

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

MARINA PEREIRA DE MENEZES

ADOÇÃO DE CRIANÇAS POR CASAIS HOMOAFETIVOS

**Recife
2013**

MARINA PEREIRA DE MENEZES

ADOÇÃO DE CRIANÇAS POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientadora: Renata Andrade

**Recife
2013**

Menezes, M. P.

Adoção de crianças por casais homoafetivos. Mariana Pereira de Menezes. O Autor, 2013.

46 folhas.

Orientadora: Renata Andrade

**Monografia (graduação) – Bacharelado em Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de conclusão de curso, 2013.**

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Direito Familiar 3. Casais Homossexuais 4. Adoção 5. Entidade Familiar.

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2013-196

Marina Pereira de Menezes

Adoção de Crianças por Casais Homoafetivos

DEFESA PÚBLICA em Recife, ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Professora: Orientadora: Renata Andrade

1º Examinador:

2º Examinador:

**Recife
2013**

A Deus, por ter me dado a vida; aos meus pais, por me amar plenamente; aos meus familiares, pela união; aos meus amigos, por lindas amizades e aos meus professores, pelos ensinamentos valiosos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado a vida;

Aos meus pais, por me amar plenamente e ter me dado toda força que precisei;

Familiares, por todo amor e em especial ao meu tio, Geraldo, que hoje é o nosso anjo da guarda;

Aos meus amigos principalmente a Síria, Rafael e Eginar que me ajudou e me apoiaram nessa jornada;

Aos meus professores, pelos ensinamentos valiosos.

Quem assume sua verdade, age de acordo com os valores da vida, mesmo enfrentando o preconceito e pagando o preço de ser diferente, passa credibilidade, obtém respeito e se realiza.

Luiz Gasparetto

RESUMO

Esse trabalho de monografia teve por objetivo, através de metodologia bibliográfica, fazer um estudo sobre a Adoção de Criança por Casais Homossexuais. Dessa forma, o deferimento da adoção atribuída à entidade familiar homoafetiva irá impender o escopo a que se propõe o instituto, ou seja, constituir real benefício para o adotado e servir de instrumento real de inclusão social, motivo pela qual precisa ser positivado o mais rápido possível, colocando decididamente um término às constantes violações aos direitos fundamentais. Assim, enquanto isso não acontecer, incumbirá ao Poder Judiciário sua devida proteção. Porquanto, analisando a possibilidade de seu reconhecimento no Direito brasileiro contemporâneo, assim como a probabilidade de seu exercício por meio do instituto da adoção, infere-se pela efetivação do reconhecimento do direito de homossexuais serem pais ou mães, podendo este direito tornar-se consolidado pelos meios proporcionados pelo Estado Democrático de Direito. Além disso, não se conjectura qualquer empecilho ao exercício, em tese, do direito de homossexuais de adotarem, concebendo, nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, entidades familiares e compreendendo possível a superação dos preconceitos que abrangem a homossexualidade, tendo estas pessoas, perfeitamente, condições de adotarem crianças e adolescentes.

Palavras-Chave: Direito Familiar. Casais homossexuais. Adoção. Entidade Familiar.

ABSTRACT

This present work study, through the lecture methodology, make a study on the adoption of children by gay couples. Thus, the approval of the adoption entity assigned to the homosexuals family will impender the scope to which it proposes to institute, this way, provide real benefit for adopted and serve as a real instrument of social inclusion, which is why we need to become positive as quickly as possible, putting an decidedly end to the constant violations of fundamental human rights. So while it doesn't shall be entrusted to the judiciary, its proper protection. Because, looking at the possibility of it's recognition in contemporary Brazilian Law, as well as the probability of its exercise by the institution of adoption, it's inferred by the effective recognition of the right of homosexuals to be fathers or mothers, a right that can become consolidated by the means provided by the rule of Law. Furthermore, don't conjecture any obstacle to the exercise, in theory, the right of homosexuals to adopt, conceiving, in marriages between persons of the same sex, family entities and understanding can overcome the prejudices that include homosexuality, with these people, perfectly conditions to adopt children and adolescents.

Key-words: Family Rights, Gay Couples. Adoption. Family Entity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DA UNIÃO ESTÁVEL E DA UNIÃO HOMOAFETIVA.....	13
1.1 Conceito de união estável.....	13
1.2 A família e a união estável conforme o Código Civil de 2002.....	15
1.3 Posicionamentos doutrinários referentes à preferência entre o casamento e a união estável.....	17
1.4 Da união homoafetiva.....	19
1.4.1 Aspectos de normas federais, estaduais e municipais, acerca da união homoafetiva....	19
2 ASPECTOS GERAIS DA ADOÇÃO.....	23
2.1 Conceito de adoção.....	23
2.2 Adoção no Brasil.....	24
2.2.1 Natureza jurídica da adoção no Brasil.....	26
2.3 Adoção estrangeira: lei aplicável à capacidade de adotar e ser adotado	27
2.3.1 Lei aplicável à capacidade para adotar.....	27
2.3.2 Lei aplicável à capacidade para ser adotado.....	29
3 ADOÇÃO HOMOAFETIVA: A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSEXUAIS.....	32
3.1 O princípio da afetividade na adoção.....	32
3.2 A possibilidade de adoção por casal homossexual.....	33
3.3 Adoção por casais homoafetivos nas perspectivas doutrinaria e jurisdicional.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

O mundo e suas eternas variações acabam transformando as relações ao seu redor. Não seria dessemelhante com o Direito de Família, em especial, nas sociedades conjugais e sua vinculação com a responsabilidade civil perante aos danos acarretados por seus autores principais, cônjuges e companheiros.

O conceito tradicional de família, para o Direito brasileiro, era aquela que se formava pelos pais e filhos unidos por um casamento regulado pelo Estado.

O Código Civil, de 1916, objetiva à proteção da família constituída conforme os preceitos sociais daquele momento, ao qual regulou somente as relações matrimoniais, isto é, o casamento. Alguma outra relação afetiva que não se formasse através do casamento não tinha proteção legal. Não obstante, essa situação não evitou que outros modos de união se instituíssem, mesmo que destituídas de amparo legal.

Relevante enfatizar que, ao Direito, é dado a função de atualizar as normas de convívio social, que vem sendo entremeadas de mudanças continuamente. Contudo, não foram somente as alterações em nível constitucional que assinalaram a última década. No plano social, a dimensão das famílias e sua composição igualmente vêm sofrendo um célere processo de modificação.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 expandiu esse conceito, reconhecendo como entidade familiar a união estável composta entre homem e mulher. O Direito, assim então, passou a proteger todas as formas de família, não unicamente aquelas instituídas pelo casamento, o que cominou em enorme discussão por parte do direito de família como também por parte da sociedade em geral. Assim, a mesma realidade comina, presentemente, a polêmica no que se refere a famílias homoafetiva, em que a pessoa mantém relações afetivas com outra do mesmo sexo.

Visto que, a determinação do STF faz com que a união homoafetiva seja reconhecida como um instituto familiar e, conseqüentemente, regido pelos mesmos preceitos que se aplicam à união estável dos casais heterossexuais, segundo previsão do Código Civil.

Nesse contexto, as mudanças sociais tendem cada vez mais se atualizarem. Para tanto, no que concerne à adoção, seu processo de transformação visa o melhor interesse da criança, independentemente de que forma essas mudanças aconteçam.

Assim sendo, a adoção enquanto instituto do direito de família traz sua origem e caracteres estreitamente relacionados com o desenvolvimento das relações familiares ao decorrer dos anos, tendo em vista que seu surgimento, seguramente, se deu em favor da continuidade da própria família, funcionando, primeiramente, como um recurso extremo destinado a garantir o culto aos deuses-lares, porquanto por meio da adoção, a pessoa buscava obter filhos que lhe perpetuassem o nome e dessem continuidade ao seu núcleo familiar.

Pois, a adoção, como maneira distintiva do vínculo de filiação, teve desenvolvimento histórico muito característica. O instituto era empregado na Antiguidade como forma de eternizar o culto doméstico. Presentemente, a filiação adotiva é uma filiação simplesmente jurídica, fundamentando-se na presunção de uma realidade não biológica, mas sim afetiva. Contemplada como um fenômeno de amor, afeto e desprendimento, precisa ser estimulada pela lei.

Infelizmente, ainda hoje predomina a ideia de que a adoção por pares homossexuais não é “correta” e, assim, é encarada com bastante preconceito, como se o fato de ser homossexual fosse algo insólito e anormal, no qual poderia influenciar negativamente na educação da criança.

Nesses termos, relevante fazer o seguinte questionamento, do qual se fundamenta a problemática desse trabalho de monografia: qual é o real posicionamento doutrinário e jurisprudencial quanto da adoção por casais homossexuais?

Posto que, vem nascendo um novo tipo de família no Brasil: aquela constituída por pais gays ou mães lésbicas. Há aqueles que, como diz o dito popular, “saíram do armário” depois de um relacionamento heteroafetivo, levando com eles os filhos, vivendo junto com o atual companheiro(a). Existem também os homoafetivos solteiros ou não que adotam uma criança e igualmente as lésbicas que se submetem à inseminação artificial como modo de conseguirem satisfazer a vontade de terem filhos.

O importante é perceber que a realidade está aí presente, sobretudo, nas grandes metrópoles. Como o mais corriqueiro é a mãe ficar com a guarda dos filhos depois da separação, existe mais lésbicas morando com os filhos do que os pais gays.

Assim sendo, o trabalho em tela tem como objetivo geral fazer um estudo sobre Adoção de Criança por Casais Homossexuais. E os seus objetivos específicos são: descrever o conceito de união estável; analisar a união homoafetiva; discorrer sobre adoção no Brasil;

avaliar o princípio da afetividade na adoção; analisar a possibilidade de adoção por casal homossexual etc.

Neste sentido, Lôbo (2000) ressalta que a afetividade precisa ser tratada como um princípio ao qual se esquematizou no campo jurídico-constitucional, a asseveração da natureza da família como grupo social fundado basicamente nos laços de afetividade.

