



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA - CURSO DE DIREITO**

PATRÍCIA ARAÚJO LEBOURG

**ASPECTOS HISTÓRICOS DO INSTITUTO DA ADOÇÃO E ATUAL
POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO HOMOAfetiva**

**BARBACENA
2012**

PATRÍCIA ARAÚJO LEBOURG

**ASPECTOS HISTÓRICOS DO INSTITUTO DA ADOÇÃO E ATUAL
POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO HOMOAfetiva**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Presidente Antonio Carlos – UNIPAC
como requisito parcial para a obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Paulo Afonso Júnior

**BARBACENA
2012**

Patrícia Araújo Lebourg

**ASPECTOS HISTÓRICOS DO INSTITUTO DA ADOÇÃO E ATUAL
POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO HOMOAfetiva**

Monografia apresentada à Universidade
Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Paulo Afonso de Oliveira Junior
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Profª Esp. Cristina Prezoti
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Profª Esp. Maria Auxiliadora Delben
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico aos meus pais e aos meus
parentes;

Vivos: minhas desculpas por qualquer
erro ou omissão;

Aos que já se foram: minhas
homenagens e saudades.

“A verdadeira família é aquela
unida pelo espírito e não pelo sangue”.

Luiz Gasparetto

RESUMO

Este estudo teve o objetivo de identificar alguns aspectos históricos relevantes da evolução do instituto da adoção com evidência para a possibilidade da adoção homoafetiva na atualidade, tendo em vista os direitos iguais e a dignidade da pessoa humana. O instituto da adoção tem sido motivo de preocupação para as sociedades, desde a antiguidade, até os nossos dias por guardar relevante motivo de proteção pela sociedade e pelo Estado. Somente com as mudanças na Constituição Federal de 1988, no artigo 226, foi acolhido o pluralismo familiar que não determinou que tipo de família deveria ser protegida pelo Estado. Assim, com este pluralismo foi possível acolher a união estável homoafetiva como família protegida também pelo Estado. A discussão sobre a adoção por essas famílias encontra-se atualmente em acirradas discussões. E como todas as entidades familiares devem ter seus direitos iguais, este estudo pretende contribuir com a defesa em prol das entidades familiares no que se refere à adoção. No decorrer do estudo foram abordados os seguintes pontos de análise: O Instituto da Adoção: aspectos históricos; A Evolução Legislativa do Instituto da Adoção no Brasil e a A União Estável Homoafetiva no Contexto da Adoção. Para finalizar, verificou-se a preocupação de toda a sociedade, desde momentos históricos passados, com a adoção que com as atuais mudanças, vai de encontro às determinações legais. Não se pode excluir os novos modelos de família, em especial, a família homoafetiva da adoção, deixando-se de privilegiar o amor, o afeto, num país onde 200.000 crianças são excluídas do convívio familiar e que a adoção feita de forma responsável e consciente, merece a garantia e a proteção legal. E que ainda, a dignidade da pessoa humana do adotante e adotado deve superar os ideais arcaicos privilegiando-se a pessoa humana, procurando nas respostas do presente, a reparação para o que seja certo e justo para todos.

Palavras-chave: Aspectos Históricos. Adoção Homoafetiva. Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT

This study aimed to identify some relevant historical aspects of the evolution of the institution of adoption with evidence for the possibility of adopting homoafetiva today in view of equal rights and human dignity. The institution of adoption has been of concern to the societies from ancient times until today to save important source of protection by society and the state. Only with changes in the 1988 Federal Constitution, in Article 226, the plurality upheld family was not determined what type of family should be protected by the state. So with this pluralism was possible to receive the stable homoafetiva as a family also protected by the state. So the discussion about the adoption by these families is currently in heated discussions. And like all family entities should have their equal rights, this study intends to contribute to the defense in favor of family entities in relation to adoption. In the course of the study were discussed the following points of analysis: The Institute of Adoption: The historical aspects of the Institute of Legislative Development Adoption in Brazil and The Stable Homoafetiva Union in the Context of Adoption. For, end there was the concern of all society, from historical moments past, with the adoption and meets the legal requirements and we can not exclude new family models, in particular, the family homoafetiva adoption, leaving focus is love, affection, in a country where 200,000 children are excluded from family life and adoption made in a responsible and conscious, deserves the guarantee and legal protection. And still, the human dignity of the adopter and adopted to overcome the archaic ideals privileging the human person, in looking for answers to this, compensation for what is right and fair for everyone.

