

**FACULDADE DO ESTADO DO MARANHÃO - FACEM
CURSO DE BACHAREL EM DIREITO**

LORENNIA PRAZERES CORDEIRO

**ADOÇÃO HOMOAFETIVA: O PRECONCEITO E A JUSTIÇA, POSICIONAMENTO
DO STF.**

São Luís - MA

2017

LORENNA PRAZERES CORDEIRO

**ADOÇÃO HOMOAFETIVA: O PRECONCEITO E A JUSTIÇA, POSICIONAMENTO
DO STF**

Monografia, Adoção homafetiva: o preconceito e a justiça, posicionamento do STF. Apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito à Faculdade do Estado do Maranhão - FACEM, na área Jurídica, sob orientação do Professor Especialista Bruno Alberto Soares Guimarães.

São Luís - MA
2017

Cordeiro, Lorena Prazeres

Adoção homoafetiva. / Lorena Prazeres Cordeiro. – 2017.
51f.

Monografia (Graduação-Direito) – Faculdade do Estado do
Maranhão - FACEM, São Luís, 2017.
Impresso por computador (fotocópia)

Orientação: Prof.º Esp. Bruno Alberto Soares Guimarães

1.Adoção. 2.Homoafetiva. 3. Família. I. Título.

CDU:347.633-055.3

LORENNA PRAZERES CORDEIRO

ADOÇÃO HOMOAfetiva: O PRECONCEITO E A JUSTIÇA

Monografia. **Adoção homafetiva: o preconceito e a justiça.** Apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito à Faculdade do Estado do Maranhão - FACEM, na área Jurídica.

Aprovada em ____/____/____.
Nota: ____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Esp. Bruno Alberto Soares Guimarães
Orientador

1 Examinador

2 Examinador

Dedico essa monografia ao meu filho, Heitor Henrique Prazeres Rocha. Minha motivação para concluir meu curso de Bacharel em Direito, para assim poder lhe proporcionar um bom presente e futuro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus e aos meus pais que sempre fizeram o possível e impossível para me dar as melhores condições de estudo, para me proporcionar o futuro que eles sempre sonharam.

Aos meus amigos de classe, que no decorrer desses cinco anos fortaleceram uma amizade e que foram peças fundamentais nessa caminhada.

“A paixão gera seguidores”.
(Scott Stapp)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar Adoção Homoafetiva, tendo em vista a grande polêmica que gera sobre esse assunto. Falando brevemente sobre a evolução histórica do direito de família, comentando sucintamente sobre os tipos de adoção, e por fim traçando uma linha histórica sobre o homossexualismo no Brasil e no mundo. A Ex-Desembargadora Maria Berenice Dias, com sua vasta experiência acerca do assunto, nos mostra que, independentemente do sexo, cor, ou raça em questão, o que se deve priorizar em relação ao menor amparado, é o afeto, o carinho que os pais podem lhes proporcionar. O ganho histórico no STF com o reconhecimento da União Homoafetiva, ocasionará benefícios para os casais que queiram adotar.

Palavras-chave: Adoção. Homoafetiva. Família

ABSTRACT

The objective of this work is to address Adoption Homoafetiva, in view of the great controversy that generates, on this subject. Speaking briefly on the historical development of family law, commenting briefly on the types of adoption, and finally by drawing a historical line on homosexuality in Brazil and in the world. The Former Appeal Court Judge At São Paulo's Justice Maria Berenice Dias, with its wide experience on the subject, shows us that, regardless of sex, color, or race in question, which is due to prioritize for the lower sustained, and the affection and love that the parents can provide them. The gain on the historic STF with the recognition of the Union Homoafetiva, cause benefits to couples who wish to adopt.

Key-words: Homoafetivo. Adoption. Family.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. NOÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA	10
2.1. Evolução Histórica do Direito de Família	14
2.2. Tipos de Família	19
2.2.1. Família Patriarcal	19
2.2.2. Família Monoparental	20
2.2.3. Família Homoparental.....	22
3. ADOÇÃO	24
3.1. Evolução	25
3.2. Adoção à Brasileira.....	28
3.3. Adoção Internacional	29
3.4. A Lei 12.010/2009: Nova Lei de Adoção.....	31
4. HOMOAFETIVIDADE	34
5. O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO STF E SUA REPERCUSSÃO SOBRE A ADOÇÃO.....	42
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS.....	49
APÊNDICE.....	50

1. INTRODUÇÃO

O tema em escopo, adoção homoafetiva: o preconceito e a justiça, posicionamento do STF, pois se busca cada vez mais regulamentar a situação dos casais homoafetivos.

Os recursos metodológicos a serem utilizados para exposição do tema escolhido foram a pesquisa bibliográfica, de caráter exploratório, e a de campo.

O casal homoafetivo constitui uma entidade familiar e possui possibilidade jurídica para adotar crianças e adolescentes? A sociedade está preparada para a regulamentação da adoção por casais homoafetivos? O reconhecimento das uniões estáveis de homossexuais no país pelo Supremo Tribunal Federal (STF) facilitará a adoção?

Requisitos para adoção são encontrados no caput do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A orientação sexual de uma pessoa não interfere em nenhum desses requisitos, estando apenas estabelecido que os adotantes devem ser maiores de 21 anos de idade, não importando seu estado civil.

Portanto, a união entre pessoas do mesmo sexo pode ser considerada entidade familiar, merecendo a proteção do Estado, e possui os requisitos necessários para se caracterizar a união estável: a convivência familiar, contínua e duradoura e com objetivo de constituir família.

Este trabalho tem como finalidade discutir sobre os preconceitos e de sua capacidade de aceitação do diferente, como base para mudanças na legislação, permitindo, quem sabe, no futuro, a legitimação das adoções realizadas por casais homoafetivos.

No primeiro capítulo foi sobre noções de direito de família, com posicionamento de doutrinadores a respeito do presente capítulo, abordando, além disso, a evolução do direito de família, com a influência do Direito Canônico até os dias atuais, finalizando com os tipos de família presente em nosso ordenamento jurídico.

O problema da adoção foi abordado no segundo capítulo, contendo um estudo sobre a evolução, destacando a Nova Lei de Adoção, Lei 12.010/2009, de suma importância, para o direito de família, pois se buscou fortalecer o vínculo familiar. Vale ressaltar que os requisitos para adoção são encontrados no caput do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A orientação sexual de uma pessoa não interfere em nenhum desses requisitos, estando apenas estabelecido que os adotantes devem ser maiores de 21 anos de idade, não importando seu estado civil.

O terceiro capítulo tratou da homoafetividade o surgimento deste termo, o posicionamento de desembargadores, e a opinião da Maria Berenice Dias, a ex-desembargadora, que deu origem a palavra homoafetividade.

No último capítulo chegou-se ao cerne da propositura desta monografia: o reconhecimento das uniões homoafetivas, e sua repercussão no que diz respeito a adoção por estes casais. O instituto adoção tem como objetivo oferecer a crianças e adolescente um ambiente familiar para que possam conviver como uma família, tendo que a entidade familiar hoje, há uma transformação, pois casais homoafetivos têm os mesmos direitos de um casal heterossexual, pois nossa própria Constituição preconiza o princípio da dignidade humana.

A realidade social nos obrigou a trazer uma nova concepção de família: as famílias homoafetivas. A concepção legal da família contemporânea não encontra mais um modelo único para se expressar, pois o comportamento social e a vida familiar evoluíram, o casamento já não é perpétuo e o sexo não se destina somente à procriação.

A homoafetividade prevista e amplamente introduzida nas civilizações supracitadas provocou a mudança de pensamento e definiu a cultura ocidental, pois representou um exercício na evolução da sexualidade, das funções definidas para os gêneros e para as classes.¹

¹ DIAS, Maria Berenice. União Homossexual – O Preconceito & a Justiça. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 25.

2. NOÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA

No âmbito do Direito de Família, o problema imediato que a doutrina enfrenta incide em constituir um conceito para 'família', tendo em vista que as normas não oferecem uma definição certa e determinada.

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, em qualquer aspecto em que é considerada, aparece à família como uma instituição necessária e sagrada.

Conforme Silvio Venosa assim se expressa: "a família em um conceito amplo é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder"².

Segundo Paulo Nader, família consiste em "uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum"³.

No que concerne à família, Silvio Rodrigues, num conceito mais amplo, diz ser a formação por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que inclui, dentro da órbita da família, todos os parentes consangüíneos. Num sentido mais estrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole⁴.

O direito de família é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas do matrimônio, a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.⁵

O direito de família está relacionado com o organismo familiar que há união de pessoas e que elas conservam-se vinculadas na mesma entidade familiar.

² Venosa, Silvio de Salvo. *Direito Civil, Direito de Família*, 3ª ed., Vol. 6, São Paulo: Atlas, 2003, p. 16

³ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. 1. ed. 2006. v. 5, p. 3.

⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 28. ed. 2004, v. 6, p. 4.

⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Curso civil comentado*. 1º ed., 1954, v. 2, p. 6.

A família é considerada um núcleo muito importante na nossa sociedade, e necessita de todas as medidas protetivas existentes e garantidas pelo Estado.