Nessa esteira, a justificativa de se abordar sobre o tema proposto se insere sobre a importância da conscientização de que, para a adoção socioafetiva, hoje em dia, a lei, a doutrina e a jurisprudência já não mais reconhecem o conceito tradicional de filiação, fundamentada exclusivamente nos laços consanguíneos. Atualmente, é levado em consideração ascendente aquele que cria e oferece amparo, sem censurar, seja por relação instituída por vínculos biológicos ou sociais e afetivos.

Nessa linha de raciocínio, importante ressaltar que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 226, o conceito de família, alargando-o a outros tipos de institutos familiares, como aquelas monoparentais e as procedentes de união estável. Apesar destas, a doutrina e jurisprudência igualmente tem dado acolhida a outros tipos de constituição familiar, como as uniões homoafetivas e as famílias aparentais (sem pais, constituídas somente de irmãos ou primos, ou agregados).

Desse modo, há de se fundamentar de que quais seriam as circunstâncias em que se pode investigar a existência de filiação socioafetiva, isto é, incidida do reconhecimento social ou jurídico, mas não dos laços sanguíneo.

Com isso, a relevância desse tema se justifica pela necessidade de tornar a sociedade apta a conscientizar-se de seu papel na harmonia das relações humanas e no equilíbrio social. Dessa forma, este trabalho está inserido em um estudo sobre o papel e a importância em que a adoção homoafetiva possui no contexto sociocultural contemporâneo.

Destarte, no que diz respeito à metodologia, este trabalho monográfico terá como alicerce a pesquisa bibliográfica, onde fará consultas em livros, artigos e sites afins que abordam sobre o assunto escolhido.

1 DA UNIÃO ESTÁVEL E DA UNIÃO HOMOAFETIVA

1.1 Conceito de união estável

Segundo corroborado com a vinda da Constituição Federal/88, a família brasileira auferiu novos contornos e foi submetida a relevantes inovações, tendo como um dos marcos basilares o reconhecimento da união estável como família legítima (SANTOS, 2007).

O conceito tradicional de união estável implica na existência de determinados fatores apresentados como de acentuada relevância para sua configuração, avaliando-se, em resumo, a relação tida entre um homem e uma mulher que almejam constituir uma entidade familiar sem as formalidades conferidas ao casamento. Nessa acepção, é considerada união estável aquela existida sem os formalismos do matrimônio entre um homem e uma mulher, com intuito de constituir família (CAVALCANTI, 2004).

A união estável entre o homem e a mulher é avaliada como instituição familiar, precisando a lei promover a sua conversão em casamento. É constituída igualdade entre homem e mulher no exercício dos direitos e deveres alusivos à sociedade matrimonial. O prazo para o divórcio é diminuído. Em ocorrência de separação judicial, será outorgado depois de um ano ou depois de dois anos de confirmada separação de fato. Aos filhos, tidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, são concedidos igualmente os mesmos direitos e qualificações, vedadas quaisquer denominações discriminatórias referentes à filiação (WALD, 2004, p. 24).

O Código Civil de 2002 depois, por conseguinte, das leis 8.971/94 e 9.278/96 - que regulamentaram o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão e determinou o quadro jurídico da união estável -, foi o diploma legal que ocasionou muito avanço no direito de família.

Nesses termos, a Lei 9.278, de 10 de maio de 1996 regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, onde dispõe em seu art. 1º que:

Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Especialmente, o art. 1.723 do Código Civil legitima a união estável como entidade familiar e disciplina os pressupostos para configurá-la, permanecendo caracterizada quando se constatar convivência pública, consecutiva, duradoura, com o escopo de instituir família entre homem e mulher (SANTOS, 2007).

Dessa forma, concluir-se que a própria lei, de forma expressa, classifica a modalidade de convivência que aprova o reconhecimento da existência de casamento de fato, apresentando como pré-requisitos a publicidade da convivência que se proponha a desígnio de

constituir família, a continuação conferida pela falta de interrupção e a durabilidade, entendida como a relação não passageira, eventual ou temporária (NERY JUNIOR; NERY, 2008).

De conformidade com a legislação, a união estável, tradicionalmente, é entendida como a convivência que se designa a compor um lar no qual se usufrua agradáveis momentos, assim como para compartilhamento das dificuldades.

Por outro prisma e não de menos relevância, compete destacar que, conforme preleciona Santos (2007), a união estável não poderá ser reconhecida quando se constatar qualquer dos obstáculos conjugais, dentre aqueles dispostos no art. 1.521, do Código Civil.

Cavalcanti (2004) assegura que a união estável somente poderá ser distinguida quando existir a vontade, o *animus* de constituir família. O que é verdadeiramente protegido pelo direito é a concepção de um núcleo familiar.

Portanto, é certo assegurar que a Constituição da República, quando conferiu à união estável o *status* de entidade familiar, apartou dessa estrutura os relacionamentos amorosos casual, que não se amoldam pela continuidade e durabilidade, assim como os que não têm caracterizados de maneira oculta o intuito de constituir família.

Nota-se, em apreciação dos artigos da codificação civil que se concerne ao casamento, que os mesmos deveres intrínsecos a este, são aplicáveis na união estável, aos quais são os de lealdade, fidelidade, assistência recíproca e guarda de filhos. Há a previsão legal do regime de comunhão parcial de bens, sendo permitido aos companheiros utilizar-se de outro modo, por meio de contrato escrito.

Nesse contexto, pode-se resumir que, a Constituição Federal/88 realizou grande progresso na conceituação da família, não aboliu o casamento como modo ideal de regulamentação, assim como não marginalizou a família natural como fato social digno de tutela jurídica. Portanto, a família célula nuclear da sociedade e que, então, tem específica proteção do Estado, é tanto aquela que decorre do casamento, como aquela que deriva da união estável entre homem e mulher.

Além do mais, com a promulgação da Carta Magna, o Estado garantiu proteção não somente à entidade familiar constituída pelo casamento civil, mas igualmente àquelas incididas da união livre e à família monoparental, constituída somente por um dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º da Constituição Federal).

Assim, a título conclusivo, o conceito jurídico atual de família remete-se à Constituição Federal brasileira, onde diz que a família é a base da sociedade e goza de proteção especial do Estado, e para efeito dessa proteção, reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, compreendendo como sendo igualmente parte dessa entidade as famílias matrimoniais, monoparentais e as uniões estáveis. Sendo estas, portanto, consideradas como família; independentemente de existência de vínculo conjugal que a tenha gerado.

Para tanto, como foi mencionado anteriormente, significa entidade familiar como a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e sua mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

1.2 A família e a união estável conforme o Código Civil de 2002

Tratou de reconhecer a Constituição da República de 1988, além da família amoldada no casamento, às entidades familiares da união estável entre homem e mulher (art. 226, § 3º) e igualmente da comunidade estabelecida por qualquer dos progenitores e seus descendentes (art. 226, § 4º) (GLANZ, 2005).

Isto é, sem se negligenciar do estimo histórico à tradicional família matrimonial, existida sob a solene instituição do casamento, a Carta Magna do país igualmente apoiou, de maneira clara, a união entre um homem e uma mulher, de forma independente da celebração de matrimônio (união estável), e a de uma descendência em volta de um de seus genitores (família monoparental) (DIAS, 2009).

O término da discriminação contra a família assim constituída incidiu, em início, com a Constituição de 1988, cujo artigo 226, § 3º, consagra que a união estável, entre o homem e a mulher, representa uma entidade familiar, que está sob a proteção do Estado, independentemente de casamento, cabendo à lei promover sua conversão em matrimônio. Em seguida, no § 4º do mesmo dispositivo constitucional, confere-se do mesmo modo a qualidade de entidade familiar à comunidade formada por um dos pais e suas proles (RODRIGO, 2002, p. 11).

A família brasileira, nas derradeiras décadas, sofreu enormes modificações, tanto na sua função, como constituição e compreensão. Ao decorrer do tempo, suprimiu as peculiaridades da família clássica, patriarcal, segundo ressalta Pereira:

Na sociedade contemporânea, no entanto, repousa a família não mais no princípio natural dos laços de sangue, ao qual destaca o interesse subjetivo dos integrantes da família, e onde já se adverte a exata simetria entre os direitos do homem e da mulher. Destarte, ao passo que na família primitiva proeminente era o interesse coletivo do grupo familiar, na hodierna prepondera o interesse pessoal de cada um de seus componentes (PEREIRA, 1999, p. 25).

A chegada do Código Civil de 2002, que designou seu Livro IV da parte especial para o Direito de Família, trouxe como escopo de melhor instituir e definir os vínculos familiares.

O aludido Livro, na concepção de Gonçalves (2002), divide-se em quatro partes: direito pessoal, direito patrimonial, união estável tutela e curatela.

Por conseguinte, no que diz respeito à união estável, a mesma se encontra apoio jurídico tanto na CF, em seu artigo 226, §3º, como no Código Civil, em seu artigo 1.723 (GONÇALVES, 2002).

Assim sendo, as várias transformações legislativas no Brasil, no que concerne à matéria, começando pelo término da indissolubilidade do casamento, passando pelo reconhecimento da união estável como espécie de instituto familiar pela Constituição de 1988, e culminando com a regulamentação de direitos individuais, patrimoniais e sucessórios dos companheiros no Código Civil de 2002, incidindo, inclusive, a modificação das designações das entidades. Desse modo, o que antes era chamado, de forma indistinta, de concubinato, desenvolveu para a diferença entre concubinato impuro, ou adúlterino, e puro, segundo existisse ou não empecilho de um dos integrantes para adquirir casamento, concomitantemente. Depois, o adultério passou a ser conhecido excepcionalmente como concubinato, e este, como união estável, uma maneira de casamento sem matrimônio (GAMA, 2003; NAMUR 2008).

Relevante ressaltar que se tem, ainda, a situação de família paralela, quer na assiduidade de um casamento, quer na de uma união estável, se o cônjuge ou companheiro sustenta, ao mesmo tempo, outro relacionamento de aspectos conjugais, ao assombro da monogamia. Essa situação, se desconhecida pelos outros, institui violação ao dever de fidelidade atribuído aos casados e aos companheiros (art. 1.566, inc. I, e 1.727, os dois do Código Civil) e é, igualmente, de forma mais completa, violação ao princípio da boa-fé objetiva - que corrobora todo o Código Civil - para com os componentes de ambas as famílias (DIAS, 2009).