Keywords: Historical Aspects. Adoption Homoafetiva. Federal Constitution of 1988.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ADOÇÃO: Visão pretérita e presente e as perspectivas futuras	12
2.1 O Instituto da Adoção	12
2.1.1 Na Antiguidade.....	12
2.1.2 Em Roma	14
2.1.2.1 A Instituição do Pátrio Poder.....	15
2.1.3 Na França.....	16
2.1.4 Na Idade Média	17
2.1.5 No Brasil.....	17
2.1.5.1 Fase do Brasil Imperial.....	17
2.1.6 O Direito da Criança a uma Família	18
2.2 A Evolução Legislativa do Instituto da Adoção no Brasil	20
2.2.1 O Instituto da Adoção no Código Civil de 1916	20
2.2.2 Lei 3.133 de 08 de maio de 1957.....	22
2.2.3 Lei 4.655 de 02 de junho de 1965	23
2.2.4 Lei 6.697 de 10 outubro de 1979	24
2.2.5 A Constituição de 1988 e a Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente	26
2.2.6 A Adoção no Código Civil de 2002.	28
2.2.7 Lei 12.010 de 29 de julho de 2009 (Nova Lei de Adoção)	31
2.3 União estável homoafetiva no contexto da adoção	32
2.3.1 Teoria dos Deveres de Proteção e a Adoção	34
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	37
REFERÊNCIAS	40

1 INTRODUÇÃO

A evolução cultural da sociedade, bem como as conquistas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais vem mostrando que a justiça tem como escopo acompanhar a necessidade da população, pois a dignidade das pessoas humanas prevalece e o Estado Democrático de Direito tem como finalidade colocar no ápice das prioridades o ser humano, o cidadão.

São inúmeros os institutos com a finalidade de propiciar ao cidadão o atendimento às suas necessidades e estabelecer a paz social como é o caso do instituto da adoção que será o objeto deste estudo.

Buscaremos abordar a evolução histórica e legislativa do instituto, passando por alguns aspectos relevantes da história e pelos vários diplomas legais que regulamentaram a Adoção no Brasil, dentre estes, destacando o Estatuto da Criança e do Adolescente, que forma a base principiológica da Adoção nos moldes atuais, tal como busca regulamentar o Código Civil de 2002.

Daremos especial evidência à adoção por casais homoafetivos pelas acirradas discussões relacionadas à união estável reconhecida no início de maio deste ano pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Conforme informações de Savarese (2011), foi reconhecida, por unanimidade pelo STF, as uniões estáveis de casais homoafetivos no país. Os dez ministros presentes entenderam que esses cidadãos brasileiros casais devem desfrutar de direitos semelhantes aos de pares heterossexuais, como pensões, aposentadorias e inclusão em planos de saúde. A decisão pode ainda facilitar a adoção, por exemplo.

Percebe-se que em razão dessa decisão, a adoção homoafetiva poderá se tornar realidade no país, entretanto, acredita-se que muitas discussões ainda vão envolver o tema.

Para o ministro Joaquim Barbosa, citado por Savarese (2011), “o reconhecimento de uniões homoafetivas encontra seu fundamento em todos os dispositivos constitucionais que tratam da dignidade humana”.

Algumas decisões sobre o assunto já tinham sido tomadas por tribunais pelo país, mas esta manifestação do STF foi a primeira e, provavelmente outras decisões poderão ocorrer, tendo em vista a mudança de paradigmas que irão envolver o instituto da adoção.

O tema em estudo tem como relevância seu valor social e acadêmico em razão do instituto da adoção ser tema de inúmeras discussões e controvérsias em todos os segmentos da sociedade e, assim, não poderia deixar de ocupar o ambiente da seara acadêmica do direito de

família que em sua essência procura preservar e proteger os direitos das famílias brasileiras, assim como das crianças e dos adolescentes.

A história tem mostrado sua importância para toda a sociedade que direta ou indiretamente tem o dever de colaborar para que crianças e adolescentes, futuro da nação, tenham uma existência digna e compatível com seu desenvolvimento físico e emocional numa família bem estruturada que os façam felizes.

Quando se retrata o tema adoção homoafetiva, a maior barreira para a adoção por esses casais é, sem dúvida, o preconceito que viola seus direitos de cidadania. Entretanto, percebe-se que a evolução natural dos costumes da sociedade, vem de forma discreta, favorecer cada vez mais a aceitação desse tema polêmico.