Nesse contexto, a autora Maria Helena Diniz que o direito de família constitui o ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco, bem como os institutos complementares da tutela e curatela, visto que, embora tais institutos de caráter protetivo ou assistencial não advenham de relações familiares, têm, em razão de sua finalidade, nítida conexão com aquele.⁶

Na lição de Paulo Lôbo, a família deve ser considerada não apenas enquanto instituição jurídica, mas também em sua importância social, em suas várias formas e variações, pois, “sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins)”.⁷

O vínculo de sangue era o que definia uma família tradicionalmente, sendo que o parentesco é o vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um genitor comum. O vínculo de direito é o que se origina de outra origem que não seja a do sangue, o Código Civil reconhece, em seu art. 1.593, um vínculo de direito aquele decorrente da adoção.

A afetividade passou a ser o alicerce fundamental na convivência familiar, destarte o amor demonstrado e convívio saudável e freqüente passaram a ter papel primordial no desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente. Não há como negar que a nova tendência da família moderna é a sua composição baseada na afetividade. Sabemos que legislador não tem como criar ou estabelecer a afetividade como regra *erga omnes*, pois esta aparece pela convivência entre pessoas e reciprocidade de sentimentos.

Segundo José Sebastião (2002, p. 233), "a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros — a fim de que a família seja

⁶ DINIZ, Maria Helena Curso de direito civil brasileiro, v. 5. p. 3-4.

⁷ LÔBO, P. **Direito Civil**: família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.

respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social — é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual.”⁸

A família não contém conteúdo econômico, a não ser indiretamente, no que diz respeito ao regime de bens entre os cônjuges ou conviventes, sendo que os conviventes são aqueles que "convivem", em sentido amplo, a convivência é o ato ou efeito de conviver com outra pessoa, sob o mesmo teto, de maneira familiar, mantendo ou não relações sexuais, à obrigação alimentar entre parentes, ao usufruto dos pais sobre os bens dos filhos menores, à administração dos bens dos incapazes, e que somente visivelmente adquire a fisionomia de direito real ou obrigacional.

O entendimento jurídico de Direito de Família abrange duas divisões fundamentais: o Direito matrimonial, concernente ao casamento como contrato e como estado, abrangendo as relações pessoais e patrimoniais dos cônjuges; e o Direito da filiação que abrange de forma absoluta, em todos os direitos e qualificações, os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibindo de acordo com o preceito constitucional, não pode haver qualquer designação discriminatória.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

A família brasileira sofreu muita influência da família romana, da família canônica e da família germânica.

No Direito Romano a família era organizada sob o princípio da autoridade do *pater familias*, em que o pai exercia todo o poder sobre a família, tanto a mulher quanto os filhos eram subordinados a ele, o pátrio poder exercido era tão abrangente, que antigamente havia situações em que os filhos maiores, emancipados ou até mesmo casados deviam obediência ou subordinação ao seu pai.

⁸ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: RT, 2002, p.233

O *pater familias* regia a justiça dentro dos limites da casa, e, na primeira fase do direito romano, a família era uma unidade política, estabelecendo-se o Senado pela reunião dos chefes de famílias (*pater conscripti*).

Em Roma o conceito de família não estava sujeito aos laços de consangüinidade, existiam duas espécies de parentesco: agnação e a cognação. A agnação era uma espécie que vinculava as pessoas que ficavam sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo quando não fosse parente consanguíneo. Já a cognação era o parentesco pelo sangue que existia entre as pessoas.

Com o passar do tempo a família romana evoluiu, no sentido de se reduzir progressivamente a autoridade do “*pater*”, dando-se maior liberdade à mulher e aos filhos e suprimindo-se o parentesco agnático pelo cognático.

A ideia de casamento para os romanos é bem diferente dos dias atuais. Para os romanos o *affectio* era um componente imprescindível para o casamento, que não devia haver somente no momento da celebração deste, no entanto enquanto durasse. A aquiescência das partes não devia ser inicial, entretanto continuamente. Destarte, a ausência de convivência, a dissipação da afeição era por si sós causas indispensáveis para a dissolução do casamento.

Não tinha em vista propriamente garantir a composição de negócios particulares, mas sim, garantir que essas relações transcorressem segundo uma ordem pública.

O direito canônico organizou o quadro de impedimentos para se celebrar o casamento, compreendendo causas fundamentadas numa incapacidade, num vício do consentimento ou numa relação anterior.

O modelo de estrutura familiar nuclear persiste, sendo reconhecida pela maioria das legislações ocidentais vigentes o casamento tanto como ato jurídico formal, quanto como sacramento religioso, como por exemplo no Brasil, nação formada com fundamento em preceitos da Igreja Católica Apostólica Romana, como bem sintetizado por Orlando Gomes:

Na organização jurídica da família hodierna é mais decisiva a influência do direito canônico. Para o cristianismo, deve a família fundar-se no matrimônio, elevado a sacramento por seu fundador. A Igreja sempre se preocupou com a organização da família, disciplinando-a por sucessivas regras no curso dos dois mil anos de sua existência, que por largo período histórico vigoraram, entre os povos cristãos, como seu exclusivo estatuto

matrimonial. Considerável, em conseqüência, é a influência do direito canônico na estruturação jurídica do grupo familiar⁹.

Na Idade Média, as relações de família se conduziram unicamente pelo direito canônico, sendo que, do século X ao século XV, o casamento religioso era o único conhecido. Para a Igreja o matrimônio não era somente um contrato, um acordo de vontades, era, além disso, um sacramento que não podia ser rescindido pelo homem, uma vez tendo sido alcançado por Deus: *quod Deus conjunxit homo non separet*.

Tanto nos países católicos quanto nos protestantes, o poder civil se estabeleceu brandamente no tocante ao direito de família. Pouco a pouco, a competência das autoridades eclesiásticas foi sendo absorvido pela autoridade civil, seja como órgão originalmente competente, seja como tribunal no qual as partes podiam recorrer das decisões eclesiásticas.

No direito germânico, o poder do pai não era tão severo quanto o do direito romano, o ponto fundamentalmente diferente, e que contribuiu para a evolução do instituto, foi o caráter dúplice das relações, no sentido de que pai e mãe tinham o dever de criar e educar os filhos e tal autoridade cessava com a capacidade do filho.

No Brasil a Constituição Federal de 1824 não fez nenhuma referência relevante à família, tendo como determinante, simplesmente o casamento religioso. Naquele tempo, a Igreja adotou um caráter delineador da moralidade, não acolhendo qualquer outra forma de união que não aquela por ela decidida.

A primeira Constituição republicana, no seu art. 72, § 4º, ilustrou que somente reconhecia o casamento civil, cuja celebração fosse gratuita. A regulamentação do casamento civil foi feita pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, de autoria de Rui Barbosa, em virtude da qual ficou revogada a jurisdição eclesiástica, analisando-se como único casamento válido o realizado diante das autoridades civis. O decreto consentiu a separação de corpos com justa causa ou existindo mútua concordância, conservando, no entanto, a indissolubilidade do vínculo e empregando a técnica canônica dos impedimentos.

⁹ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 40.

No Código Civil de 1916 surgiu às primeiras normas que regulavam a família, esta era reconhecida quando exclusivamente originada do casamento entre homem e mulher, em que o poder patriarcal era dominante. A família, primeiramente, era uma comunidade rural, constituída pelos pais, prole, parentes e agregados, sendo considerada uma unidade de produção. Esse contexto influenciou a edição do Código Civil de 1916, que somente oferecia direitos ao relacionamento matrimonial.

O referido Código Civil acolheu os processos de direito canônico concernentes ao processo preliminar de habilitação para o casamento, aos impedimentos dirimentes e impeditivos, às nulidades e anulabilidades e avaliou o vínculo matrimonial indissolúvel.

O Código Civil de 1916 consagrou de tal forma a instituição do casamento que não aceitava a dissolução do vínculo conjugal, permitindo exclusivamente o chamado “desquite”.

Na restrita visão do Código Civil de 1916, a finalidade essencial da família era a continuidade. Emprestava-se juridicidade apenas ao relacionamento matrimonial, afastadas quaisquer outras formas de relações afetivas. Expungia-se a filiação espúria e proibiam-se doações extraconjugais.¹⁰

A Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, sobre o Estatuto da Mulher, foi de suma importância para o direito de família, pois emancipou a mulher casada, conhecendo-lhe, na família, direitos iguais aos direitos do marido e situação jurídica equivalente.

A polêmica Lei nº 6.515/77, que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivo processo, sendo que esta Lei alterou profundamente o sistema do Código Civil em matéria de família, que repousava na indissolubilidade do matrimônio, a Lei aboliu a palavra desquite, trazida ao nosso direito pelo Código Civil, e substituiu-a pela expressão separação judicial.

Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, observou-se uma transformação em que se adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a

¹⁰ FUGIE, E. H. A união homossexual e a Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, out./dez. 2002. n. 15., p. 133.

dignidade da pessoa humana, o que realizou uma verdadeira revolução no Direito de Família.

Como aspectos dessas mudanças geradas pela Constituição vieram novas denominações para entidade familiar, em que o Poder Familiar era exercido tanto pelo pai quanto pela mãe, em iguais condições, onde ambos possuíam poderes para administrar a família, prevalecendo, desta forma, o princípio da igualdade entre homens e mulheres, previsto constitucionalmente, no artigo 5º.

A Constituição Federal de 1988, no art. 226, § 5º, instituiu à igualdade no exercício dos direitos e deveres do homem e da mulher na vida conjugal, que necessitará servir de parâmetro a legislação ordinária, que não poderá ser contrária a esse princípio. Os cônjuges devem desempenhar conjuntamente os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, não podendo um cercear o exercício do direito do outro.