1.3 Posicionamentos doutrinários referentes à preferência entre o casamento e a união estável

Como antes discutido, as uniões extramatrimoniais faz jus a essa anuência social que acabaram conhecidas pela Constituição (VELOSO, 2003). Assim sendo, a Constituição

Federal incluiu o afeto no campo da juridicidade, quando denominou a união estável de entidade familiar, atribuindo-lhe proteção do Estado.

Nesses termos, doutrina o seu art. 226, § 3º: "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento". Dessa forma, ampliou-se o conceito de família, que passou a recolher outros relacionamentos além dos instituídos pelo vínculo do casamento.

Destarte, as uniões de fato entre pessoas de sexo oposto foram consagradas como entidade familiar com a denominação de união estável. Entretanto, essa proteção constitucional acabou sem reflexos na jurisprudência, visto que essas uniões continuaram sendo abordadas no campo dos direitos das obrigações.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 apareceu uma dissensão na doutrina referente à equiparação do casamento com a união estável, uma vez que o primeiro formava uma família, enquanto o segundo formava uma entidade familiar. Interrogavam se o termo usado na Constituição Federal para se aludir à união estável demonstraria determinada prevalência do legislador pelo matrimônio civil.

A união estável, como igualmente o casamento, é fonte de família. Isso não representa, como esperam alguns, que são iguais juridicamente. É defensível essa hierarquização, partindo de um princípio basilar, qual seja, não podem ser iguais, porquanto, do contrário, somente um dos institutos sobreviveria. Pois teríamos de ter dois institutos análogos? A própria reivindicação de que em ciência os termos possuem sentido parecido evitaria essa equiparação dos institutos (LÔBO, 2008, p. 148).

Muito adequada a elucidação de Diniz no que concerne à discussão quanto da hierarquização entre o casamento e a união estável. Assim:

A união estável foi reconhecida com o escopo de proteção especial do Estado, como entidade familiar, sem igualá-la ao casamento. Isso é dessa forma porque a família é o gênero de que a entidade familiar é a espécie. De fato, em acepção estrito a família, basear-se no casamento civil e a entidade familiar é a união estável e a comunidade constituída por um dos progenitores e seus descendentes, independentemente da existência de vínculo conjugal que a tenha gerado (DINIZ, 2007, p. 377).

No conceito de Cahali (2002), apresentar-se como correto que o casamento permanece mantendo a sua dignidade como exclusivo recurso para a constituição da família, não se lhe equiparando, para as implicações da lei, - sobretudo com vistas às decorrências que dela incidam -, a mera união estável entre o homem e a mulher.

Igualmente, Jacques C. Penteadó entende desse modo:

Casamento é casamento. União estável é união estável. Versa-se de relações diferentes e com designação diversa. Sua disciplina jurídica é exclusiva (...). A Constituição Federal tem considerado a família a base da sociedade e lhe concede específica proteção estatal. A união estável constitui uma entidade familiar que merece proteção simples. Fossem idênticas, o texto não lhes conferiria denominação distinta (PENTEADO, 2000, p. 361).

Todavia, para diversos doutrinadores, como por exemplo, pode-se mencionar Veloso, onde entende que não tem que se discorrer em "famílias de segunda classe". O mesmo assevera que:

A união estável é forma de constituição de família sem a solenidade da formação de matrimônio, porém, tirando isso, é parecida ao casamento. Jamais se pode aceitar ou entender, no hodierno estágio da civilização que, ressuscitando extintas discriminações e preconceitos suplantados, uma família seja ela de primeira classe, e que as outras famílias sejam de segunda ou de terceira, somente porque a primeira foi constituída numa solenidade, dirigida por um juiz ou por uma autoridade religiosa (VELOSO, 2003, p. 109-110).

Por conseguinte, em que incida ter fundamentado posicionamento doutrinário contrário, compreende-se que o relacionamento matrimonializado requer acertada preferência sobre a convivência informal. Analisado a partir do texto constitucional, adverte-se que na mesma norma em que se reconhece a união estável, como entidade familiar, demonstra que o legislador infraconstitucional precisa promover sua conversão em casamento. Ressalta-se, dessa norma, que o Estado, ao mesmo instante em que reconhece a união informal como o bastante digno para fazer jus à proteção do estado, expressa sua preferência pelo casamento.

Essa predileção manifesta-se noutros pontos, como no direito sucessório, onde o companheiro, como se observa no art. 1.845, não é herdeiro necessário (facultando, desse modo, ser excluído ao desejo do autor da herança) e possui, em geral, quinhão inferior ao que ganharia se cônjuge fosse. Isso sem considerar que, numa leitura sistemática do direito pátrio, é notória a preferência do casamento, o que, na realidade, mostra a perspectiva da sociedade, que prefere as núpcias como o modo mais seguro de se relacionar em família.

Em uma apreciação teórica-prática, o casamento está em vantagem pela garantia jurídica que proporciona, finalmente, ao passo que este é o negócio jurídico mais solene da nação, com todas suas decorrências tencionadas na própria lei (a partir da consumação), a união livre é somente um ato-fato jurídico que poderá decorrer a configurar uma relação jurídica e, em se chegando a isso, causará suas diversas consequências, porém em intensidade inferior.

1.4 Da união homoafetiva

1.4.1 Aspectos de normas federais, estaduais e municipais, acerca da união homoafetiva

A Constituição Federal de 1988, no Brasil, concebeu uma estimável transformação para o Direito de Família ao reconhecer proteção jurídica às díspares formas de construção familiar, como a família monoparental e a união estável (art. 226, §§ 3º e 4º da CF), ao deprecar a igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º da CF), ao dispor a dissolução do casamento civil pelo divórcio (art. 226, § 6º da CF) e ao impor a igualdade entre os filhos indistintamente (art. 227, § 6º da CF), dentre outras modificações (Lôbo, 2009).

Essas alterações foram imprescindíveis para que o Direito entrasse em maior harmonia com as novas conjunturas sociais. Entretanto, ainda há vários aspectos não regulamentados, porém que configuram na vivência coletiva, como é o caso das uniões homoafetivas, ao qual não têm previsão legislativa, todavia que fazem parte da realidade social.

Assim, com a transformação dos costumes e valores sociais, os relacionamentos homoafetivos foram auferindo mais espaço na sociedade, que tem acolhido com mais assiduidade à manifestação desses relacionamentos. Contudo, a legislação do Brasil não trata do assunto, deixando à mercê da proteção legal as uniões homoafetivas, porém, em razão ao aumento da anuência social, os casais homoafetivos têm procurado no judiciário apoio para a regulamentação de suas uniões, estendendo o espaço de visibilidade dessa realidade social.

Nesses termos, o Projeto de Lei 1.151/95, pioneiro no que se refere à matéria, objetiva regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, por conseguinte, não se trata de um matrimônio, porém de uma união civil, onde já existe em determinados países do mundo. O aludido projeto foi contemplado por uma comissão específica alojada na Câmara dos Deputados.

Dessa forma, o texto do Projeto é estruturado por 18 artigos que visam, por exemplo, disciplinam o direito à sucessão, como também a benefícios previdenciários, além do seguro saúde conjunto, a cadastro como dependente no imposto de renda e o direito à obtenção da nacionalidade brasileira no caso de estrangeiros.

Para Dias apud Azevedo (2000), esse Projeto é considerado como sendo a primeira tentativa de regulamentação da união entre indivíduos do mesmo sexo. Pois, o casal homoafetivo que desejar ter reconhecida, de forma legal, a sua união civil precisará, segundo o art. 2º do projeto, registrá-la em livro próprio, nos Cartórios de Registro de Pessoas

Naturais. As pessoas interessadas precisarão ter capacidade civil plena, como igualmente precisarão ser solteiras, viúvas ou divorciadas, jamais facultando contrair casamento ou qualquer outra união civil na vigência do contrato de união civil.

Sendo assim, essas uniões civis serão averbadas nos registros de nascimento e casamento das partes. O contrato será livremente compactuado e necessitará abordar sobre disposições patrimoniais, deveres e obrigações recíprocas. No que concerne ao aspecto jurídico, há determinadas diferenças entre o casamento e o contrato de parceria. No casamento, os noivos adotam às cláusulas que já existem no Código Civil e apenas poderão eleger o regime de bens aderindo às normas do regime escolhido (DIAS apud AZEVEDO, 2000).

Para tanto, o contrato de união civil somente se rescinde por meio de desistência das partes ou por falecimento dos envolvidos.

Ao avaliar o Projeto, foi indicado pelo jurista Edson Fachin que o termo “união” fosse trocado pelo termo “parceria”, onde foi concedido pelo relator do projeto, Roberto Jefferson. Ao mencionado projeto de lei, de autoria da ex-deputada Marta Suplicy, foram adicionadas diversas modificações, assim como a inserção de previsão para o exercício do direito de adoção pelos casais homossexuais, bem como guarda de filhos, entre outros.

Posto que, as uniões homoafetivas são relações familiares análogas ao casamento, somente distinguindo-se no que concerne à possibilidade de gerar filhos, o que não é basilar para a configuração de uma entidade familiar, pois é admissível a reprodução sem sexo, sexo sem casamento e casamento sem reprodução.

Correto é que, preenchidos os pré-requisitos da relação duradoura, pública e contínua, não tem porque extinguir as uniões entre indivíduos do mesmo sexo do conceito de núcleo familiar, sob pena de ser infringido o princípio da igualdade.

Paulo Lôbo (2009) vai mais longe e assevera que todas as entidades familiares precisam ser protegidas, até mesmo as uniões homoafetivas, sob pena de violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Presentemente, no hodierno estágio de evolução familiar em que a sociedade brasileira se acha, é inconcebível não reconhecer a natureza familiar da família homoafetiva. Suas relações de afeto e de ajuda entre si é que importa para o crescimento do homem. Suas relações de afetividade suplantam seu conteúdo patrimonial, e já são solucionadas no campo

das Varas de Família com embasamento no direito de família constitucional. Nessa acepção, já deliberou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se referindo à situação que abrange relações de afeto, apresenta-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido. (TJRS, Agravo de Instrumento nº 599075496, Rel. Des. Breno Moreira Mussi. j. 17/6/1999).