O mundo globalizado e a influência dos meios de comunicação indicam que a tendência é, de se levar em consideração os aspectos atinentes à afetividade e aos interesses da criança, de seu direito a uma família que hoje já se insere a família homoafetiva.

Dias (2007, p.53) nesse sentido, enuncia:

É de se louvar a coragem de ousar quando se ultrapassam os tabus que rondam o tema da sexualidade e se rompe o preconceito que se persegue às entidade familiares homoafetivas. Essa nova orientação mostra que o Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o Direito. Não é ignorando certos fatos, deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade que se faz justiça. Condenar a invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação, afastando-se o Estado de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

Num sistema jurídico, como o brasileiro, que adotou o modelo de intensa renovação familiar, é de autorelevância significativo o estudo da paternidade e maternidade socioafetivas. O desempenho da função de pai ou mãe, com a criação de laços afetivos, recíprocos com a criança, e o desempenho das atividades de educação e cuidado, passa a ser visto como suporte fático da filiação, concepção esta que ganhou força após a Constituição Federal de 1988 e regulamentação das relações familiares, com especial atenção aos princípios da liberdade, da igualdade e da efetividade.

O objetivo geral do estudo é identificar alguns aspectos históricos relevantes da evolução do instituto da adoção com evidência para a possibilidade da adoção homoafetiva na atualidade, tendo em vista os direitos iguais e a dignidade da pessoa humana.

E os específicos são: demonstrar a evolução do instituto em estudo com uma breve retrospectiva de seu passado histórico, inclusive no Brasil; identificar alguns pontos

convergentes para a evolução legislativa do instituto de adoção no Brasil, com ênfase para a Constituição Federal de 1998 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e analisar a possibilidade de adoção por casais em união homoafetiva.

Este é um tema que, embora já venha sendo discutido há centenas de anos, a cada época, se reveste de novas questões como o caso da adoção por casal homoafetivo, após o recente reconhecimento da União Estável desses cidadãos brasileiros, sujeitos de direito que estiveram tantos anos excluídos da igualdade que deve existir entre os indivíduos que participam de um Estado Democrático de Direito.

Pretende-se contribuir com este estudo para continuar a despertar o interesse de acadêmicos de direito, especialmente, na área do Direito de Família para que venham também a discuti-lo posteriormente e acrescentar às discussões outros conhecimentos mais atualizados.

2 ADOÇÃO: Visão pretérita e presente e as perspectivas futuras

2.1 O Instituto da Adoção

O tema "adoção" vem sendo abordado e discutido historicamente por envolver a família, berço de formação do indivíduo e por isso, protegida pelo Estado.

O Instituto da Adoção é previsto legalmente, no Brasil, desde a Constituição de 1916, e é bem mais simples do que parece e bem menos burocrático do que se imagina (CHAVES, 1994).

2.1.1 Na Antiguidade

Descoberto em 1901 pela expedição francesa de J. de Morgam, o Código de Hammurabi, do período de 1728 a 1686 a.C., já ditava as regras relativas à adoção na Babilônia. O Instituto da Adoção teve também grande expressão na antiguidade, nos chamados códigos orientais dos povos asiáticos: Código de Urnamu (2.050 a.C), Código de Eshnunna (séc. XIX a.C.), e no Código de Hamurabi (1.728 a.C), com textos bastante significativos sobre o instituto, contidos em oito dispositivos (185 a 193). Em Atenas, surgiram regras precisas sobre os requisitos e formalidades do instituto, num sistema de inspiração religiosa, dirigido à finalidade de assegurar a perpetuidade do culto doméstico e evitar a extremada desgraça da extinção da família.

Alguns autores como Coulanges (1961) afirma que não se sabe ao certo sobre as origens históricas da adoção. O instituto remonta às civilizações primitivas e a épocas muito remotas com poucos documentos que permitem analisar com segurança seus requisitos, efeitos e formalidades exigidas.

Entretanto, segundo Kauss (2000), há relatos de que na mais remota antiguidade surgiram as primeiras formas do Instituto da Adoção, que perdura no transcurso dos séculos, se mantendo e se reafirmando nos tempos atuais de tão acentuadas desigualdades sociais e econômicas. A adoção foi conhecida nas antigas civilizações como o Egito, a Babilônia, a Caldeia e a Palestina. Passagens bíblicas relatam casos de adoção de *Moisés* pela filha do *Faraó* e de *Ester*, que foi filha adotiva conforme se extrai do velho testamento.