Por isso, durante a vigência do Código Civil de 1916, que diferenciava direitos e deveres do marido e da mulher, havia incompatibilidade entre este e a CF que propugna a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

A Constituição Federal de 1988 a consagrou novas formas de convívio. Hoje, uma das maiores melhorias está no fato de que todos os filhos, até mesmo os adotados, têm os mesmos direitos dos filhos naturais. Uma das novidades marcantes na Constituição foi que a união estável entre o homem e a mulher é reconhecida como entidade familiar, no qual poderá ser convertido em casamento civil.

A Constituição Federal prescreve que a família é a base da sociedade fazendo jus a especial proteção do Estado, daí fluindo a relevante função assumida pela família na organização social brasileira.

A Carta Magna, exatamente, é que gerou a atualização do Código Civil de 1916 pelo Código Civil de 2002, profunda modificação na parte do Direito de Família. Em norma ligada com a evolução da sociedade contemporânea, proclama que 'os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher'.

O Código Civil de 2002 destaca desde logo a igualdade dos cônjuges e a não-interferência das pessoas jurídicas de direito público na comunhão de vida

estabelecida pelo casamento, além de determinar o regime de casamento religioso e dos seus efeitos.

2.2 TIPOS DE FAMÍLIA

Por muito tempo, a organização familiar tinha como modelo o vínculo sanguíneo, biológico e instintivo de pai e mãe para com o filho.

Com a promulgação da Constituição, foram devolvidos parâmetros ao reconhecimento da família como base da sociedade fundando princípios, efeitos e as obrigações, pertencer à responsabilidade de proteção da família ao Estado.

O texto constitucional mudou e trouxe um conceito amplo de família, não determinando tipos de família específicos, o caput do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 nada mais é senão, uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível, de este modo desconsiderar qualquer entidade que atenda os requisitos de afetividade, ostensibilidade e estabilidade, haja vista que se trata de rol exemplificativo.

O artigo 226 da Carta Magna identifica formas de entidades familiares diversificadas como a união estável, sendo reconhecida a união entre homem e mulher com características de duradoura, ininterrupta e com objetivo de constituir família, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, à família monoparental, como comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e o casamento, a união mais comum, feita em contrato solene.

2.2.1 Família Patriarcal

Na família patriarcal o pai (*pater*), era o chefe da família, era revestido também da autoridade de sacerdote (*potifex*), de juiz (*domesticus magistratus*). Era fundamentada no princípio da autoridade, com as características de uma entidade política, obediente ao patriarca. Foi um modelo muito importante na sociedade colonial deixando raízes em nosso cotidiano.

No Brasil, inicialmente, como já falado, o modelo de família adotado era o patriarcal. Os homens donos e proprietários de sua esposa, filhos e bens, possuidores de total poder.

Pontes de MIRANDA¹¹ já prescrevia que: "... a palavra família também se usava em relação às coisas, para designar o conjunto do patrimônio, ou a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor."

A família patriarcal era o mundo do homem por excelência. Crianças e mulheres eram consideradas seres insignificantes, cuja maior pretensão era as boas graças do patriarca.

2.2.2 Família Monoparental

A relação com um dos pais se gerou com o aparecimento da família moderna, quando passou a não haver a renúncia em viver maritalmente e ter filhos, todavia sim, a demora em oficializar esta união.

A família monoparental ou unilinear desvincula-se da ideia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um de seus genitores, em razão de viuvez, divórcio ou até mesmo a separação, "produção independente", etc.

Este tipo de família é adotada constitucionalmente como entidade familiar e avaliada por esta como, "a comunidade constituída por qualquer dos pais e seus descendentes.

Quanto à tal questão Maria Helena expõe o seguinte comentário:

A família monoparental ou unilinear desvincula-se da ideia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um dos seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, produção independente, etc.¹²

Segundo Maria Berenice Dias¹³:

¹¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, p.172.

¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5

¹³ DIAS, Maria Berenice, *Manual de direito das famílias*. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Com o declínio do patriarcalismo e a inserção da mulher no mercado de trabalho, as famílias constituídas por um dos pais e sua prole passaram a ter maior visibilidade. Seu expressivo número, com maciça predominância feminina, é uma forte oposição ao modelo dominante da bipolaridade. Essas entidades familiares necessitam de especial atenção, principalmente porque a mulher arca sozinha com as despesas da família e é sabido que recebe salário menor do que o homem. Durante muitos anos, a sociedade associou a monoparentalidade ao fracasso pessoal. As pessoas que resolvessem optar por essa forma de constituição familiar eram consideradas em situação marginal (2006, p.184).

Antes, a monoparentalidade acontecia como fenômeno involuntário, pois era fruto de uma situação atribuída, como na viuvez. Hodiernamente, este fenômeno é muito mais voluntário. Ele parte de uma escolha, decorrente da manifestação da vontade humana, como no caso do divórcio.

Na monoparentalidade, verifica-se que as mulheres são as que mais sofrem com o peso deste fenômeno. Independente do fator determinante da família monoparental, a responsabilidade, na maioria das vezes, é enfrentada pelas mulheres. Quando tal entidade familiar é proveniente da ruptura do casamento, na maioria das vezes, a prole fica sob a tutela da mulher. Em se versando, das uniões livres e das mães solteiras não existe o que se controverter, pois a liberdade de formalidades dessas relações não atribui o caráter de responsabilidade sobre os filhos dela provenientes, mesmo que a legislação preceitue o contrário.

O Estatuto da Criança e do Adolescente Lei nº 8.069/1990 reafirmou integrar as relações monoparentais quando em seu artigo 42, promulgou a possibilidade de adoção independente de estado civil, tendo uma verdadeira subtração do antigo desígnio do casamento e da exigência de um casal – homem e mulher – para uma provável adoção e construção de uma família.

A monoparentalidade tem sido motivada com maior veemência, nos últimos anos, por fatores vinculados à mãe solteira, das mães ou, exclusivamente, dos pais, que desejam assumir sozinhos sua maternidade ou paternidade, dos divorciados, dos separados, dos viúvos, dos filhos sem pai, um período em que se averigua uma grande transformação nas famílias brasileiras.

2.2.3 Família Homoparental

O termo 'homoparentalidade' foi criado na França em 1996¹⁴ pela Associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicos (APGL). A autora afirma que o termo não é muito empregado nos países cuja língua materna é o inglês "e, sobretudo, nos Estados Unidos – onde se prefere falar de *lesbian and gay families* ou de *lesbian and gay parenthood*"¹⁵. Além disso, ela ao mesmo tempo critica o uso do termo "homoparentalidade", visto que ele privilegia a sexualidade paterna.

O termo está ligado ao desejo das pessoas do mesmo sexo de serem conhecidas como capazes de estabelecer uma família e cuidar de filhos, tanto pela sociedade em geral quanto pelo judiciário.

Embora a homoparentalidade faça parte da história da humanidade, a legislação pátria, além disso, não garantia os efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, que essas não constituíam entidades familiares constitucionalmente protegidas, afirmando que nessas uniões há mera sociedade de fato e nenhuma comunhão de afeto. Sendo que homoafetiva é a união de duas pessoas ligadas por vínculo afetivo como já demonstrada é a base para a criação de uma família, omitindo-se a Lei Maior se são ou não pessoas do mesmo sexo. O termo união homoafetiva foi criado pela desembargadora Maria Berenice Dias para substituir o termo união homossexual. Esse termo foi muito bem colocado vez que se voltou ao sentimento que permeia essas relações, o afeto.

O conceito de homoparentalidade faz consideração à capacidade das pessoas com orientação sexual do mesmo sexo de desempenharem os mesmos poderes inerentes aos pais e as mães.

Um ambiente familiar amparado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento das crianças seria o mesmo, pois ambas as famílias iriam proporcionar aos seus filhos um ambiente saudável, e toda assistência que eles necessitassem¹⁶.

A ex-desembargadora do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, importante figura jurídica a defender a homoparentalidade, afirma que¹⁷:

¹⁴ O ano de criação do termo varia conforme o autor. Segundo Zambrano, ele foi criado em 1997. (ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades "impensáveis"...)

¹⁵ ROUDINESCO, E. A família em desordem, p. 182

¹⁶ GARTRELL, N. *ET AL.* The national lesbian family study. 2

¹⁷ DIAS, M. B. **União homoafetiva**. Disponível em: <<http://www.icf.com.br/nucleo/>>. Acesso em: 10 set. 2011

As evidências trazidas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães. Não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao normal desenvolvimento ou a estabilidade emocional decorrente do convívio de crianças com pais do mesmo sexo. Também não há registro de dano sequer potencial ou nada comprova que a falta do modelo heterossexual acarreta, perda de referências a tornar confusa a identidade de gênero. Diante de tais resultados, não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores gere patologia nos filhos.

Os aspectos sociais referentes à família estão passando por alterações expressivas no Brasil e no mundo, sendo que a luta do movimento homoparental pela legitimidade de direitos desencadeia questionamentos acerca dos elementos estruturadores do ideário de família conjugal.

As lutas em torno do reconhecimento social e jurídico da dimensão familiar das uniões homossexuais estão constitutivamente associadas à afirmação/negação do mito da complementaridade dos sexos e dos gêneros, o qual restringe o casal homem-mulher a competência moral e social para desempenhar as funções atribuídas à instituição familiar, especialmente no que diz respeito à parentalidade¹⁸.