A título ilustrativo, transcreve-se a Lei nº 7054, DE 28 DE JUNHO DE 2012, Institui o Dia da União Estável Homoafetiva no Município de Guarulhos e dá Outras Providências da autora, vereadora Professora Eneide:

O Presidente da Câmara Municipal de Guarulhos, Senhor Eduardo Soltur, em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 44 da Lei Orgânica do Município e no § 5º do art. 287 da Resolução nº 399/09, FAZ SABER que, em decorrência do silêncio do Senhor Chefe do Executivo em relação ao Autógrafo nº 070/12, referente ao Projeto de Lei nº 179/11, de autoria da Vereadora Professora Eneide, promulga a seguinte Lei, com o seguinte texto:

Art. 1º Fica instituído o DIA DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA no Município de Guarulhos, que será comemorado no segundo domingo do mês de junho.

Art. 2º A comemoração será uma cerimônia coletiva pública para oficializar esta união civil entre os casais homoafetivos interessados.

Art. 3º O Poder Executivo providenciará o cadastramento dos casais interessados, que deverão comprovar serem de baixa renda econômica, sendo imprescindível que pelo menos um dos cônjuges seja residente no Município.

Art. 4º O Poder Executivo promoverá junto aos Tabeliães de Notas desta Comarca a escritura pública de Declaração de União Estável para os cônjuges interessados, depois de cumpridas as exigências do art. 3º desta Lei.

Art. 5º A cerimônia de união estável homoafetiva poderá ocorrer também em outra data, excepcionalmente, se para isso houver demanda e cobertura das despesas necessárias para o ato.

Art. 6º O Poder Executivo poderá diligenciar às autoridades competentes, quanto às providências necessárias à realização do ato de oficialização das uniões estáveis homoafetivas.

Art. 7º As despesas decorrentes desta Lei correrão por conta de verbas próprias consignadas em Orçamento e suplementadas se necessário.

No âmbito jurídico-familiar, estão sendo rescindir antigos conceitos e reformulados comportamentos doutrinários, substituindo a ideologia tradicional, protegida pela sagrada família, por outra mais coesa com a realidade amparada pelo afeto. Apreende-se, assim, que o casamento deixou de ser o exclusivo legitimador da família e a sociedade matrimonial tende a ser contemplada como estrutura de amor e de respeito, não se importando com o sexo biológico e da orientação afetiva de seus integrantes.

Outrossim, a lei federal reconhece a união homoafetiva como entidade familiar. Assim, não obstante ainda não tenha o reconhecimento legal da configuração de família, a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, denominada como “Maria da Penha”, inovou na matéria ao tratar, de forma implícita, em um de seus dispositivos, a união homoafetiva composta por duas mulheres como sendo entidade familiar, in verbis:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

(...)

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Além disso, nos termos do art. 5º, III, as uniões homoafetivas, constituídas por mulheres, igualmente estão inseridas pela presente lei, pelo motivo de que esse tipo de união mostra-se como uma relação íntima de afeto. Fortalecida, acha-se, por conseguinte, a previsão legal do novo modelo de entidade familiar acima referida.

Nesse contexto, para acabar com alguma dúvida, o legislador, expressivamente, eliminou qualquer probabilidade de interpretação contrária da que fora determinada no Parágrafo Único do art. 5º. Uma interpretação, também, do § II com o Parágrafo Único do mesmo art. 5º, consente assegurar que a lei reconheceu a união homoafetiva entre mulheres que, por afinidade, igualmente terá de ser aplicado aos casais homossexuais do sexo oposto.

2 ASPECTOS GERAIS DA ADOÇÃO

2.1 Conceito de adoção

A adoção de crianças e adolescentes, sendo, por conseguinte, uma ação social e como toda e qualquer prática social, conjectura as crenças, os valores e os padrões de comportamento erigidos historicamente; dessa forma, a definição da adoção se decompõe conforme com a época e com as tradições. Na legislação, localizam-se diversos conceitos que foram se modificando pela evolução e destaque dado ao instituto.

No hodierno estágio da adoção na legislação, precisa predominar o interesse do adotado sobre os interesses dos outros envolvidos. De conformidade com Granato (2003), é através da criação do Estatuto da Criança e do Adolescente que a definição de adoção principia a ter maior abrangência, assinalando, sobretudo para os interesses do adotado. Nessa acepção, o autor faz as seguintes considerações:

[...] pode-se conceituar a adoção como a inclusão num ambiente familiar, de maneira definitiva e com obtenção de vínculo jurídico próprio da filiação, conforme as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais faleceram ou são desconhecidos, ou, não sendo esse o caso, jamais facultem ou não almejam assumir o desempenho das suas funções parentais, ou são pela autoridade competente, avaliados indignos para tal (GRANATO, 2003, p. 25-26).

No aspecto psicológico, a adoção se baseia na tese de que a consistência a uma nova família permite ao menor reconstruir sua identidade a partir da composição de um relacionamento benéfico com os novos entes parentais. Os progenitores adotantes podem dar ao menor um alicerce seguro para a formação de suas potencialidades, possibilitando a satisfação de suas necessidades fundamentais e uma elaboração dos traumas derivados da ruptura dos primeiros laços afetivos (PEREIRA e SANTOS, 1998).

Assim, o conceito de parentesco empregado por Butler (2003) é apreendido tal como são entendidos os conceitos de parentalidade. A autora compreende por parentesco como um conjunto de práticas que determina relações de diversas espécies que negociam a reprodução da vida e as demandas da morte. Em outros termos, em todas as relações que abrangem a vida do homem, desde o nascimento até a morte, decorrem as necessidades voltadas aos cuidados primeiros à criança e às relações de dependência que transcorrem de geração a geração.

Dessa forma, as crianças e os adolescentes, muito comumente, são estudados em relação à família ou à ausência dela, graças ao reconhecimento da relevância da convivência familiar nestas fases do ciclo vital. Porquanto, o direito fundamental à convivência familiar

está contemplado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei 8.069/90), onde trata da necessidade de proteção à criança e ao adolescente, em que os vínculos foram ameaçados ou quebrados, decretando ações de restauração dos laços familiares ou de criação de novos vínculos que afiancem a este indivíduo em desenvolvimento um dos seus direitos mais essenciais: viver em família.

Nesse contexto, o Estatuto faz ainda diferenciação à existência de dois conceitos de família: família natural constituída por um dos genitores e seus descendentes e a família substituta, ao qual passa a substituir a família biológica quando esta não pode, não consegue ou não tem interesse de cuidar do menor.

Posto que, a família substituta pode ser formada por qualquer indivíduo que seja maior de 18 anos, independente do seu estado civil, e pode ocupar o papel da família biológica de modo efetivo e permanente, como na adoção, ou então, de modo eventual, provisória e não definitiva, como na guarda e na tutela.

Portanto, de acordo com Bittencourt (2005), é inapropriado a expressão “família substituta” empregada pelo ECA. Ainda que levado em consideração à adoção como uma medida extraordinária, caso o adotado irá gozar de todos os direitos intrínsecos aos outros filhos dos adotantes e se o poder familiar, até então detido pelos pais biológicos, passa de forma automática para os pais adotivos, não teria de escolhê-la família “substituta”, porém sim família “adotante”. Ademais, ser substituto pode exprimir estar em um nível inferior ou ser ilegítima.

2.2 Adoção no Brasil

A expressão adoção é trazida do latim “*adoptio*”, e significa, literalmente, “ato ou efeito de adotar”, ao qual alude, em termos gerais, assumir, receber como filho (FONSECA, 2013).

A Constituição Federal vigente e o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem sobre a coresponsabilidade da família, da sociedade e do Estado na preservação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, sendo considerado como um dos principais direitos a convivência familiar em ambiente harmonioso, para que haja a possibilidade de proteção dos demais direitos fundamentais, como o direito a educação, a saúde e a dignidade.

Essa convivência com a família biológica, com o objetivo de resguardar as crianças e os adolescentes à proteção dos seus direitos fundamentais, em determinadas situações nem sempre se torna possível, o que faz com que o direito abarque formas paralelas de família, com a colocação do menor em família substituta, com o intuito de proteger as crianças e os adolescentes, no que se refere principalmente a questão do abandono.

Essa colocação em família substituta se processa excepcionalmente sobre três modalidades, a guarda, a tutela e a adoção, assegurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 28, caput: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos da lei”. Assim, a família substituta irá assumir todos os direitos e deveres da família de origem.

O Instituto da Adoção no mundo jurídico recebe dos inúmeros tratadistas definições particulares, de acordo com os efeitos jurídicos produzidos pelos diversos ordenamentos jurídicos.

Para Antônio Chaves, considerado como um dos expoentes no Instituto da Adoção, a define como:

Ato recíproco e solene pelo qual, correspondidas às condições da Lei, certa pessoa determina, em regra com um desconhecido, um vínculo imaginário de paternidade e filiação legítimas, de efeitos restringidos e sem integral afastamento do adotando da sua família de sangue (CHAVES, 1995, p. 23).

Conceito este revogado, tendo em vista que houve o rompimento de forma definitiva, do vínculo de filiação do adotante com a sua família biológica, em decorrência do princípio da igualdade. Os efeitos produzidos pela adoção passaram a ser ilimitados, recebendo pelo Novo Código Civil a terminologia de “adoção irrestrita”, pois os filhos adotivos passaram a ter os mesmos direitos e deveres dos filhos biológicos, não permitindo nenhuma forma de discriminação.

Por conseguinte, e utilizando-se de outros termos, adoção é, na acepção de Gomes (2002), um ato jurídico pelo qual se decreta a relação de parentesco, mesmo sem o evento natural de ter gerado a criança.

De conformidade com Maria Helena, a adoção seria:

Ato jurídico solene pelo qual, ressaltados os pré-requisitos legais, uma pessoa institui, autônomo de qualquer vínculo de laços de sangue, parentesco ou afim, uma relação imaginária de filiação, levando para sua família, na categoria de filho, indivíduo que, comumente, lhe é estranha (DINIZ, 2002, p. 416).

Para Sílvio de Salvo Venosa:

Adoção contemporânea é, por conseguinte, um ato ou negócio jurídico que cria vínculos de paternidade e filiação entre dois indivíduos. O ato da adoção perpetra com que uma pessoa passe a gozar da condição de filiação de outra pessoa, independente da relação biológica (VENOSA, 2003, p. 315).