Mencionam-se, em poemas homéricos, entre os séculos XI e XII, antes de era moderna, alguns casos de adoção. Assim, no Canto IX da *Ilíada*, o ancião ginete *Félix*, chefe

da embaixada de *Aquileu*, recorda ao filho de *Peleu* e descendente de *Zeus*, que quando abandonado pelo pai, o tomou a seu cuidado (COULANGES, 1961).

Constata-se através de estudos feitos que as raízes mais profundas da adoção estão na Índia. Persas, árabes e egípcios receberam dos hindus, com as crenças religiosas, as práticas e costumes da adoção, devido à necessidade de deixar um filho para que, com suas orações, sacrifícios e flagelações, pudesse abrir as portas do céu a seus ascendentes. Se nenhum dos dois - esposo e esposa - podiam ter descendentes, dois caminhos se abriam, para assegurar-se uma morte tranquila e posterior felicidade: a adoção ou a vida cenobítica (vida em comunidade).

Chaves (1994, p.47-48) salienta que,

quanto aos códigos antigos que retratavam os Instituto da Adoção, o Código de Hamurabi (1728-1686 a.C) possuía dispositivos muito avançados para a época tão remota, com princípios de justiça elementar, estabelecimento de prestações recíprocas e iguais entre adotante e adotado. Entendiam que era a criação que fazia surgir o vínculo da indissolubilidade da relação de adoção. Tinha como questão jurídica importante, identificar as situações em que o adotado deveria, ou não, retornar à casa paterna.

Transcreve-se a seguir alguns artigos do referido Código para entender melhor o sentido do instituto,

- a) art. 185. Se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, este adotado não poderá mais ser reclamado.
- b) art. 186. Se alguém adota como filho um menino e depois que o adotou ele se revolta contra seu pai adotivo e sua mãe, este adotado deverá voltar à sua casa paterna.
- c) art. 187. O filho (adotado) de um camareiro a serviço da Corte ou de uma sacerdotisa-meretriz não pode ser mais reclamado.
- d) art. 188. Se o membro de uma corporação operária (operário) toma para criar um menino e lhe ensina o seu ofício, este não pode mais ser reclamado.
- e) art. 189. Se não ensinou a ele o seu ofício, o adotado pode voltar à sua casa paterna.
- f) art. 190. Se alguém não considera entre seus filhos um menino que tomou e criou como filho, o adotado pode voltar à sua casa paterna.
- g) art. 191. Se alguém que tomou e criou um menino como seu filho, põe sua casa e tem filhos e quer renegar o adotado, o filho adotivo não deve retirar-se de mãos vazias. O pai adotivo deverá dar-lhe de seus bens um terço da sua quota de filho e então deverá afastar-se. Do campo, do pomar e da casa ele não deverá dar-lhe nada.
- h) art. 192. Se o filho (adotado) de um camareiro ou de uma sacerdotisa-meretriz disser a seu pai adotivo ou a sua mãe adotiva: 'tu não és meu pai ou minha mãe', dever-se-á cortar-lhe a língua.

- i) art. 193. Se o filho (adotivo) de um camareiro ou de uma sacerdotisa-meretriz aspira voltar à casa paterna, se afasta do pai adotivo e da mãe adotiva e volta à sua casa paterna, se lhe deverão arrancar os olhos.
- j) art. 194. Se alguém dá seu filho a ama-de-leite e o filho morre nas mãos dela, mas a ama sem ciência do pai e da mãe aleita um outro menino, dever-se-á convencê-la de que ela sem ciência do pai e da mãe aleitou um outro menino e cortar-lhe o seio.
- l) art. 195. Se um filho espanca seu pai se lhe deverão decepar as mãos (CHAVES (1994, p. 50).

Em algumas regiões tais como, no Egito, na Palestina, na Caldeia e na Índia a adoção também era conhecida, mas há poucos documentos históricos que relatam sobre o instituto, e por isso, não oferece credibilidade nos fatos alegados sobre esses lugares.

As Leis de Manu declaravam que aquele a quem a natureza não deu filhos, podia adotar um para que as cerimônias fúnebres não cessassem. Para evitar a extinção da família e perpetuar o culto doméstico, em Atenas, o instituto da Adoção encontrava regras mais precisas para sua regulamentação.

Constata-se que existe um número significativo de estudos e pesquisas realizados sobre o tema adoção, comprovando, sua importância sobretudo para a sociedade.