Antes somente era normal, ou seja, admissível, um homem e uma mulher casados e com filhos, com o tempo surgem novas entidades familiares e reconhecendo a pluralidade factual, onde se resguarda e alcança a união estável, a família monoparental, a família recomposta ou a família composta apenas por irmãos, bem como a homoparentalidade, que somente promove o referencial parental independa do gênero, numa contemporânea configuração familiar.

¹⁸ MELLO, Luiz. Outras famílias: a construção social da conjugalidade homossexual no Brasil. Cadernos Pagu (24), janeiro/junho de 2005, pp.197-225.

3. ADOÇÃO

A palavra adotar vem do latim *adoptare* que significa escolher, perfilhar, dar o seu nome a, optar, ajuntar, escolher, desejar.

A adoção é um vínculo de parentesco civil, em linha reta entre adotante, ou adotantes, e o adotado um laço legal de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável para todos os efeitos legais, uma vez que desprende o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento.

A autora Maria Helena Diniz, conceitua Adoção como sendo ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação trazendo para sua família, na condição de filho pessoa que, geralmente, lhe é estranho”¹⁹.

Segundo Fernando Freire: “adoção é o processo afetivo e legal por meio do qual uma criança passa a ser filho de um adulto ou um casal. De forma complementar, é o meio pelo qual um adulto ou um casal de adultos passam a ser pais de uma criança gerada por outras pessoas. Adotar é então tornar “filho”, pela lei e pelo afeto, uma criança que perdeu, ou nunca teve, a proteção daqueles que a geraram”²⁰.

O ato de adotar é uma medida de proteção e uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, o objetivo de dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado.

Para que ocorra a adoção é necessário o cumprimento de requisitos: A efetivação por maior de 18 anos independentemente do estado civil ou por casal, ligado pelo matrimônio ou por união estável; Diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado, que de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente tem que ser de pelo menos de 16 anos; Consentimento do adotante, do adotado, de seus pais ou seu representante legal; Irrevogabilidade, pois a adoção é irreversível,

¹⁹ Curso de direito civil brasileiro, v. 5, p 416.

²⁰ FREIRE, Fernando. *Abandono e Adoção*. 1ªed. Curitiba: Terre des hommes, 1994, 337p.

entrando o adotado definitivamente para a família do adotante, valendo ressaltar que o ECA em seu art. 49, estabelece que a morte do adotante não irá restabelecer o poder familiar aos pais naturais; Há necessidade de um estágio de convivência com o adotando, que será acompanhado por uma equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude; Comprovação de estabilidade familiar se a adoção se der por cônjuges ou conviventes.

No que tange a adoção deve ser levado em conta alguns aspectos: o primeiro deles é o do “melhor interesse da criança”, indicada no art. 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU 1988). Assegurando-se desta forma que o bem-estar da criança deve vir primeiro, antes de qualquer interesse dos pais. O segundo ponto é a regulamentação do art. 227 da Constituição Federal, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual materializou o direito da criança e do adolescente de terem assegurados à convivência familiar e comunitária.

Há três casos de inexistência de adoção: a) falta de consentimento do adotado e do adotante; b) falta de objeto e c) falta de processo judicial com a intervenção do Ministério Público²¹.

De todas as modalidades de colocação em família substituta conhecida em nosso ordenamento jurídico, a adoção é a mais completa, no sentido de que há a inserção da criança ou adolescente no seio de um novo núcleo familiar, enquanto que as demais (guarda e tutela) limitam-se a conceder ao responsável alguns atributos do poder familiar.

3.1 EVOLUÇÃO

A adoção encontra-se em nosso ordenamento jurídico desde os povos mais antigos. No direito romano, a adoção teve seu auge, vinda a ser mais disciplinada. Os romanos, além do desempenho religioso, ofereciam à adoção papel de natureza familiar, política e econômica. A religião exigia, de forma imperiosa, que a família

²¹ Antonio Chaves, Adoção, cit., p. 380.

não se suprimisse e, quando a natureza não consentia que o cidadão romano concebesse filhos, poderia fazer uso do instituto da adoção.

No direito romano, havia dois tipos de adoção a serem praticados: a *adrogatio* que era adoção na forma mais complexa e a *adoptio* adoção propriamente dita. Em ambos os casos era imprescindível que o adotante fosse *sui juris* (homem), mais velho ao menos 18 (dezoito) anos em relação ao adotado e não possuir filhos legítimos ou adotados.

Na Roma antiga, aquele que entrava para uma nova família tinha o vínculo rompido com a família anterior, passando a ser um estranho para este²².

Sua existência foi ameaçada durante o período da Idade Média, pois as regras da adoção colidiam com os interesses dos reis daquele período, já que se a pessoa morresse sem herdeiros, seus bens seriam herdados pelos senhores feudais ou pela Igreja. Foi nesta época escassamente praticada, sendo utilizada como um instrumento cristão de paternidade e de proteção e quase nenhum direito era conferido ao adotado.

Com o passar dos tempos, seu sentido se alterou, passando, nos dias atuais, a significar o dar uma família a quem não a possui. Com isso no século XX, no final da 1ª Guerra Mundial, muitas crianças ficaram órfãs e abandonadas, o que veio a comover a população, fazendo com que as pessoas adotassem.

Em nosso ordenamento jurídico, a adoção sempre foi prevista em lei. Existia nas Ordenações do Reino, que vigoraram em nossa terra após a Independência. Mesmo com a legislação existente à época do Brasil Colônia e Brasil Império, a adoção de crianças órfãs e abandonadas era nula, o que acabou por ocasionar a preparação de um conjunto de leis tendo em vista a constituir os limites de sua exploração enquanto força de trabalho doméstico.

A legislação colonial determinava que os hospitais cuidassem das crianças abandonadas e, em sua falta, as Santas Casas de Misericórdia. Foi neste período também que surgiram as Rodas dos Expostos, que ficavam localizadas em Santas Casas de Misericórdias ou em conventos, que abrigavam crianças que eram abandonadas por seus pais, pois na época era objeto de pais pecadores, tendo em vista que havia dado um “mau passo”.

²² Conforme Fustel de Coulanges, op. cit ., p. 51

A Roda dos Expostos era uma mesa giratória que permanecia com sua abertura virada para a via pública, na parte aberta da roda era colocada à criança e a pessoa que a levava girava a alavanca, fazendo com que a mesa girasse para o interior do prédio, fechando a parte externa. Após ser a roda girada, tocava-se um sino para acordar o funcionário ou a freira que ficava de plantão. Todo o procedimento objetivava evitar a identificação da família que não queria a criança, tanto que as rodas eram localizadas em vias de pouco movimento. Sendo que as Rodas dos Expostos funcionaram até a primeira metade do século XX.

No Código Civil de 1916, a adoção não integrava o adotado totalmente a nova família, pois este permanecia ligado aos parentes consanguíneos, pois de acordo com o Código na época, os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que era transferido do natural para o adotivo.

O Código Civil de 1916 adequava a adoção em seus arts. 368 a 378 sendo chamada de adoção simples pelos efeitos que gerava. A adoção se produzia através de escritura pública, sem interferência judicial. O filho adotivo não rompia o vínculo com sua família biológica, podendo, inclusive, permanecer com o nome originário, bem como com os direitos e deveres alimentícios face aos pais consangüíneos.

Com o advento da Lei nº 6.697/79, que dispunha sobre o Código de Menores, ficaram estabelecidas em nosso sistema jurídico a adoção simples e a adoção plena. A adoção simples era aplicada aos menores de 18 anos, em situação irregular, utilizando-se dos dispositivos do Código Civil no que fossem relacionados, sendo realizada através de escritura pública. A adoção plena impunha ao adotando a situação de filho, desligando-o totalmente da família biológica. Conferida à adoção plena, era expedido mandado de cancelamento de registro civil original. Sendo que a figura da adoção plena foi mantida em nosso ordenamento em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que constituiu apenas a denominação adoção, sendo extinta a adoção simples.

Com o Código de Menores ressalta-se uma importante evolução no que tange a adoção. Pois assim sendo, o legislador deixou de proteger a figura dos adotantes que não podiam ter filhos, assim como ocorria desde o direito antigo, para voltar a sua preocupação aos adotados.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma dinâmica maior ao Direito de Família, influenciando a adoção. Nesse contexto, em 1990, a Lei nº 8.069/90, que estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) revogou o Código de Menores e transformou a idéia de adoção, tendo em vista proteger o melhor interesse da criança e do adolescente, já à luz da Constituição Federal de 1988, que prescreve em seu art. 227, § 6º: os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

No Código Civil de 2002, o instituto da adoção envolve tanto crianças e adolescente quanto maiores, determinando procedimentos judiciais em ambos os casos, com isso descabe, deste modo, qualquer qualificação, devendo ser chamada somente de adoção.

A adoção está sofrendo grandes modificações e adquirindo novos paradigmas, já que hoje o princípio fundamental da família está na afetividade e este é o caráter que vem se buscando na adoção, ressaltando o princípio do melhor interesse do menor estabelecido com o vínculo afetivo com o adotante.

3.2 ADOÇÃO À BRASILEIRA

A expressão “adoção à brasileira” é procedimento que versa em registrar como filha biológica uma criança, uma filha que não foi concebida como tal.

O que as pessoas que assim adotam em geral ignoram é que a mãe biológica tem o direito de recuperar a criança se não tiver consentido legalmente a adoção, ou se não tiver sido destituída do poder familiar.