Valdir Sznick (1993) a define como um mero ato jurídico (contrato, instituição) que traz por escopo criar entre dois indivíduos vinculação jurídicas equivalentes às que derivam de uma filiação de sangue.

De acordo com o Juiz Titular da 2º Vara da Infância e Juventude da Comarca de Recife, Exmo. Dr. Luiz Carlos de Barros Figueiredo, adoção:

é a inserção em uma nova família, de forma decisiva e com obtenção de vínculo jurídico próprio de filiação, de uma criança/adolescente, cujos pais que faleceram, concordaram expressamente ao pedido, são desconhecidos ou mesmo não podem ou não querem assumir suas funções parentais, motivando a que a autoridade judiciária em processo regular lhes tenha decretada a perda do pátrio poder (FOLDER, 2003, p. 38).

Diante do que fora visto, pode-se definir adoção, como sendo um ato jurídico solene, com o escopo de se pôr uma criança ou adolescente em uma nova família, de forma determinante, onde se processará laços mútuos de parentesco em linha reta, em consequência da falta de seus pais naturais pela perda ou destituição do pátrio poder, para que se possa proteger os seus direitos fundamentais como restrito nas normas concernentes nos diplomas legais vigentes.

2.2.1 Natureza jurídica da adoção no Brasil

Para que se possa obter um melhor entendimento para o que venha a ser adoção em sentido amplo, sobre a adoção e seus efeitos, é necessário definir a sua natureza jurídica.

Vários são os questionamentos relacionados à natureza jurídica da adoção, onde se registram a existência de duas correntes, ou seja, a Privatista e a Publicista, que ao se digladiarem, define-se de forma distinta. A corrente *Privatista* leva seus adeptos a definirem a adoção como um mero contrato, cujo ato é relevado a um negócio jurídico, carreando seus seguidores, a serem conhecidos como Contratualistas. Em contrapartida, a corrente dos *Publicistas* entende que, trata-se de um instituto de direito público, tomando como prevalência o aspecto da instituição (SZNICK, 1993).

A ideia do contrato, porém, precisa ser apartada como cerne do instituto, pelo fato que as relações contratuais são essencialmente de conteúdo econômico, ao passo que o vínculo que a adoção determina é fundamentalmente espiritual e moral (CHAVES, 1995, p. 30).

Antes da vigência do Código Civil de 2002, poder-se-ia verificar no Direito Brasileiro, duas modalidades de adoção, admitindo naturezas jurídicas diversas. O Código Civil de 1964 exigia para a adoção um instituto com natureza jurídica de negócio no qual possuía o desígnio da efetivação do ato na mera escritura pública em seu artigo 375; diferentemente do Estatuto da Criança e do Adolescente que, para que se possa consolidar a adoção, é cogente à sentença judicial transitada em julgado, por haver na relação à presença ativa do Estado e não somente a manifestação de vontade das partes.

O Código Civil de 2002 vem absolvendo o entendimento adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois se torna imprescindível para que a adoção produza efeitos *erga omnes* a intervenção do estado, afastando com isso a ideia da corrente contratual, assumindo a feição de certo modo da corrente publicista.

Conclui-se que, a natureza jurídica da adoção é um Instituto de Direito Público, e que passa a produzir seus efeitos, segundo Maria Helena Diniz (2003), a partir do trânsito em julgado da sentença, salvo se o adotante vier a falecer na pendência da ação, hipótese em que retroagirá a data do óbito.

2.3 Adoção estrangeira: lei aplicável à capacidade de adotar e ser adotado

2.3.1 Lei aplicável à capacidade para adotar

Além de tratar, em tópicos precedentes, sobre a adoção no Brasil, pertinente abordar sucintamente sobre a capacidade de adotar e a capacidade de ser adotado, no que se refere ao estrangeiro dentro e fora do território nacional, fato que comumente acontece no país.

Assim, a determinação de qual lei seja a aplicável para regular questões que envolvem elementos estrangeiros é o cerne do Direito Internacional Privado (MÔNACO, 2002).

As regras de Direito Internacional Privado possuem estrutura muito característica. Desigualmente das normas de direito material, não prescrevem um comportamento, estabelecendo uma sanção para os casos de sua inobservância. Ao contrário, advertem uma certa matéria para, em seguida, escolher um elemento de vinculação considerado primordial em implicação do elemento estrangeiro existente (MÔNACO, 2002, p. 77).

Desse modo, para que seja efetivado o processo de adoção, faz-se mister o preenchimento de uma série de requisitos e procedimentos, que objetivam preservar o interesse superior da criança em ter uma convivência familiar e comunitária. Para o adotante estrangeiro, não domiciliado no Brasil, além das reivindicações impostas a todo pretendente à

adoção, a capacidade para adotar, de acordo com a Convenção de Haia de 1993, será oferecida sempre pela Lei do Estado em que os pleiteantes habitualmente residam, dessa forma, para efeito de processamento do pedido de adoção de um brasileiro por um estrangeiro, as duas leis - a do adotante e do adotando - deverão ser analisadas e cumpridos os requisitos exigidos em ambas.

De acordo com Gustavo F. C Mônico (2002), o legislador brasileiro de Direito Internacional Privado, naquilo que concerne às adoções internacionais, entendeu que a capacidade de direito e a capacidade de fato tem obrigação de ser reguladas pela lei sob cujo império habite os adotantes.

Quanto à condição civil do adotante, as legislações sobre a adoção não são de acordo comum, outras somente permitem a adoção por indivíduos casados; outras admitem ainda para solteiros e viúvos. O melhor é procurar sempre a proteção dos melhores interesses da criança. Referente ao estágio de convivência, notam-se uma das barreiras cominadas ao estrangeiro que não mora no país que deseja adotar uma criança:

Não existe possibilidade de o estrangeiro, interessado em adotar, cumprir o estágio de convivência se não existir um alvará escrito pelo juiz, documento esse que legitimará a presença da criança ou adolescente em sua companhia. Essa autorização, na verdade, é uma “guarda provisória”. Não teria sentido ficar o adotante no hotel e a criança na instituição para cumprir o estágio, porque não haveria convivência (GRANATO, 2006, p. 118).

A despeito do referido, apostila Wilson Donizete Liberati:

Como se vê, o legislador preferiu conferir aos estrangeiros condições diferenciadas das dos nacionais quando o assunto é adoção. Nesse particular, a lei tratou desigualmente pessoas com as mesmas intenções, ou seja, considerou o adotante nacional indivíduo mais fidedigno, vez que o desobrigou da tarefa de cumprir o estágio de convivência (LIBERATI, 2003, p. 169).

No Brasil, o direito à adoção é equivalente para todos não importando a nacionalidade, diferindo entre nacionais e estrangeiros a quantidade de documentos que o estrangeiro tem que apresentar ao juiz. Em relação ao §1º do art. 51 do ECA, é inteligente exigência da comprovação, pelo candidato, de sua habilitação à adoção em seu domicílio, através de documento despachado pela autoridade competente, assim como a apresentação de estudo psicossocial, elaborado por agência credenciada do país de origem.

Imperativo se faz, ainda, que seja conhecido o texto relacionado à legislação estrangeira em vigência, devidamente traduzido por tradutor juramentado, impedindo-se, destarte, conflitos entre a legislação brasileira e a legislação do país de acolhida.

A vedação imposta no parágrafo 4º do artigo em questão institui medida protetiva, não consentindo que o adotando deixe o país de origem antes que seja consumada a adoção. No mesmo feito, o art. 85 depreca precedente autorização judicial para que a criança ou adolescente nacional possa sair do país, em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior. Enfim, todas essas medidas visam proteger o menor, impedindo que haja desvios na finalidade da adoção, bem como que seja coibido o tráfico de crianças e adolescentes.

2.3.2 Lei aplicável à capacidade para ser adotado

No que se refere à capacidade para ser adotado, Mônaco doutrina que:

O juiz brasileiro será competente para julgar ações constitutivas de adoção internacional sempre que a criança ou o adolescente tiver por residência habitual o território nacional. Nessa acepção, para as adoções internacionais, será sempre a lei brasileira a aplicável para que se determine a capacidade para ser adotado (MÔNACO, 2002, p. 94-95).

É relevante ressaltar que a questão da adoção de menores de 18 anos é atualmente regulada pelo Estatuto da Criança e do adolescente. Portanto, o art. 42, § 3º do Estatuto dispõe que o adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotando.

A pedra angular desta resolução pode ser localizada no propósito de tornar a adoção em tudo análoga à paternidade natural.

Desse modo, se a legislação brasileira permite que a mulher se case com 16 anos de idade e, por conseguinte, ser progenitora, a mesma disparidade faculta ser analisada, apropriada na adoção.

Apenas poderá ser inteiramente adotada as pessoas menores de dezoito anos, exceto se já estivessem sob-guarda ou tutela dos adotantes anteriormente ao cumprimento da idade limite. Entretanto, tal pressuposição não incidirá relativamente aos estrangeiros que anseiem adotar, vez que, por força do art. 31 do mesmo estatuto legal, a colocação em família substituta estrangeira somente acontecerá na modalidade adotiva (MÔNACO, 2002, p. 95).

Compete, desta forma, ao juiz, utilizando de prudente arbítrio, decidir qual diferença aplicar, vez que a necessidade de diferença de idade deriva da regra romanística segundo a qual a adoção muda a natureza (STRENGER, 1996).

Ou seja, transformam-se em pais e filhos aqueles que, inexistindo a relação parental, seriam pessoas estranhas e, por isso, passíveis de configurar verdadeira família pelos laços do

matrimônio ou instituição análoga, mormente se exígua a diferença de idade entre eles (MÔNACO, 2002).

Assim, na hipótese em que a lei estrangeira exigir diferença menor que a de 16 anos rogada pela lei brasileira, entende-se que deve o juiz aplicar a lei nacional, restringindo o leque de opções dos adotantes, mas procurando garantir um futuro saudável aos adotantes. E se a lei alienígena exigir, por outro lado, diferença maior que a nacional, crê-se aplicável a lei nacional se, no ornamento em que devam se produzir os efeitos da sentença, estiver em vigor qualquer dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, tratados esses que prevejam a imediata produção daqueles efeitos. Todavia, se não houver a reciprocidade ou mesmo a previsão da produção imediata dos efeitos, crê-se deva o juiz verificar a diferença etária determinada pela lei pessoal do adotante, sob pena de não ser reconhecida a sentença no ornamento jurídico em que se visa produzir a nova relação filial (MÔNACO, 2002).