2.1.2 Em Roma

Em Roma o instituto da adoção ganhou importância por ter sido um império onde era necessária a continuidade de perpetuar a dinastia dos imperadores.

A História mostra que um grande número de filhos adotivos, através da *ad-rogiatio*, tornaram-se imperadores em Roma: Scipião Emiliano, César Otaviano, Calígola, Tibério, Nero, Justiniano. No fim da República, Cláudio, para chegar ao tribunato, fez-se adotar por um plebeu, e Galba adotou Pison, homem do povo, para que ele continuasse as tradições de seu governo (COULANGES, 1961).

Com crédito nas palavras de Chaves (1994) afirma-se que a fim de continuar a “sacra privada”, ou por motivos políticos, para assegurar sucessor ao príncipe; para transformar plebeus em patrícios; para atribuir o “*jus civitatis*” a um latino, era relevante a adoção entre os romanos, pois servia, entre outras coisas, para dar herdeiro a quem não os tinha, por motivos de família. Constituíam-se da adoção propriamente chamada de “*adoptio*”, que entre os romanos é o ato pelo qual o “*allieni juris*”, homem ou mulher, sai da família de origem para colocar-se sob outra “*patria potestas*”, ou seja, da família do adotante.

A *adoptio* ou adoção, em sentido estrito, ou propriamente dita do direito romano, é a que mais se assemelha à concepção moderna do instituto. Esse tipo de adoção possuía os

seguintes requisitos em relação à pessoa do adotante: deveria este último ser *sui iuris* (homem), ser mais velho ao menos dezoito anos que o adotado, e não possuir filhos legítimos ou adotados (CHAVES, 1994).

Em Roma, à época de Justiniano, havia duas espécies de *adoptio*: 1. A plena; e 2. A *minus plena*. A primeira tinha a finalidade de conceder pátrio poder a quem não o tinha, porém somente entre membros da mesma família natural ou de sangue. A *adoptio minus plena*, em contrapartida, se caracterizava por manter os laços de parentesco do adotivo com sua família natural, ficando sob o pátrio poder de seu pai de sangue. Neste caso, na eventualidade de o adotante falecer sem testamento (*ab intestato*), o filho adotivo concorria à sucessão. Praticada entre pessoas estranhas, este tipo de adoção exigia a presença do magistrado para concretizá-la (MARCILIO, 2001).

Os relatos dos autores demonstram que no direito de família atual, o instituto da adoção muito se assemelha com as concepções adotadas no direito romano.

2.1.2.1 A Instituição do Pátrio Poder

Foi instituído o pátrio poder para que a criança tivesse um responsável por ela, pois no início da infância, é ainda um ser indefeso precisando de amparo e proteção para que se desenvolva feliz e sadiamente.

Este instituto foi perfeitamente organizado em Roma. Primitivamente, no direito romano, a *pátria potestas* visava tão-somente o exclusivo interesse do chefe de família. Nos primeiros tempos, os poderes que se enfeixavam na autoridade do pai, tanto os de ordem pessoal como os de ordem patrimonial, se caracterizavam pela sua larga extensão.

Ariès (2003, p. 98) faz sua consideração sobre o sentido da filiação na era romana:

No terreno pessoal, o pai dispunha originariamente do enérgico *fus vitae et necis*, o direito de expor o filho ou de matá-lo, o de transferi-lo a outrem *in causa Mancipi* e o de entregá-lo com indenização *noxae deditio*. No terreno patrimonial, o filho, como o escravo, nada possuía de próprio. Tudo era adquirido para o pai, com exceção das dívidas. Com o passar do tempo, restringiram-se os poderes outorgados ao chefe de família. Assim, sob o aspecto pessoal, reduziu-se o absolutismo opressivo dos pais a simples direito de correção. Ao tempo de Justiniano, o *fus vitae et necis*, o direito de expor e o *fus noxae dandi* não passavam de meras recordações históricas. Foram complexas as causas desse declínio: o desaparecimento do culto dos antepassados, o aniquilamento de certas crenças supersticiosas, o desgaste da influência religiosa, além da extensão e difusão de um sentimento mais efetivo de simpatia em favor dos filhos, assim arredados da ação despótica dos pais.

Em linha análoga de raciocínio, Monteiro (2001, p. 68) afirma que “outro, o pátrio poder representava uma tirania, a tirania do pai sobre o filho, hoje, é uma servidão do pai para tutelar o filho”.