Em geral as pessoas que adotam essa atitude têm a melhor das intenções e procuram somente abrigar uma criança abandonada, proporcionando-lhes uma vida digna. Esses casos, quando descobertos, quase sempre são resolvidos com o perdão da justiça que conhece o esforço e abrange as motivações que levaram a pessoa a tomar essa atitude. Entretanto, não é impossível que ocorra, em dadas situações a perda da guarda da criança.

Esse tipo de adoção, justamente por não ser legal não segue o princípio da irreversibilidade, constitui dizer que mesmo que os pais biológicos tenham doado o filho por livre e espontânea vontade, a adoção pode ser revertida e o registro de nascimento cancelado a qualquer tempo. Além do mais se trata de um crime previsto no artigo 242 do Código Penal Brasileiro, que pode proceder em reclusão de dois a seis anos, e isso não pode nem deve ser ignorado.

3.3 ADOÇÃO INTERNACIONAL

A adoção internacional é tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nos arts. 46, § 2º, 51 e 52 e pela Convenção de Haia, relativa a Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção, de 1993 – Decreto nº 3.087/99e Decreto Legislativo nº 01/99.

A adoção internacional é uma instituição jurídica de proteção e integração familiar de crianças e adolescentes abandonados ou afastados de sua família de origem, pela qual se estabelece, independente de fato natural da procriação, um vínculo de paternidade e filiação entre pessoas radicadas em distintos Estados.²³

A Convenção de Haia, recepcionada pela legislação pátria por meio do Decreto Legislativo 3087/99, enumera os requisitos da adoção internacional em seu artigo 4º:

Artigo 4

As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de origem:

- a) tiverem determinado que a criança é adotável;
- b) tiverem verificado, depois de haver examinado adequadamente as possibilidades de colocação da criança em seu Estado de origem, que uma adoção internacional atende ao interesse superior da criança;
- c) tiverem-se assegurado de:
 - 1) que as pessoas, instituições e autoridades cujo consentimento se requeira para a adoção hajam sido convenientemente orientadas e

²³ COSTA, Tarcísio José Martins. Adoção Transnacional: um estudo sócio jurídico e comparativo da legislação atual. Ed. Del Rey, 1998. p. 58. r

devidamente informadas das conseqüências de seu consentimento, em particular em relação à manutenção ou à ruptura, em virtude da adoção, dos vínculos jurídicos entre a criança e sua família de origem;

2) que estas pessoas, instituições e autoridades tenham manifestado seu consentimento livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento se tenha manifestado ou constatado por escrito;

3) que os consentimentos não tenham sido obtidos mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie nem tenham sido revogados, e

4) que o consentimento da mãe, quando exigido, tenha sido manifestado após o nascimento da criança; e

d) tiverem-se assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, de:

1) que tenha sido a mesma convenientemente orientada e devidamente informada sobre as conseqüências de seu consentimento à adoção, quando este for exigido;

2) que tenham sido levadas em consideração a vontade e as opiniões da criança;

3) que o consentimento da criança à adoção, quando exigido, tenha sido dado livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento tenha sido manifestado ou constatado por escrito;

4) que o consentimento não tenha sido induzido mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie.

A adoção internacional, como qualquer modalidade de colocação em família substituta, é excepcional, sendo ela mais ainda, pois só será utilizada quando não se conseguir a realização da adoção nacional, mas a adoção internacional só se realizará após frustradas todas as tentativas de colocação em família substituta brasileira. A adoção internacional somente será deferida se, depois de consultar o cadastro de pessoas ou casais habilitados à adoção, conservado pela Justiça da Infância e da Juventude na comarca, bem como aos cadastros estadual e nacional.

Conforme a Constituição Federal, em seu art. 227, § 5º, a adoção será assistida pelo poder Público, na forma da lei, que instituirá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros, residentes fora do Brasil.

No Brasil, a adoção internacional está condicionada à aprovação pelas Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional (CEJAs e CEJAI), às quais compete conservar o registro centralizado de dados onde faça parte: candidatos estrangeiros e sua avaliação quanto à idoneidade, crianças/adolescentes disponíveis para adoção internacional e agências de adoção autorizadas.

Vale ressaltar que para que ocorra a adoção internacional será necessário o preenchimento de alguns requisitos, previsto no art. 31 do ECA: impossibilidade de adoção por procuração; Estágio de convivência cumprida no território nacional de no mínimo de 30 dias; Comprovação da habilitação do adotante à adoção; Apresentação de relatório, instruído com documentação necessária e de estudo psicossocial do adotante feito por equipe interprofissional habilitada; Expedição do laudo de habilitação à adoção internacional; Formalização do pedido de adoção perante o juízo da Infância e da Juventude local em que se encontre a criança ou adolescente; Permissão da saída do adotando do território nacional apenas após a consumação da adoção.

3.4 A LEI 12.010/2009: NOVA LEI DA ADOÇÃO

A Nova Lei da Adoção buscou fortalecer o direito da convivência familiar de nossas crianças e adolescentes, prioriza a promoção social da família e cuidando da colocação em família substituta sob a forma de guarda, tutela e adoção. Ela amplia a proteção à família, manifestando preferência pela permanência do menor na família de origem, e em caso de impossibilidade, com parentes próximos, só em último caso sendo buscado a adoção.

Esta lei trouxe diversas alterações, alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.560/92 (Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências), o Código Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho.

Entre as alterações presentes está a redução do tempo de permanência da criança em abrigos, o que não poderá ultrapassar 2 (dois) anos, salvo se tiverem alguma recomendação judicial contrária. E a lei presume ainda que a situação de meninos e meninas que permaneçam em instituições públicas ou famílias

acolhedoras seja reavaliada a cada seis meses. O juiz, com base em um relatório preparado por uma equipe multidisciplinar, vai determinar em seguida pela reintegração familiar ou pela colocação para adoção.

Por intermédio da lei foi criado o Cadastro Nacional de Adoção, o qual reúne os dados das pessoas que querem adotar e das crianças e adolescentes aptos para a adoção e ao mesmo tempo constitui uma preparação psicológica, de modo a explicar sobre o significado de uma adoção e solicitar a adoção de pessoas que não são normalmente escolhidas.

Na nova lei, foram colocados alguns princípios que orientam a intervenção estatal, no que tange as medidas de proteção a crianças e adolescentes, bem como de suas famílias, como por exemplo: colocação em família substituta, família extensa, assistência de auxílio a família, com acolhimento familiar e institucional, entre outros.

A família substituta é aquela que recebe uma criança ou adolescente desprovido de família natural, de modo que faça parte da mesma.

Já a família extensa (ou ampliada), pelo qual se deve exaurir as tentativas de a criança ou adolescente ser adotado por parentes próximos com os quais o mesmo convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

A Nova Lei Nacional de Adoção (12.010/2009) trouxe em seu art. 25, parágrafo único, o conceito de família extensa ou ampliada, a qual prevê:

Art.25 (...)

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

A Nova Lei de Adoção dispõe a possibilidade de qualquer pessoa maior de 18 anos, mesmo solteira, poder dar ingresso a um processo. A única limitação imposta pela lei é que a diferença de idade entre a criança e o adulto nesta situação seja de, no mínimo, 16 anos.

A Lei nº 12.010/2009 dispõe que a opinião da criança deve ser considerada e examinada não apenas pelo magistrado, mas por uma equipe interprofissional. A única limitação na oitiva da criança refere-se ao seu próprio estágio de

desenvolvimento, que reflete sua capacidade de compreensão acerca das reais implicações da medida.

Outro ponto importante e apreciável é a inclusão do §4º, no art. 33 do ECA, que dispõe que quando do deferimento da guarda da criança ou adolescente, os pais, no nosso entendimento naturais ou adotivos, terão direito a visitas aos filhos, exceto expressa e fundamentada determinação em contrário. A Lei nº 12.010/2009 quis garantir a importância da afinidade e afetividade do menor com aquele que não detém a guarda, nos casos de separação judicial ou de afastamento dos ex-companheiros.

Observam-se uma das mudanças mais significativa se refere às gestantes que queiram entregar seu filho (nascituro) à adoção terá assistência psicológica e jurídica do Estado, devendo ser encaminhada à Justiça da Infância e Juventude. Tal novidade é muito importante em nosso ordenamento jurídico, haja vista que nos dias atuais muitas crianças recém-nascidas estão sendo abandonas pelas ruas. A legislação sobre a adoção designa excessivamente na recuperação física e psíquica das mães, a fim de impedir ou reduzir os infanticídios, o número de menores expostos ou abandonados e a colocação de crianças em lares substitutos.

No que se refere à adoção internacional anteriormente citada no item supramencionado, esta apenas ocorrerá se não houver, em primeiro lugar, alguém da chamada família extensa habilitada para adotar, ou, em segundo, forem esgotadas as possibilidades de colocação em família substituta brasileira. Por fim, os brasileiros que vivem no exterior ainda têm preferência aos estrangeiros.

É razoável destacar dentre as seguintes alterações introduzidas pela Lei n. 12.010/2010: a) adoção como medida excepcional; b) dificuldade maior no processo de habilitação; b) praticamente não há dispensa do estágio de convivência, devendo este ser acompanhado por uma equipe interprofissional; c) preparação psicossocial e jurídica; d) contato dos candidatos à adoção e dos candidatos a adotar; e) direito de opinar do adotando e f) permanência de crianças e adolescentes em abrigos pelo prazo máximo de dois anos.