Apresentará capacidade para ser adotado o menor de 12 anos cujos pais ou responsáveis que estejam no pleno exercício do pátrio-poder-dever, da tutela ou da guarda tenham consentido. Inexistindo responsáveis e sendo os pais desconhecidos, será dispensado o consentimento daqueles que é presumido pelo legislador. Estando o adotando entre 12 e os 18 anos, será necessária a obtenção, também, de seu consentimento (MÔNACO, 2002, p. 97).

O Brasil emprega, como forma de cadastro dos estrangeiros interessados em adotar uma criança brasileira, Agências de Adoção Internacional, possibilitando-se aos candidatos que compareçam ao país somente no momento de encontrar a criança.

A despeito, também é possível que os adotantes habilitem-se diretamente junto ao órgão oficial no Brasil e em seu país de origem, sendo indispensável que os estrangeiros, primeiro, procedam a habilitação em seu país de origem, para obter homologação em seu pedido no Brasil.

Portanto, a habilitação dos estrangeiros será dessemelhante da habilitação dos brasileiros adotantes, uma vez que estes devem ser submetidos a entrevistas de técnicos dos Juizados e receber visitas dos assistentes sociais em suas residências, enquanto aqueles passarão pelo procedimento previsto em seu país de origem, sendo chamados ao Juizado somente quando forem receber a criança brasileira em adoção.

Assim sendo, o Código Civil deixa algo muito claro no que diz respeito à adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do Brasil, deverão ser observadas as condições previstas do Estatuto da Criança e do Adolescente (VERONESE, 2004).

Assim, ainda de acordo com Veronese (2004), há que se observar, a título de ressalva, os seguintes critérios quanto à adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do Brasil:

- O estágio de convivência deverá ser cumprido em território nacional, num prazo mínimo de 15 dias, para criança de até 12 anos de idade e, no mínimo de 30 dias, quando se tratar de adotando acima de 2 anos de idade – art. 46 § 2º.
- O candidato à adoção deverá comprovar, mediante documento expedido pela autoridade competente de seu domicílio, estar devidamente habilitado à adoção, consoante as leis de seu país, apresentando estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem – art. 51, § 1º.
- A autoridade judiciária, de ofício ou a pedido do Ministério Público, poderá requerer a apresentação do texto pertinente à legislação estrangeira, acompanhados de prova da respectiva vigência – art. 51, § 2º.
- A saída do adotando do território nacional somente será permitida após ter sido consumada a adoção - art. 51, § 4º.
- A adoção por estrangeiro poderá, também, ser condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o respectivo processo - art. 52. Será da competência dessa comissão manter um registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção - art. 52, § único.

Posto isto, vale ressaltar que a Lei 8.069/90 foi bastante criteriosa quanto à adoção internacional. Há que se entender que, as exigências feitas pelo Estatuto são no sentido de salvaguardar ao máximo os direitos das crianças e adolescentes, que já foram submetidos a uma perda, luto – tanto que estão à disposição de serem adotados – e, portanto, seria extremamente danoso em termos psicológicos se novamente a situação de abandono, carência e maus-tratos se repetisse (VERONESE, 2004).

3 ADOÇÃO HOMOAFETIVA: A ADOÇÃO POR CASAS HOMOSEXUAIS

3.1 O princípio da afetividade na adoção

A adoção objetiva proporcionar ao adotado uma melhor expectativa de vida, sendo que a afetividade na esfera familiar é questão incontestável.

Presentemente, se leva em consideração o ambiente familiar apropriado, equilibrado e amoroso, para que o adotando possa ter da família que o acolheu com afeto, todo carinho e cuidados que sua família biológica não lhe pode proporcionar.

Os vínculos afetivos, o carinho familiar, não são provenientes somente de uma filiação consanguínea, mas ainda de uma filiação adotiva, pois o convívio familiar cria laços de afeto duradouros.

Freire, *apud* Granato, referente aos sentimentos que abrangem uma adoção, descreve o seguinte:

Aproximar-se da adoção é aproximar-se dos sentimentos mais intensos, é conhecer êxitos e fracassos, é apreender o lado positivo e o lado negativo de milhares de indivíduos, é ver as mais belas manifestações de solidariedade e ainda, as mais duras expressões de egoísmo e insensibilidade. Aproximar-se da adoção é deixar-se induzir por caminhos desconhecidos, muitas vezes obscuros; é descobrir novos horizontes, norteados pelas luzes da coragem e da esperança (GRANATO, 2005, p. 13).

Dessa forma, a adoção é um ato que abarca amor, respeito, e nomeadamente afeto, nivela-se a uma filiação biológica, e, conseqüentemente, o convívio acarreta os laços afetivos imperativos a uma estrutura familiar apropriada.

Para Schreiber, a adoção hoje em dia precisa atender o melhor interesse do adotando. Assim sendo, fala o seguinte:

Cogente destacar que antigamente o desígnio da adoção era dar filhos a quem não os tivesse. Presentemente, esse quadro inverteu-se: a adoção serve para dar uma família ao adotando, predominando, deste modo, o interesse da criança. É uma forma de proteção aos direitos da criança e do adolescente, e nunca um mecanismo de satisfação de interesses de adultos. Versa-se sempre de encontrar uma família ajustada a certa criança e não de procurar uma criança para aqueles que querem adotar (SCHREIBER, 2005, p. 208).

A legislação vigente trata do melhor interesse da criança tanto no Código Civil quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. E no que diz respeito ao Código Civil, essa situação encontra o dispositivo legal no artigo 1.625, isto é: “Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando”.

Nesse mesmo caminho, o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente alude: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

A Convenção Internacional do Direito da Criança igualmente corrobora a necessidade de se considerar o melhor interesse da criança. Em referência ao exposto, Pereira leciona:

Enfatizamos, sobretudo, o princípio do melhor interesse da criança, preconizado no artigo 3º da Convenção Internacional sobre os direitos da Criança (ONU, 89) ao asseverar que todas as ações concernentes às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, tem obrigação de considerar, primordialmente, o interesse maior da criança (PEREIRA, 2003, p. 140).

O princípio do melhor interesse da criança deverá ser ressaltado e aplicado ao caso concreto. Nesse contexto, verifica-se, destarte, que os princípios da afetividade e do melhor interesse do adotando precisam ser observados pelo legislador e pelo intérprete da norma jurídica, a fim de procurar a solução do caso concreto, para a constituição ou não da adoção.

3.2 A possibilidade de adoção por casal homossexual

Antes de qualquer coisa, importante ter em mente que a adoção por casal homoafetivo já foi aceita e reconhecida por várias nações no mundo.

Assim sendo, em um dos mais remotos institutos do Direito, a adoção teria aparecido inicialmente na Índia, seguida aos egípcios, persas e hebreus, alcançando os gregos e romanos (PREIRA, 2004).

Atinente à adoção na contemporaneidade, Tânia S. Pereira (2006), dentro de uma nova probabilidade, o instituto se institui na procura de uma família para uma criança, abdicando a visão tradicional civil, em que predominava sua natureza contratual e significava a procura de uma criança para uma família. Nessa acepção, a adoção é percebida como um ato jurídico com acentuado interesse público que distancia a noção contratual e que atribui a posição de filho ao adotado.

No entendimento do reconhecimento do casal homossexual como família, está o direito à consanguinidade. A alteração para se acolher ou não que pares homossexuais assumam conjuntamente passa pela compreensão sobre a natureza jurídica das uniões homoafetivas e pela avaliação da Doutrina da Proteção Integral.

No Brasil, de início, os homossexuais principiaram a aceitar, quando do cadastro para a adoção, a sua real orientação sexual. O tema começou a ser enfrentado claramente pela Justiça nos anos 90, quando o titular da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, Siro Darlan, aprovou as primeiras adoções por homossexuais solteiros. A partir daí, 23 crianças foram adotadas por homossexuais, homens e mulheres, no estado (TARTUCE e SIMÃO, 2007).

Todavia, o fato de a adoção ser outorgada tão somente à pessoa solteira – contudo, viver com outra do mesmo sexo - procede na falta de vínculo legal com o companheiro do adotante, o que pode ocasionar uma situação de abandono para o adotado em caso de separação ou, inclusive, morte do pai ou mãe.

As definições e preconceitos que abrangem o relacionamento entre homossexuais são vários daqueles que proferem respeito à adoção de menores por um homossexual ou por um casal homossexual. Apesar disso, na adoção, o direito mais importante a ser preservado não é o dos adotantes, porém do adotado, o instituto objetiva o seu bem estar, arrolado pelo seu 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, pondo-o a salvo de toda maneira de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, Constituição Federal).

A adoção pode ser solicitada por uma pessoa e igualmente por duas, referindo a lei que, neste evento, os adotantes precisam ser marido e mulher ou viver em união estável (art. 1622, CC/2002).

Nessa significação, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

A AFIRMAÇÃO DE HOMOSSEXUALIDADE DO ADOTANTE, REFERÊNCIA INDIVIDUAL CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDA. Não pode servir de empecilho a adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre e cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. (Ap. 14.332/98, 9ª Câm. Cív., rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães, DORJ, 28/04/1999).

Entretanto, ninguém pode pôr em dúvida que em uma família estabelecida por um casal homossexual não tenha proteção ao adotando, porquanto vivendo o adotando com quem nutre vínculo familiar estável, é eliminar a probabilidade de adoção a sua manutenção em instituição, o que somente vem em seu detrimento.

Nesses termos, a doutrina e a jurisprudência, em particular esta última, têm progredido na matéria tutelando essas uniões e a família por elas instituídas, nivelando situações que precisam de isonomia, fazendo com que a sociedade venha a entender que os princípios constitucionais resguardam as uniões homoafetivas desde 1988.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

4. Míster observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

(...)

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores casos não deferidos a medida. 15. Recurso especial improvido. (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4) - RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO).

Na realidade, o fato é que jamais se pode esquecer que inexistem diferenças no que diz respeito à capacidade civil de um homossexual e de um heterossexual, os dois são cidadãos, cumprem com as suas obrigações como cidadãos, pagam os mesmos impostos e, por garantia constitucional, gozam dos mesmos direitos, de onde se mostra contrassenso que uma pessoa homossexual não possa alimentar a aspiração da paternidade/maternidade, até mesmo, procurando diversas vezes os meios da medicina para terem seus filhos.