A criança representa para família sua continuidade e por isso, precisa ser respeitada e protegida. Aquele que detém o pátrio poder tem também deveres para com a criança.

As relações da criança com o meio, se forem positivas, no ambiente de afetividade, carinho e atenção lhe proporcionarão um bom desenvolvimento e socialização. Assim, qualquer criança tem necessidade e precisa da oportunidade de ter uma família.

2.1.3 Na França

A França, há centenas de anos, também tem em sua legislação o instituto da adoção com mudanças que foram se afirmando com o passar do tempo, mas no passado havia restrições para essa prática.

Essas restrições para a adoção na França consistia em permitir que somente a um varão era possível adotar, porém não podia possuir outros filhos, pois com a transferência de sua herança a um donatário ou herdeiro, lhe conferia as mesmas vantagens de filho legítimo. Tinha por forma um cerimonial complexo com a participação da assembleia do povo (PEREIRA, 2003).

Nos idos séculos XVI e XVII, na França, só se podia adotar uma criança como filho de criação sem direito à sucessão. Juristas, literatos e religiosos – católicos e protestantes – insistiam que a adoção não foi praticada no período. Em seus escritos, os autores argumentavam que adoção não condizia com a lei da natureza, considerando-a até anticristã, uma vez que os indivíduos podiam desvirtuar suas características originais – dar filhos a pessoas estéreis – e tentar introduzir no seio da família legalizada crianças oriundas de relações extra-conjugais. Por sua vez, foi destacado que as próprias famílias tinham razões próprias para não adotar (GAGER, 1961 *apud* COSTA, 1965).

Sabe-se que foi uma época em que prevaleciam os ideais religiosos e o catolicismo foi a religião que dominou a Europa durante séculos.

Como na era medieval, a esterilidade estava relacionada à bruxaria e ao castigo, era difícil a adoção em famílias onde a mulher era estéril, havia o receio de admitir esta condição perante a sociedade da época, e além do mais, havia também as questões relativas à herança e a permanência do patrimônio no círculo sanguíneo, que representavam mais um obstáculo

familiar à adoção, uma vez que os pressupostos de pureza e integridade das linhagens sanguíneas desencorajavam a incorporação de um membro estranho a essa linhagem.

2.1.4 Na Idade Média

A Idade Média foi a época de grandes conflitos com muitas perdas humanas. As guerras empreendidas durante a civilização e organização da sociedade germana admitiam a adoção com objetivo de aumentar o número de guerreiros e dar continuidade às lutas empreendidas pelos pais e famílias dos adotados, tendo como efeito, conferir ao adotado o nome, as armas e o poder público do adotante (ARIÈS, 2003).

Ariès (2003) descreve ainda que no período medieval, as crianças eram, em sua maioria, aprendizes de tarefas domésticas e tinham por função servir aos adultos. A prática corrente era de se entregar as crianças para outras famílias a fim de serem educadas em algum ofício. Os mestres transmitiam aos filhos de outras famílias o conhecimento do trabalho e seus valores. Nessas condições, a criança, desde muito cedo, escapava a sua própria família, mesmo que voltasse a ela mais tarde, depois de adulta, o que nem sempre acontecia. Era uma época em que as relações afetuosas e com sentimentos mais profundos entre pais e filhos, não ocorriam, porque não havia tempo para isto. A adoção não se acomodava aos costumes e às instituições dessa época, caindo em desuso, por ser considerada contrária aos direitos eventuais dos senhores sobre os feudos.

2.1.5 No Brasil

2.1.5.1 Fase do Brasil Imperial

Durante a fase do Brasil Colonial, a sociedade luso-brasileira, (fins do século XVIII e início do XIX) preocupou-se com a ausência de prole vista como um dos principais incentivos à adoção. No ano de 1789, por exemplo, membros do Tribunal do Desembargo do Paço de Lisboa – órgão responsável pela análise dos pedidos de adoção provenientes de todo o Império Português – sintetizavam a opinião de juristas e legisladores portugueses do período ao argumentarem que as adoções haviam sido introduzidas pelo Direito Civil dos Romanos para a consolação dos que não tinham filhos. Justificativa que os próprios interessados em adotar acabavam incorporando em seus requerimentos, conforme observado na época (MARCILIO, 2001).