4. HOMOAFETIVIDADE

O termo homoafetividade é um neologismo criado pela jurista e doutrinadora Maria Berenice Dias. Em seu livro “União homossexual: o preconceito & a justiça” Dias empregou o termo homoafetividade para indicar as uniões entre pessoas do mesmo sexo cujo cerne é o afeto. De modo ousado, sem medo, Dias fala e escreve sobre um tema que muitos recusam e não querem abordar por preconceito ou por desconhecer as causas e conseqüências da orientação sexual homossexual.

Maria Berenice Dias é conhecida internacionalmente por sua defesa da família, da mulher e da sociedade, e modificou o entendimento de família para reunir os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo criando o termo de relações homoafetivas, isto é, de relações entre pessoas do mesmo sexo, sendo este relacionamento baseado na homoafetividade.

O direito à homoafetividade, além de estar defendido pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, ao mesmo tempo se alberga sob o teto da liberdade de expressão.

Para perceber a homoafetividade é imprescindível especificar os problemas que surgem por causa da opção sexual. As diversas manifestações sexuais afrontam problemas do preconceito, da marginalização e da violência. Neste ponto, é extremamente importante entender a homossexualidade do ponto de vista da sexologia, desde que seja confrontada com as disposições doutrinárias e legais.

Nesse vestígio de princípios, estabelecem-se os contextos adequados ao reconhecimento das uniões homoafetivas como modelos familiares autônomos, igualmente como a comunidade de irmãos, avós e netos, todos eles dignos de especial assistência do Estado.

De acordo com as lições de Maria Berenice Dias, diferente não pode ser o modelo de família senão o instituído sobre pilares da repersonalização, da afetividade, da multiplicidade e do eudomonismo, impingindo nova aparência axiológica ao Direito de Família.

É mesmo essa a tendência que julgados recentes de cortes estaduais evidenciam e, em muitos deles são reconhecidas as uniões ostensivas e duradoras entre homossexuais status de união estável. Observem-se os exemplos:

‘Homossexuais – União estável – Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento da união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal, que vedam qualquer discriminação quanto à união homossexual. (...) Apelação provida.’ (Apelação Cível 598362655-8ª Câmara Cível – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade – 10.03.00).

“Apelação cível – União homoafetiva – Reconhecimento – Princípio da dignidade humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional à uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família (...).” (Ap. Cível nº 70012836755-7º Câm. Cível – TJRS – Rel. Desa. Maria Berenice Dias – 21.12.05).

O desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, em acórdão, demonstra que:

[...] reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes (Apelação Cível nº 70013801592, TJRS, 7ª Câmara Cível, julgado em 5.4.2006)²⁴.

As uniões constituídas por pessoas do mesmo sexo, defendidas pelos mais caros princípios da Constituição Federal, não estabelecem outra coisa senão “entidades familiares autônomas”.

Estabelecendo-se, pois, qualquer família e preenchidos as pressuposições legais, não haverá obstáculo à adoção por casal homoafetivos, totalizando-se, até mesmo, nova disposição jurisprudencial o seu deferimento não apenas a um dos

²⁴ BRASIL/TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Cível n.º 70013801592, da 7ª Câmara Cível do TJRS*. Rel. Des. Luis Felipe Brasil Santos, julgado em: 5 abr. 2006. Disponível em: http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em: 20 out. 2011.

seus integrantes, porém ao par, uma vez que não existe oposição no ordenamento a que duas pessoas do mesmo sexo venham a adotar.

O Direito tem resguardado o reconhecimento de outras tantas entidades familiares apropriadas de promover o bem do indivíduo e, deste modo, acolher o fim a que se designam constitucionalmente. É nesse sentido que, para que os futuros pais tenham capacidade de adotar, eles necessitam ser avaliados pelo Serviço Social e de Psicologia como indivíduos capazes de fornecerem a crianças ou adolescentes um ambiente familiar saudável, afetivo e que complete as suas necessidades físicas e psicológicas para o seu bom desenvolvimento.

A Desembargadora do Tribunal de Justiça do RS e Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam), Maria Berenice Dias, está na vanguarda do Brasil na luta contra essa opressão infundada contra os homossexuais. Aliás, o único fundamento encontrado com bastante força é o preconceito. Ela adota o termo HOMOAFETIVO E NÃO HOMOSSEXUAL, por se tratar já de um termo carregado de preconceito. Segundo a magistrada, “se a realidade social impôs o enlaçamento das relações afetivas pelo Direito de Família e a moderna doutrina e a mais vanguardista jurisprudência definem a família pela só presença de um vínculo de afeto, devem ser reconhecidas duas espécies de relacionamento interpessoal: as relações heteroafetivas e as relações homoafetivas”²⁵.

Conforme a Desembargadora aposentada Maria Berenice Dias, “deixemos de lado as aparências e passemos a nos preocupar com a essência”. Ou seja, mais importante que a orientação sexual dos futuros adotantes é o manancial de afeto, atenção e carinho que disponibilizarão ao adotado.

Eis o que diz um trecho fundamental da obra que demonstra o fundamento normativo a possibilitar a união estável homoafetiva – a analogia:

“O silêncio constitucional e a omissão legiferante não podem levar à negativa de se extraírem efeitos jurídicos de tais vínculos, devendo o juiz atender à determinação do art. 4 da Lei de Introdução ao Código Civil e fazer uso da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito. **Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável.** O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativa de um fato

²⁵ DIAS, Maria Berenice. Uniões Homoafetivas – uma omissão injustificável. P.1

existente e não regulamentado no sistema jurídico. A identidade sexual não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito das Famílias. **Não há dúvida de que a analogia tem o mérito de reconhecer o caráter familiar das uniões homossexuais que satisfazem os pressupostos hoje valorizados pelo direito de família e consagrados na Constituição”.**

(...)

Buscando a aproximação reclamada por Maximiliano, entre os institutos que se encontram normatizados, as uniões homoafetivas, desamparadas pela lei, mais se identificam com a união estável e o casamento. **Abstraindo-se o sexo dos conviventes, nenhuma diferença há entre as relações homo e heterossexuais, pois existe uma semelhança no essencial, a identidade de motivos entre os dois casos. Ambos são vínculos que têm sua origem no afeto, havendo identidade de propósitos, qual seja a concretização do ideal de felicidade de cada um. A omissão legal não pode ensejar a negativa de direitos a vínculos afetivos que não têm a diferença de sexos como pressuposto. A dimensão metajurídica de respeito à dignidade humana impõe que se tenham como protegidos pela Constituição os relacionamentos afetivos independentemente da identificação de sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens.** Atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, necessário que sejam conferidos direitos e impostas obrigações independentemente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes²⁶.

Indiscutivelmente, a Constituição Federal convalidou todas as entidades familiares que completem os requisitos mínimos da afetividade, ostensividade e estabilidade. A união homoafetiva, inspirada no afeto e no projeto de vida em comum, goza do *status* conferindo à entidade familiar reconhecida como união estável ou mesmo entidade familiar autônoma, por ser questão de constitucionalidade e de respeito ao princípio da igualdade material.

A realidade social nos obrigou a trazer uma nova concepção de família: as famílias homoafetivas. A concepção legal da família contemporânea não encontra mais um modelo único para se expressar, pois o comportamento social e a vida familiar evoluíram, o casamento já não é perpétuo e o sexo não se destina somente à procriação.

Maria Berenice Dias discute o conceito moderno de família:

Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, está-se à frente de uma entidade familiar, forma de convívio que goza de proteção constitucional, nada justificando que se desqualifique o reconhecimento dela, pois o só fato dos conviventes serem do mesmo sexo não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais. (DIAS, 1999, p. 139).

²⁶ DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: o Preconceito & a Justiça!, 3ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, pp. 93 e 94.

A luta pelos direitos dos pares homoafetivos vem se difundindo por todo o mundo há muitos anos. Em alguns países, a adoção por par homossexual já é permitida. A tendência mundial está voltada para o respeito aos direitos humanos e, cada vez mais, países vão descriminalizando a homossexualidade, editando leis que regularizam a união homoafetiva, concedendo-lhes os mesmos direitos dos heteroafetivos.

Para ilustrar exemplos do reconhecimento de que as uniões homoafetivas constituem, sim, famílias e não meras sociedades de fato, poderíamos citar o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que já confere às uniões homoafetivas tratamento diferenciado, dando competência às Varas de Família para julgar ações decorrentes desses relacionamentos.

A homoafetividade vem adquirindo transparência e aos poucos obtendo aceitação social. Cada vez mais gays e lésbicas estão assumindo sua orientação sexual e buscando a realização do sonho de estruturar uma família com a presença de filhos. Vã é a tentativa de negar ao casal o direito à convivência familiar ou deixar de reconhecer a possibilidade de crianças viverem em lares homossexuais.

A possibilidade jurídica da adoção por casal homoafetivo torna-se um fato através da instrumentalização analítica do corpo legislativo, conexo aos fatores de ordem socioculturais.

Faz-se imprescindível explicar à possibilidade jurídica da adoção homoafetiva, as mudanças dos valores e tendências entusiasmam a sociedade contemporânea e vêm rompendo e transformando a concepção tradicional de família, que está continuamente se reinventando.

Como explica Farias (2004, p. 33):

[...] viola o princípio da dignidade da pessoa humana a interpretação que exclui da proteção legal qualquer entidade familiar, seja ela fundada no casamento na união estável, em modelos monoparentais em uniões homoafetivas e no que mais o homem escolha para se organizar em núcleos elementares²⁷.

²⁷ FARIAS, Cristiano C. "Direito Constitucional à Família". *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, vol. 6, n. 23, abr.-maio 2004, pp. 5-21.

