50TfLdGgHCLPZIPMA&bvm=bv.80642063,d.eXY Acesso em abril de 2014.

CUNHA, Tainara Mendes. O Instituto da Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente após a Lei 12.010/2009. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 nov. 2011. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34508&seo=1>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

DIAS, Maria Berenice. A adoção e a espera do amor. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> Acesso em setembro de 2014.

DIAS, Maria Berenice. Adoção e o direito a um lar. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> Acesso em out. de 2014.

DIAS, Maria Berenice. Adoção sem preconceito. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> Acesso em out. de 2014.

DIAS, Maria Berenice. A família homoafetiva. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> Acesso em out. de 2014.

DIAS, Maria Berenice. Direitos Humanos e Homoafetividade. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> Acesso em out. de 2014.

DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. 2010. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade.dept> Acesso em setembro de 2014.

FURLANETTO, Carolina Dietrich. Adoção: Aspectos Jurídicos e Sociais e a Viabilidade Jurídica para os Homossexuais. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww3.pucrs.br%2Fpucrs%2Ffiles%2Funi%2Fpoa%2Fdireito%2Fgraduacao%2Ftcc%2Ftcc2%2Ftrabalhos2006_2%2Fcarolina.pdf&ei=kGZ6VPHmG8qvvggTx1IKwBQ&usg=AFQjCNEboAdgZ-7g2hV4BrO4OF-fUwdm3g&bvm=bv.80642063,d.eXY Acesso em abril de 2014.

MASCHIO, Jane Justina. A adoção por casais homossexuais. *Apud* COSTA Tereza Maria Machado Lagrota. Adoção por pares homoafetivos: uma abordagem jurídica e psicológica. Disponível em: https://www.google.com.br/?gfe_rd=cr&ei=DsoyVMT3EYih8AbGoYBg&gws_rd=ssl#q=teresa+maria+machado+lagrota+costa. Acesso em Setembro de 2014.

PENHA, Ariane Rafaela Brugnollo. As origens da adoção – Do seu surgimento até a Idade Média. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/1419> Acesso em abril de 2014.

PINHO, Marco Antônio Garcia. Breve histórico dos conceitos de adoção. Disponível em: https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=Marco+Ant%C3%B4nio+Garcia+de+Pinho+brev+e+hist%C3%B3rico+dos+conceitos+de+ado%C3%A7%C3%A3o Acesso em abril de 2014.

ROCHA, Carolina Melo. Adoção entre pares Homoafetivos. Cabo Frio/RJ. 2009. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.uva.br%2Fsites%2Fall%2Fthemes%2Fuva%2Ffiles%2Fpdf%2Fadocaoentrepareshomoafetivos.pdf&ei=QfiaU67uIfjsASh8oDA-Cw&usg=AFQjCNHb_StxJF8qDrdDFOCHueNtadvQ&bvm=bv.68911936,d.b2U> Acesso em outubro de 2014.

UZIEL, A. P. **Conjugalidade, parentalidade e homossexualidade: rimas possíveis.** In: **Adoção: um direito de todos e todas**, pp. 13-16. CFP, jun. 2008. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/cartilha_adocao.pdf>. Acesso em jun. 2014.

Vítimas do preconceito: confira casos de crimes contra homossexuais em MG. Publicado em 09/03/2014 às 00 hr e 30 min. Disponível em: <http://noticias.r7.com/minas-gerais/fotos/vitimas-do-preconceito-confira-casos-de-crimes-contra-homossexuais-em-mg-09032014#!/foto/1>. Acesso em out. de 2014.