Há, também, os casos em que o homossexual, antes de assumir sua condição, já tinha constituído casamento, até mesmo, tendo filhos que, por evidência, não podem deixar de ser, exclusivamente em razão à homossexualidade de seus pais. De forma que, ainda, o sentimento tanto paterno como materno não pode ser percebido como algo restrito das pessoas heterossexuais, nada impedindo que os homossexuais sejam extraordinários pais e mães.

O ordenamento jurídico brasileiro não encara a questão da homossexualidade. Cabe dizer, não existe nenhum preceito legal no Código Civil ou no Estatuto da Criança e do Adolescente que consinta ou proíba a colocação do infante em lar substituto, ao qual o titular seja homossexual. (...) A nosso entender, portanto, o homossexual pode, perfeitamente, adotar uma criança ou um adolescente (SILVA, 1995, p. 116).

Enfatiza-se que a omissão da lei quanto à probabilidade ou não da adoção por homossexual suscitou enorme discordância doutrinária. De um extremo, os que se posicionam contra a possibilidade de adoção por homossexuais, empregam-se como alicerce assuntos de fundo moral, argumentações de que o desenvolvimento da criança poderia ser prejudicado pela medida, além de uma hipotética complexidade quanto às anotações no registro de nascimento do adotando. De outro, tem-se aqueles que defendem a colocação em família substituta pelos que trazem orientação sexual diferente da convencional e que se empunham a ausência de proibitivo legal, para dar embasamento a sua posição, assim como nos princípios da dignidade da pessoa humana e da não discriminação; vinculado ao melhor interesse da criança.

Nessa conjuntura, perante o Texto Legal, ao qual não veda a adoção por quem seja homossexual, espera-se, em que admitem opiniões oposta, que em face da situação de abandono de milhares de menores brasileiros, jamais poderia ao menos cogitar em proibir a adoção dessas crianças e adolescentes por uma pessoa cuja orientação sexual seja considerada como incomum, porquanto o caráter de uma pessoa não se avalia a partir dessa referência.

De conformidade com Silva (1995), depende, portanto, o deferimento de colocação em família substituta da conduta do requerente homossexual ante a sociedade, do mesmo modo, inclusive, que acontece com o requerente heterossexual. De forma que, no entendimento desse autor, o que irá bloquear o deferimento do pedido de adoção será o comportamento desajustado do candidato homossexual, porém, nunca sua homossexualidade.

Fora mencionado, antes, que uma das justificativas usadas por aqueles que negam aos homossexuais o direito de adotar era a possibilidade de esta adoção vir a prejudicar o desenvolvimento psicológico e social do infante. No entanto, diversos estudos feitos com crianças adotadas por homossexuais, em geral, assinalam em caminho distinto do vislumbrado por aqueles que combatem a aplicação desse tipo de adoção.

No Estado da Califórnia, a partir de meados dos anos 70, vem sendo pesquisada as crianças de famílias não-convencionais, filhos de pessoas que vivem em comunidade ou em casamentos abertos, assim como crianças criadas por pais homossexuais. Inferiram os pesquisadores que filhos com pais do mesmo sexo apresentam o mesmo grau de adequação localizado entre menores que convivem com pais dos dois sexos. Nada existe de incomum quanto à formação do papel sexual dessas crianças. Assim, constataram que as meninas são tão femininas quanto

às demais, e os meninos tão masculinos quanto os outros. Igualmente não foi encontrado qualquer tendência relevante na aceção de que filhos de pais homossexuais venham a se tornar, em futuro, homossexuais. (DIAS, 2006, p. 113)

Dessa forma, através de resultado de pesquisas como estas, tem-se a conclusão de que não se fundamenta a lenda de que a homossexualidade dos pais seja origem de doenças, desvios ou problemas de fator comportamental, psíquica ou social dos seus filhos.

Além disso, no que alude à suposta influência que o adotante homossexual poderia desempenhar sobre a orientação sexual do adotando, não existe absolutamente nada que a assegure, visto que a grande maioria dos homossexuais é produto de uma família heterossexual, pretexto pela qual estudos psicológicos demonstram que o convívio com um homossexual jamais possui relação direta com a sexualidade a ser desenvolvida pela criança, porquanto o que o filho entende é a função de pai ou de mãe, desassociado da conotação sexual.

Com efeito, jamais se pode negar que problemas na convivência familiar com o adotando poderão haver, sejam os adotantes hetero ou homossexuais, tendo em vista que são muitas as variações na criação dos infantes, que podem influenciar na sua formação, que não, unicamente, a sexualidade dos pais.

O fato é que, independente da orientação sexual, a função de pai ou de mãe é que deve ficar bem decidido na relação familiar com o adotando, de forma que a condição ideológica da homossexualidade jamais pode predominar sobre a competência de criar e amar os filhos, competência esta comum a homo e heterossexuais.

3.3 Adoção por casais homoafetivos nas perspectivas doutrinária e jurisdicional

Cabe notar, primeiramente, que não existe qualquer preceito legal estatuída no Código Civil ou no Estatuto da Criança e do Adolescente que admita ou vede a instalação do menor em lar substituto cujo titular seja homossexual. O que leva a perceber, por conseguinte, que o adotante com opção sexual diferente da convencional pode, sim, adotar uma criança ou um adolescente.

Entretanto, esta questão mostra-se bipartida: enquanto parte notável da doutrina e julgados combate pela sua probabilidade; existem estudiosos mais conservadores e determinadas decisões jurisprudenciais que lhe manifestam total repúdio. Todavia, o prisma

de julgamento a ser seguido quanto à probabilidade, ou não, de Adoção por Homossexual deverá partir do esboço da inexistência de vedação legal quanto a esta forma de Adoção.

Essa asseveração se faz, visto que, como ficou registrado anteriormente, o caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988 afiança que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Além disso, o ECA igualmente não faz alusão a requisito para adotar vinculado à sexualidade do requerente, em concordância com a Constituição Federal de 1988. Portanto, a primeira vista, o ECA não traz, expressamente, a possibilidade de adoção por pessoa homossexual, mas também, não a veda (BRANDÃO, 2002).

Na acepção de Cury (2003), a regra fundamental sobre o tema está apontada no art. 29 do ECA que assim dispõe:

Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele por qualquer modo incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

Aborda este dispositivo de uma fórmula extensa que admite a análise de cada caso de pedido de adoção por um homossexual solteiro, como assim descreve Fernandes:

A equipe técnica, o membro do Ministério Público e o juiz, perante o escalão legal do art. 29 do ECA, deverão averiguar, de forma concreta, se o interessado preenche os requisitos, proporciona ambiente familiar apropriado. Em qualquer conjectura, tem de predominar o melhor interesse da criança ou do adolescente. E o preconceito, a prevenção quanto à orientação sexual do adotante, além de ser desonesta, antiquada e inconstitucional, não pode imperar ante das necessidades, perspectivas e proteção do adotado. Por conseguinte, o caso concreto deve ser analisado para se concluir se a adoção é conveniente ou não (FERNANDES, 2003 p. 105).

Como se conclui, o ECA não faz qualquer alusão à orientação sexual do Adotante. Portanto, a mulher solteira, a mulher divorciada, a mulher casada e a lésbica podem adotar. Da mesma forma, o homem solteiro, o homem casado, o homem divorciado e o homossexual poderão adotar, desde que preencham os requisitos instituídos tanto por este Estatuto quanto pelo Código Civil.

Por seu curso, o inciso II, do art. 5º da Constituição Federal de 1988 determina que "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Do que se entende, no entanto, que inexistindo vedação legal expressa, não se pode demandar que um sujeito, por ter orientação sexual dissonante da convencional se prive do direito de adotar se assim a lei não o exige.

Na compreensão de Pinto (2002), a abrangência de que não existe empecilho legal para a adoção por homossexuais é permitida mesmo por aqueles que se manifestam de forma

contrária à colocação em família substituta nestes casos. Nesse contexto, inconcebível a negação do pedido de adoção realizado por homossexuais com embasamento exclusivamente em fundamentos legais.

Os estudos que avaliam a influência da homossexualidade dos pais na orientação sexual do adotado têm desvendado que filhos de pais homossexuais não têm possibilidade maior de se tornarem homossexuais que filhos de pais heterossexuais (RIOS, 2001).

O correto é que, em face do princípio da igualdade deprecia-se que os candidatos à adoção - hetero ou homossexuais - tenham ajuizados, de modo objetivo, as condições que oferecem para beneficiar o melhor desenvolvimento plausível para a personalidade da criança; para tanto, jamais se pode levar em consideração, por si só nem isoladamente, a orientação sexual do adotante (RIOS, 2001, p. 140).

A Doutrina da Proteção Integral à criança e ao adolescente alicerça-se na preocupação do Estado em proteger crianças e adolescentes de toda e qualquer forma de discriminação, exploração, violência e opressão. Relevante registrar o disposto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 que prevê o direito à convivência familiar e comunitária, assim como a preocupação com a integração da criança na sociedade.

A legislação brasileira não proíbe a adoção por casais homossexuais, muito menos autoriza. De fato, a partir do instante em que se compreenda que esses relacionamentos instituem relações estáveis e que em nada se distinguem das uniões entre pessoas de sexo diferentes, é crível fazer-se a (re)leitura do artigo 1.622 na acepção de permitir que esses pares adotem conjuntamente, desde que tal adoção configure o melhor interesse da criança.

Se o art. 227, § 5º da Carta Magna diz que a adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, e a lei (no caso, sem dúvida, é o ECA) não prevê expressamente a possibilidade de adoção conjunta em favor de pessoas do mesmo sexo, não há como deferi-las. Ao contrário, sem se admitindo que o Código Civil também possa albergar normas relativas à adoção, como esta Lei 12.010/09 o faz, não há que se afastar pura e simplesmente a incidência do art. 1.622, do Código Civil. A propósito, o art. 1.622 assim reza: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher ou se viverem em união estável” (FIGUEIREDO, 2010, p. 33).

Para tanto, o art. 3º, IV, da CR, em cláusula genérica diz: promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, com, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (FIGUEIREDO, 2010).