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III) a Constituição assegura a dignidade dos seus membros, que devem ser protegidos de forma igualitária, solicitando o bem de todos sem discriminações de qualquer natureza. Neste sentido, há que se conhecer que duas pessoas do mesmo sexo tem capacidade para estabelecer família, uma vez que cada indivíduo é livre para optar a sua orientação sexual, e qualquer tipo de restrição neste sentido estaria ferindo diretamente os princípios constitucionais.

Não se pode deixar passar que a união homoafetiva tem que possuir características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família à margem do mundo jurídico, pois se estaria inviabilizado a promoção da dignidade humana desses grupos. Consentido aos preceitos constitucionais, que exigem uma interpretação que esteja em harmonia com a realidade, mostra-se perfeitamente possível o deferimento da adoção homoafetiva, desde que preenchidos todos os requisitos e exigências legais para regular o processamento do feito.

A nossa Constituição Federal enumera as entidades familiares não de forma taxativa, porque o modelo de família não se limita as formas enumeradas. Deste modo, passou a se falar em direitos de famílias, um conceito, mas ampliativo.

O Brasil, desde 1992, é signatário do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU, que em dois artigos veda expressamente a discriminação por motivo de sexo. A Comissão dos Direitos Humanos da ONU, em 1994, determinou que a menção a sexo constante do tratado, relaciona-se, ainda, com a orientação sexual.

O Direito de Família possui o escopo primordial de proteger todo e qualquer instituto familiar. Portanto, as uniões homoafetivas, além de não serem proibidas no ordenamento brasileiro, estão consagradas dentro do conceito doutrinário de entidade familiar.

A Constituição Federal de 1988 resguarda as garantias, direitos e liberdades fundamentais, com isso temos em nosso ordenamento jurídico alguns princípios, a exemplo: legalidade, dignidade da pessoa humana, proteção integral e o mais importante, o melhor interesse da criança e do adolescente.

Em junho de 1999, em decisão pioneira, a Justiça do Rio Grande do Sul, após decisão (AI nº 599.075.496), todas as ações envolvendo relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são tratadas nas Varas de Família, concedendo desta

forma status de família para esses relacionamentos. É neste Estado que vamos encontrar as decisões que mais se adéquam ao preceito de igualdade proferido em nossa Constituição Federal. Foi um passo importantíssimo para outorgar à união homoafetiva o status de família. A partir dessa decisão, todas as demandas desse Estado da Federação que tratavam sobre essa matéria foram transferidas das Varas Cíveis para as Varas de Família, abandonando a parte do Direito Obrigacional e passando a integrar o Direito de Família.

Fica evidente que uma criança ou adolescente devem crescer em um ambiente familiar onde terá carinho, educação, saúde e respeito, pois desse modo, não haverá pessoas abandonadas em orfanatos ou abrigos, necessitando apenas de uma família, independentemente de orientação sexual de seus membros.

Assim sendo, como no caso do reconhecimento da união homoafetiva, a adoção agora encontra proteção jurídica no ordenamento de vários países, consequência normal, de quem procura a formação de uma unidade familiar.

A homoafetividade surge adquirindo transparência e aos poucos está conseguindo a aceitação social. Cada vez mais gays e lésbicas estão assumindo sua orientação sexual e procurando a realização do sonho de formar uma família com a presença de filhos.

Tendo em vista a ideia da pluralidade familiar, volta-se cautela à possibilidade jurídica de adoção por pares homoafetivos que conservem uma estrutura familiar e se mostrem capazes de garantir o bem estar material e comunitário de uma criança ou adolescente adotado.

O reconhecimento de dignidade existente em uniões homoafetivas se efetiva na medida em que é garantido a cada pessoa desempenhar livremente sua personalidade, conforme seus desejos de foro íntimo. Estando a sexualidade no campo da subjetividade, compartilhar a cotidianidade da vida em companhias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana.

A união de pessoas do mesmo sexo é um fato, garantido historicamente e previsto especificadamente de nosso ordenamento jurídico. Sim, pois a base para este raciocínio, além de ser filosoficamente aceita, depara sustentação na própria Constituição Federal, que no inciso IV de seu artigo 3º fundamenta que compõem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos,

sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição Federal, no entanto, ergueu a família e não o casamento à condição de célula estrutural da sociedade e a ela conferiu importância tal, a ponto de lhe agraciar, no art. 226, com especial proteção do Estado.

A sociedade que se proclama defensora da igualdade é a mesma que, além disso, mantém uma posição discriminatória nas questões da homossexualidade. Clara é a rejeição social à livre orientação sexual. A homossexualidade existe e sempre existiu, mas é apontada pelo estigma social, sendo renunciada à marginalidade por se afastar dos padrões de comportamento convencional.

Nossos preceitos constitucionais dispõem como princípios que permeia o universo jurídico, o da dignidade humana, trazendo outros princípios como a igualdade substancial, a não discriminação, até mesmo por opção sexual e pluralismo familiar, aproveitando diferentes modelos de entidades familiares.

5. O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO STF E SUA REPERCUSSÃO SOBRE A ADOÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), a quem cabe a decisão final sobre a constitucionalidade ou não de qualquer questão julgou no dia 05 de maio de 2011, as ações que demandavam o reconhecimento legal da união estável de homossexuais ocorrendo assim, o julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 132 e da ADI (Ação Direita de Inconstitucionalidade) 4277, no qual, por unanimidade, fora julgado procedente o reconhecimento de casais do mesmo sexo, como uma entidade familiar, digna da tutela jurisdicional, consentindo de tal modo, a aplicação analógica do dispositivo constante na Constituição Federal vigente, em seu art. 226, § 3º, bem como o estabelecido no art. 1723 da norma substantiva civil.

A ministra Ellen Gracie, quando votou sobre o reconhecimento ou não da união homoafetiva, se disse favorável às ações. "O reconhecimento hoje, pelo Tribunal, desses direitos, responde a pessoas que durante longo tempo foram humilhadas, cujos direitos foram ignorados, cuja dignidade foi ofendida, cuja identidade foi denegada e cuja liberdade foi oprimida. O Tribunal lhes restitui o respeito que merecem, reconhece seus direitos, restaura sua dignidade, afirma sua identidade e restaura a sua liberdade", disse.

Conforme o ministro Carlos Ayres Britto, os casais homossexuais teriam direito a se casar, poderiam adotar filhos e registrá-los em seus nomes, deixar herança para o companheiro, incluí-lo como dependente nas declarações de imposto de renda e no plano de saúde.

O referido ministro considerou procedente as ações, equiparando as uniões homoafetivas às heterossexuais.

"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 segundo as mesmas regras

e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva”.

Segundo o relator, ministro Carlos Ayres Britto, essas relações se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público (não clandestina, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.

Assim, restando caracterizadas tais relações, deverá o Estado dispensar especial proteção, pois são agora entendidas como entidades familiares e não mais como mera sociedade de fato.

O reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar de pleno direito garante a sua regularização civil, no tocante a previsão legal, vez que se estabelece com a convivência pública, contínua e duradoura; familiar no sentido da constituição de uma moradia comum, com ou sem a existência de filhos uma vez que não existe vedação legal para adoção de crianças; patrimonial, no que tange a construção de bens comuns e capacidade sucessória.

O tema adoção sempre despertou polemica e discussões especialmente sobre o bem-estar da criança. Vários mitos perpassam este tema, principalmente quando diz respeito à adoção por homoafetivos, que ainda é um tema controverso. Nesses casos, além dos mitos acerca da adoção, são somadas visões estereotipadas, preconceituosas e patologizadoras sobre a homoafetividade. Talvez os mitos se mantenham pela falta da proximidade da sociedade com esse tipo de realidade, por isso verifica-se a necessidade de conhecê-la e estudá-la.

No Brasil, não há uma lei específica que trate desses casos, todos os procedimentos que são desempenhados nos casos de adoção quando o candidato é inscrito no banco de cadastro são gerais. Em relação á adoção por uma pessoa com orientação “homoafetiva” o tema ainda é polêmico. No entanto, de acordo com a legislação, não há nenhum impedimento para que uma pessoa homoafetiva adote uma criança, considerando-se exclusivamente sua orientação sexual. De acordo com a Lei 8.069/90 – ECA – em seu art. 42, adoção pode ser realizada tanto por um homem quanto por uma mulher, de maneira conjunta ou não, estando ausente a necessidade de enlace matrimonial. Com lembra Pinheiro, “podem adotar, ainda, os

solteiros, os separados judicialmente, os divorciados, os viúvos e os concubinos ou conviventes...”²⁸.

De acordo com a art. 19 ECA, a adoção não deve ser conferida a pessoas que exerçam atividade criminosa ou façam uso de entorpecente, pois não estariam hábeis a oferecer um ambiente propício ao desenvolvimento saudável de uma criança. De acordo com o art. 29, a adoção também é proibida á pessoa que não possam proporcionar uma convivência e um ambiente familiar apropriado. Já o art. 43 da referida lei estipula que “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Para Peres²⁹, a adoção por homoafetivos, no Brasil, pode ocorrer por um dos parceiros, já que o casal homoafetivos é reconhecido como família e visto, que segundo o ECA, para ser adotada, a criança precisa de uma família substituta. Foi o reconhecimento legal da família monoparental que abriu possibilidades para a adoção fora de uma modelo matrimonial tradicional, como era previsto no antigo Código de Menores que foi substituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. Em relação aos filhos adotivos, a sociedade questiona se os casais homoafetivos, devido á sua orientação sexual, teriam condições adequadas para criar uma criança ou seria melhor deixá-las aos cuidados de entidades governamentais ou não-governamentais.