Por força da Lei 20/10/1823, (Lei Imperial) vigorava no Brasil as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções, promulgadas pelos reis de Portugal, tendo em vista as determinações da metrópole, com as alterações impostas pela organização social nova, de acordo com as necessidades do lugar. Nesta época, a adoção não estava regulamentada completamente. Para Lisboa (1996, p.96), “tomou o nome de perfilhamento, sob o qual compreendia não só a adoção propriamente dita, ‘*adoptio*’, como a ‘*adrogatio*’ do Direito Romano”. A adoção passou a ser a instituição do Direito Civil Pátrio com a vigência do Direito Português (SODRÉ, 2004).

Do Brasil imperial até a atualidade, tem sido significativa a evolução das leis para acompanhar as necessidades socioculturais relativas à adoção.

2.1.6 O Direito da Criança a uma Família

Dentre várias instituições estabelecidas, a família é aquela que desperta maior interesse para o Estado e reveste-se de importante significado devido ser a base para a formação e organização da sociedade.

Ao nascer, todo homem torna-se membro integrante de uma entidade natural, o organismo familiar. Conserva-se ligado a ela durante a sua existência, embora venha a constituir nova família pelo casamento e união estável. As múltiplas relações se entrelaçam, estabelecendo entre os componentes da instituição familiar um complexo de disposições pessoais e patrimoniais que formam o objeto do direito de família (CARVALHO, 2009).

O filósofo romano Cícero apelidou a família de *seminarium reipublicae*. Efetivamente, onde a família e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se revelou frágil, aí começou a decadência geral e assim, dentro desse mesmo conceito, a encíclica *Casti Connubii*, do Papa Pio XI, afirma que a salvação do Estado e a prosperidade da vida temporal dos cidadãos não podem permanecer em segurança onde quer que vacile a base sobre a qual se apoiam e de onde procede a sociedade, isto é, o casamento e a família (MONTEIRO, 2001).

O casamento é um contrato, vinculado a normas de ordem pública, que tem por fim criar a família legítima. Precedem o casamento várias formalidades, efetuadas no processo de habilitação de casamento, em que se dá publicidade ao ato e se verificam a existência de eventuais impedimentos (art. 180 CC).

“Quando o homem e a mulher se unem através de uma relação sexual observamos três estados: o biológico, resultante do instinto genesíaco; b) o psicológico, que é a afetividade entre os dois seres e; c) o jurídico ou legal, que decorre dos direitos e deveres nascidos da união estável, concebida e aceita. Não se entende que a mulher vá para a cama com um homem objetivando, única e exclusivamente, a produção independente” (FUHER, 2001, apud WALD, 2005, p.213).

Há uma ciência que não se pode desprezar e que conjuga todos os aspectos que defluem dessa união, seja pelo casamento ou pelo concubinato, fatores psicológicos que refletem nos dois seres e também na sociedade, por consequência no Estado. A doutrina moderna do Direito de Família tende a disciplinar o casamento e a união estável como negócio jurídico contratual. Ainda que vingue este pensamento não podemos esquecer que no seu conteúdo é a família uma instituição do Estado (SIQUEIRA, 1992).

Através dos tempos, a noção de família tem variado e, numa mesma época, a palavra tem sido usada em acepções diversas. No direito romano, significava não apenas o grupo de pessoas ligadas pelo sangue ou por estarem sujeitas a uma mesma autoridade como também se confundia com o patrimônio nas expressões *actio familiae erciscundae*, *agnatus proximus familiam habeto* e outras para conceituar e definir o termo em estudo.

Conhecemos, atualmente ao lado da família em sentido amplo, um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, ou seja, os descendentes de um tronco comum, a família em sentido estrito, abrangendo o casal e seus filhos legítimos, legitimados ou adotivos. O próprio CC utiliza a palavra família, ora num sentido, ora no outro. E a vigência do § 4º do art. 226 da Constituição Federal dispõe: “entende-se também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (DINIZ, 2007, p. 132).

Há autores, segundo Carvalho (2009), que incluem no grupo familiar os domésticos que vivem no lar conjugal onde prestam seus serviços aos demais membros que constituem a família.

É no seio dessa instituição que se originam e se desenvolvem hábitos, inclinações e sentimentos que decidirão um dia a sorte do indivíduo que irá viver e conviver com outras pessoas em sua comunidade.

Para Knobel (2000), no colo da mãe forma-se o que há de maior e de mais útil ao mundo, um homem criado com amor e carinho. Basta que se lance, porém, rápido olhar sobre a sociedade contemporânea para que se tenha imediatamente nítida impressão da crise que assoberba a família. No debilitamento das nossas forças morais percebe-se que a causa desse fato evidente, tem suas raízes na falta de comprometimento dos pais.