Disso decorre que não há conflito infraconstitucional no que diz respeito à possibilidade de uma interpretação extensiva do conceito de união estável, validando-o para uniões entre pessoas do mesmo sexo, mas é patente que não há amparo constitucional para entender tais uniões como entidade familiar (FIGUEIREDO, 2010).

Portanto, em um primeiro olhar, chega-se à conclusão que se for considerado pelo intérprete da norma o conceito genérico (união estável) já não havia desde a redação original do ECA vedação à adoção para parselhas homoafetivas (FIGUEIREDO, 2010).

Todavia, se o ponto de partida para a análise considera o conceito específico (entidade familiar), a conclusão inexorável é a de que não há, ainda, base constitucional para o seu deferimento. Já que não é entidade familiar, ou seja, à primeira vista, ter-se-ia que mudar o art. 226 da Carta Política. Nem mesmo se faria necessário que se recorra ao conceito de sociedade conjugal (também formado por homem e mulher - § 5º, art. 226, CR) (FIGUEIREDO, 2010, p. 33).

Nesse entendimento, o Tribunal do Rio Grande do Sul, de forma precursora, apreendeu pela probabilidade da adoção conjunta por duas mulheres:

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 infastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mas importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeiam 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 n. 70013801592, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 2006).

A hegemonia do melhor interesse da criança, conjugado com a compreensão de que as uniões homoafetivas são entidades familiares é argumento suficiente para permitir a adoção conjunta por pares homossexuais desde que, a partir do exame no caso real, achem-se todos os elementos em favor do futuro, da felicidade e do bem-estar do adotando.

Assim, infere-se com sabedoria Maria B. Dias (2000) que, por esta razão, precisa-se ponderar muito mais no interesse das crianças e dos adolescentes do que nos preconceitos da sociedade. Importante enxergar o amor sem marcas e sem temores. Os filhos, gerados ou adotados de maneira responsável, como produto do afeto, faz jus à proteção legal, mesmo quando vivam no núcleo de uma família homoafetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que fora estudado, é incontestável o fato de que a união de pessoas do mesmo sexo revela as qualidades da entidade familiar, pois dotadas de afeto, de respeito, apreço e auxílio recíproco, de modo que os parceiros percebem a relação de maneira contínua e duradoura, idêntico a qualquer casal heterossexual, sendo que estas relações merecem ser reconhecidas e resguardadas pelo Estado. Além disso, de outra forma não poderia ser, pois, a República Federativa do Brasil institui-se num Estado Democrático de Direito, e como tal norteia-se pelo valor, ao qual é a fonte da dignidade.

Por outro lado, o estudo da adoção não é tarefa simples, porquanto não se trata de simples instituto jurídico, passível de uma apreciação estagnada e dissociada de subjetivismo. Pelo contrário, ela ultrapassa o direito e acha acolhida nos mais preciosos sentimentos e necessidades humanas, motivo pela qual a sua análise precisa estar fortemente relacionada com as muitas variáveis que a rodeiam, como as de âmbito cultural, psicossocial, econômica, política e moral.

Porém, perante o quadro desanimador de milhões de menores abandonados no Brasil e das dificuldades para se conseguir as mudanças estruturais que o país solicita, obstruídas pela ausência de responsabilidade social de uma elite dirigente, que perdeu a capacidade de exaltar-se e pela consciência impregnada de inércia, é que a propagação da adoção ganha importância e se torna um assunto de atual ebulição, sobretudo quando entra em debate a possibilidade de seu deferimento a candidatos homossexuais.

Conquanto, o ordenamento jurídico brasileiro demonstre querer ignorar a existência dos homossexuais, jamais se pode esquecer sua condição de cidadãos, possuidores de todos os direitos e deveres garantidos constitucionalmente aos heterossexuais, não se lhes podendo extinguir a dignidade humana em pretexto de sua opção sexual. Não existe qualquer motivo aceitável para discriminações desta natureza, uma vez que impetuosamente vedadas pela Constituição Federal brasileira. Todavia, o preconceito ainda corrompe esta sociedade, de forma lamentável, criando barreiras de toda a proporção à aprovação da filiação civil aos homossexuais.

Em contra partida, em concordância com a doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes, necessário que a sociedade e o Poder Judiciário consigam afastar-se de qualquer preconceito ou pensamento discriminatório e se ponham na situação da criança a ser

adotado, procurando compreender o que lhe é mais benéfico, para somente, assim, poder conceder ou não o pedido de adoção.

Dessa forma, especialmente no caso do Brasil, país subdesenvolvido, onde milhões de crianças e adolescentes são abandonados por seus pais, morando nas ruas ou em abrigos assistenciais, sem que tenha amparo e assistência digna, espera-se que terá melhor destino essas crianças quando posta no núcleo de uma família homossexual, do que continuar colocado nessas instituições sociais, ou pior, viver e crescer nas ruas, sem alguma esperança no futuro.

Diante disso, cogente ressaltar que este trabalho não significa uma defesa à adoção por casais homoafetivos, procurando puramente registrar e proteger a igualdade de direitos entre os casais homossexuais e os heterossexuais, que se encontre em idênticas condições, passando os dois por avaliações iguais pela equipe interdisciplinar, podendo ser ou não avaliados capazes à adoção, porém sem, de forma alguma, serem coibidos de adotar meramente pelo fato de terem orientação sexual diferente da maioria dos casais da sociedade.

Nessa acepção, relevante enfatizar, ainda, que o presente trabalho tem posicionamento consolidado quanto da adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais. Em outros termos, este trabalho de monografia concorda com o posicionamento da corrente doutrinária ao qual acredita que a orientação sexual de uma pessoa não constitui entrave para a adoção desses infantes, sendo perfeitamente admissível a adoção, sobretudo com base nos fundamentos constitucionais, por casais homossexuais.

Por fim, espera-se que este trabalho possa colaborar de certa maneira para uma maior elucidação sobre o assunto e que possa ter contribuído para afastar os preconceitos onde, de forma lamentável, entremeiam a questão e que, por vezes, ofuscam os olhos, evitando-os, inclusive, de identificar o que é justo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Não houve revogação**. Cf. Tartuce, Flávio, e Simão, José Fernando. Direito Civil - Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

BITTENCOURT, Isabel Luzia Fuck. **O Acolhimento Familiar no Brasil**: uma proposta em construção. Palestra proferida no 2º Colóquio Internacional sobre Acolhimento Familiar. Campinas, 2005.

BUTLER, J. **O parentesco é sempre tido como heterossexual?** In.: Cadernos Pagu: revista semestral do Núcleo de Estudos de Gênero. Universidade Estadual de Campinas, 2003.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e União Estável**: requisitos e efeitos pessoais. São Paulo: Manole, 2004.

CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **União homossexual**: o preconceito & a justiça. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **União Homossexual**: Aspectos sociais e jurídicos. In: Revista Brasileira de Direito de Família n.º 4. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2000.

DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. **A importância da família extensa na adoção**. In: SCHETTINI, Luiz; SCHETTINI, Suzana. (Org). Adoção: os vários lados dessa história. Recife: Bagaço, 2006.

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

_____. **Código Civil Anotado**: Lei 10.406/02. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais: efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Comentários à nova lei nacional da adoção: Lei 12.010/09**. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Adoção para Homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2002.

FIUZA, César. **Direito Civil curso completo**. 2 ed. Belo Horizonte, 1999.

FOLDER, Serviço de Apoio. **Adoção: Primeiros Passos**. Poder Judiciário de Pernambuco, Segunda Vara da Infância e Juventude da Capital, 2003.

FONSECA, Gilson. **Brasil tem o Primeiro dia Nacional da Adoção**. Disponível em <<http://www.wke.com.br>>. Acesso em: 12 Out. 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

GLANZ, Semy. **A família mutante: sociologia e direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção - Doutrina e Prática**. 2. ed, Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Adoção: doutrina e prática**. 1. ed. Curitiba: Juruá 2005.

JURISPRUDÊNCIAS BRASIL. Disponível em:
<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?=SITUACAO+DE+INTERESSE+PARA+MENOR>>. Acesso em 14 Nov. 2013.

LEIS MUNICIPAIS: Disponível em:
<<https://www.leismunicipais.com.br/a/sp/g/guarulhos/lei-ordinaria/2012/705/7054/lei-ordinaria-n-7054-2012-institui-o-dia-da-uniao-estavel-homoafetiva-no-municipio-de-guarulhos-e-da-outras-providencias-2012-06-28.html>>. Acesso em 14 Nov. 2013.

LIBERATI, W. D. **Adoção: adoção internacional – doutrina e jurisprudência (De acordo com o novo código civil, Lei n.º 10.406/2002)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Civil: Família**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi,

Teresina, a. 4, n. 41, maio. 2000. Disponível em:

<<http://jusjus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=57>>. Acesso em 16 Out. 2013.

MONACO, G. F. de C. **Direitos da criança e adoção internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NAMUR, Samir. **A tutela das famílias simultâneas**. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PENTEADO, Jacques de Camargo. **A Família e a Justiça Penal**. In: *A Família na Travessia do Milênio - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM*, p. 353 a 363. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Angelo. **Retrato em Branco e Preto: Manual prático para pais solteiros**. São Paulo: Summus, 2002.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **A nova Constituição e o Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Da adoção**. In: DIAS, M.; PEREIRA, R. (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. In: DIAS, Maria Berenice. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, J.M.F; SANTOS, M.A. **O Enfoque Psicológico da Adoção: revisão da literatura**. In: LABATE, R.C. (org). *Caminhando para a Assistência integral*. Ribeirão Preto: São Paulo: Scala/FAPESP, 1998.

PINTO, Flavia Ferreira. **Adoção por homossexuais**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2669>>. Acesso em: 25 Out. 2013.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de família**. Atualizado por Francisco José Cahali, com anotações do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/02) 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHREIBER, Elisabeth. In TRINDADE, Jorge. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma abordagem multidisciplinar. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996.

SZNICK, Valdir. **Adoção**. São Paulo: Universitária de Direito Ltda, 1993.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. Vol. XVII. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003.

VERONESE, Josiane Rose Petry, PETRY, João Felipe Corrêa. **Adoção internacional e Mercosul**: aspectos Jurídicos e Sociais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.