Isso revela que diferentes interpretações da lei podem ocorrer nos casos de adoção pelos dois parceiros homoafetivos. Citamos como exemplo três casos.

O primeiro ocorreu no interior do Estado de São Paulo, na cidade de Catanduva. Em 2004, o juiz Júlio César Spolador Domingos e o representante do Ministério Público se pronunciaram a favor da inscrição na fila de espera da adoção de um casal de dois homens que já viviam juntos por mais de 10 anos. A inscrição na fila de espera para adoção não assegura o deferimento da adoção, mas foi inédito o fato de os dois conviventes terem se inscrito como pais, conjuntamente. Depois de passar por avaliações com psicólogos e assistentes sociais, em 2005, o casal concretizou a adoção de uma menina. Tanto o juiz quanto o promotor se fundamentaram, dentre outros argumentos, na Resolução 001/99 do Conselho Federal de Psicologia, que visa definir a postura ética do psicólogo diante da

²⁸ PINHEIRO, p.t. Da ausência de impedimentos matrimoniais..., p. 68.

²⁹ PERES. A.P. B. **A adoção por homossexuais...**

questão da orientação sexual, salientando que a homossexualidade não pode ser considerada um desvio comportamental ou doença.

O segundo caso, de acordo com Silva Junior, ocorreu no Rio Grande do Sul, na cidade de Bagé. O juiz Marcos Danilo Edon Franco foi a favor da adoção de duas crianças por duas mulheres que já viviam juntas por mais de 8 anos; uma delas, que já tinha recebido o deferimento da adoção das duas crianças, demonstrou o desejo de que sua companheira, que já compartilhava do ambiente familiar com as crianças, tivesse a maternidade legitimada. O Ministério Público foi contra a adoção pela companheira, alegando que a adoção por um casal em união estável só poderia ocorrer se o juiz deferisse o pedido, reconhecendo a união estável do casal (por meio da comprovação de convivência durável, contínua e tendo por objetivo a formação de uma família), tendo, desse modo, o direito a adotarem conjuntamente.

O terceiro caso ocorreu no Rio de Janeiro, em 2006. Um casal de duas mulheres que já conviviam juntas há 2 anos e desejavam adotar, mas somente uma delas havia se cadastrado legalmente para adoção, ainda que tenha sempre relatado a existência de sua companheira. O juiz e o promotor da comarca haviam negado todos os pedidos de guarda provisória de uma criança que se encontrava em um abrigo, com a saúde bastante comprometida (pneumonia, subnutrição, feridas na pele). Somente com ajuda de amigos e com o apoio da Defensoria Pública as duas Mulheres conseguiram a inclusão do nome da companheira no processo da adoção. Ambas Obtiveram a guarda provisória da criança.

O direito de um casal poder adotar, tendo como premissa a constituição de uma família, vínculo que sempre será permanente, pois tanto um casal heterossexual e homoafetivo, a entidade familiar somente se completará com a chegada de um filho, filho este que poderá ser natural ou adotivo.

Foi realizada 6 entrevistas com alguns professores do Curso de Direito, com as seguintes perguntas: 1ª) Você acha que um pedido de adoção pode ser indeferido em razão da opção sexual do candidato? 2ª) Você é a favor da concessão de adoção em favor de homossexual? 3ª) Você é favorável à concessão de adoção em favor de CASAL HOMOAFETIVO? 4ª) Você conhece algum homossexual que tenha passado por essa experiência? 5ª) Se foi positiva a resposta da 4ª questão, você acha que tal experiência tenha sido prejudicial à criança? 6ª) Você acredita que tal adoção poderia influenciar na escolha sexual da criança ou adolescente?

A maioria dos entrevistados disseram que o pedido de adoção não pode ser indeferido em razão da opção sexual do candidato, com isso mostra-se que a sociedade esta preparando-se para que possa daqui algum tempo, os casais homoafetivos adotarem sem nenhum empecilho judicial.

Porém, grande divergência se fez presente no que diz respeito, aos entrevistados, se eles são a favor da concessão de adoção em favor de casal homoafetivo, pois, pode-se afirmar que teve paridade, quanto aos que são a favor ou contra a concessão, isso mostra que apesar deles serem terem ciência que o pedido de adoção não pode ser indeferido em razão da opção sexual, muitos são condizentes a expor que são contra a concessão.

Outro aspecto questionado é sobre a concessão de adoção em favor de casal homoafetivo, em que a maioria também é contra tal concessão. Por mais que o reconhecimento da união homoafetiva, tenha sido discutido e garantidos os seus direitos, todavia, para tais concessões sejam vistas com maior agrado da sociedade, este acontecimento, irá acontecer ao longo dos anos, pois tais novidades, quase sempre não são aceitas ao primeiro momento.

O último quesito da entrevista foi fundamental para a pesquisa, pois observa-se que por mais amor e carinho que um casal homoafetivo possa dar a um filho, mesmo ato, não será visto perante a sociedade, pois conforme demonstrado, uma maioria significativa, acredita que adoção por um casal homoafetivo, poderá influenciar na escolha sexual da criança ou do adolescente posteriormente, tal entendimento, ainda gera muitas discussões, porém como se percebe, ainda não foi nada comprovado, para dizer se um casal homoafetivo, pode ou não influenciar na escolha de um filho depois.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que se pode observar com a regularização da parceria civil da união homoafetiva, a lei do divórcio, a questão do filho tido fora do casamento, que tiveram muita dificuldade para serem aceitos pela sociedade que, em sua maioria, é conservadora e preconceituosa. Contudo, aos poucos, essas lutas conseguiram seus objetivos e hoje em dia ninguém se horroriza ao saber que uma mulher é divorciada, que um casal não é casado ou que uma criança é fruto de uma relação extra-matrimonial ou é uma produção independente. A evolução da família está se estabelecendo e a sociedade, mais cedo ou mais tarde, terá que aceitar o que já existe em toda esquina, no entanto que necessita de proteção jurídica para garantir a dignidade humana.

Há várias justificativas para a não autorização da adoção por casais homoafetivos. Uma delas é a de que a criança poderá sofrer discriminações na escola e nos demais ambientes em que freqüentará. O respeitável é que ela seja preparada desde cedo para saber enfrentá-las e, quando ficar sofrendo por tais discriminações, ser acolhida e respeitada por seu pai ou sua mãe, dando-lhe amparo e segurança.

Após todo esse estudo, primordialmente em toda essa história é o bem estar e o desenvolvimento saudável da criança, a possibilidade de ver seu direito constitucional de ter uma família respeitada. É inaceitável privá-la dessa experiência por puro preconceito.

Após um período, por meio de acompanhamento da equipe técnica do Juizado da Infância e da Juventude, se permanecer provado que o ambiente familiar está sendo saudável, aí sim, o juiz concederia a adoção, que ampliaria em muito os direitos concedidos à criança. O próprio ECA, em seu art. 46 prevê o estágio de convivência. Bem, o importante, é que a discriminação, o preconceito, os valores pessoais do julgador não evitem que a tutela jurisdicional seja prestada com justiça e que seja julgado caso a caso, sem generalização de classes, sem pré-julgamentos.

O fato de o juiz conceder a guarda a um casal homoafetivo, não significa que esta criança ou adolescente sofre qualquer influência em seu futuro, haja vista, que a centenas de crianças em abrigos, orfanatos, precisam de um lar para constituir

uma família, pois por preconceito e injustiças da sociedade, são abandonadas, não lhes sendo sequer lhes garantidos serem adotados por casais homoafetivos, que possui todos os poderes inerentes ao casal heterossexual. O ECA não apresenta de forma expressa a possibilidade da adoção por pessoa homoafetiva, no entanto também não a proíbe.

REFERÊNCIAS

COSTA, Horácio. **Retratos do Brasil homossexual: fronteiras, subjetividades e desejos**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – O Preconceito & a Justiça**. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS. Mariana de Oliveira/ BORTOLOZZI, Ana Cláudia Maia. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica..** 1º ed. Curitiba: Juruá Psicologia, 2009.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: VI direito de família**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ISHIDA, Valter Kengi. **Estatuto da criança e do adolescente**. 9º ed. atualizado de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2008.

MACIEL. Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos**. 3º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

APÊNDICE

QUESTIONÁRIO:

Meu nome é LORENNA PRAZERES CORDEIRO, sou estudante de direito. O tema de minha monografia de conclusão do curso é **ADOÇÃO HOMOAfetiva: O PRECONCEITO E A JUSTIÇA, POSICIONAMENTO DO STF**. Sendo assim, solicito, caso queira, que responda ao questionário abaixo, EMITINDO SUA OPINIÃO PESSOAL, SEM NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVAS, NEM DE IDENTIFICAÇÃO.

PERGUNTAS	SIM	NÃO	SEM OPINIÃO
1ª) Você acha que um pedido de adoção pode ser indeferido em razão da opção sexual do candidato?			
2ª) Você é a favor da concessão de adoção em favor de homossexual?			
3ª) Você é favorável à concessão de adoção em favor de CASAL HOMOAfetivo?			
4ª) Você conhece algum homossexual que tenha passado por essa experiência?			
5ª) Se foi positiva a resposta da 4ª questão, você acha que tal experiência tenha sido prejudicial à criança?			
6ª) Você acredita que tal adoção poderia influenciar na escolha sexual da criança ou adolescente?			