Esclarece a autora sobre a importância da família na formação do indivíduo. É nesse grupo familiar que as pessoas interagem e cada um aprende a desempenhar seu papel que irá influenciar o futuro das relações com outras pessoas.

Anote-se ainda que Wald (2005) diz claramente que a família é constituída de todos os descendentes de um antepassado comum, entretanto o casal e seus filhos constituem a família em sentido estrito.

Embora a visão moderna de família a conceitue de forma mais abrangente, o que, na verdade predomina é mesmo o casal e seus filhos, sem haver, no entanto, nos dias atuais, diferenciação entre filhos legítimos, legitimados ou adotivos.

A família em sentido *lato* vai se dissolvendo e perdendo seu significado, passando a ter especial proteção da lei, a família em sentido restrito, direito esse, garantido pela Constituição, art. 226, constituindo para muitos autores não apenas um sujeito de direito, mas uma pessoa jurídica com direitos próprios e constituídos. É considerada como uma família legítima aquela fundada pelo casamento compondo-se do pai, da mãe e de seus filhos. Aqueles nascidos na constância do casamento são legítimos, e aqueles nascidos antes se legitimam após o mesmo. E a situação se equipara à dos legítimos (CARVALHO, 2009).

A sociedade conjugal, composta pelo marido e pela mulher, constitui o núcleo básico da família, caracterizando-se pela convivência social e física e pela solidariedade econômica (WALD, 2005).

A família exerce o papel primordial na vida física, emocional e psíquica da criança e toda criança tem esse direito para ser acolhida e desenvolver-se com segurança. Porém, os conceitos tradicionais de família composta por homem e mulher estão mudando e a sociedade, aos poucos, vem percebendo que o amor é mais importante do que qualquer opinião individual, preconceituosa que exclui inúmeros segmentos sociais.

2.2 A Evolução Legislativa do Instituto da Adoção no Brasil

2.2.1 O Instituto da Adoção no Código Civil de 1916

A forma de adoção no Código Civil de 1916 foi muito criticada pelas suas restrições, como, por exemplo, o parentesco do adotado ser apenas com os pais adotivos. Assim, era a previsão do art. 336 que preconizava ser o parentesco resultante da adoção meramente civil, sendo limitado, por força do art. 376, apenas entre adotante e adotado (BRASIL, 1916).

Analisando essa orientação, pode-se dizer que havia discriminação e preconceito entre filhos legítimos e filhos adotados que acabou por gerar mudanças no Código Civil de 2002, como será mostrado em unidade posterior. No vigor do Código Civil de 1916, a adoção era realizada através de escritura pública, da qual não se admitia condição ou termo (art. 375), sendo esta da substância do ato, conforme o art. 134, I, do mesmo código. Não havia a intervenção judicial no ato da Adoção, efetivando-se esta, presentes os requisitos, apenas com a averbação da escritura da Adoção no Registro Civil, salvo quanto aos impedimentos matrimônios absolutos estabelecidos pelo art. 183, incisos II e V que impedia o matrimônio entre: a-III – o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante; b-V – o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva.

Inicialmente, o art. 377 estabelecia que a adoção produziria seus efeitos ainda que o adotante viesse a ter filhos, a não ser que já houvessem sido concebidos no momento da adoção e, finalmente, determinava o art. 378 que os direitos e deveres oriundos do parentesco natural não se extinguiriam pela Adoção, com exceção do pátrio poder, que era transferido para o pai adotivo (BRASIL, 1916).

Como visto, eram inúmeras as restrições que o instituto da adoção sofria no Código Civil de 1916, as quais foram muito criticadas por juristas da época.

Ao ser instituído o Código Civil de 1916, a adoção tinha sentido diferenciado do atual, sendo a única forma de adoção, de natureza negocial que visava principalmente a pessoa dos adotantes, relegando para segundo plano os interesses do adotado, ao contrário do aspecto moderno visado pelo instituto, que busca atender necessariamente à pessoa destes. Seus modelos estavam embasados no passado com uma instituição destinada a dar filhos àqueles que não tinham e não podiam ter.

Os estudos explicam que regulavam a matéria nos artigos 368 a 378 e a forma de adoção tinha certas peculiaridades que não mais são admitidas na concepção moderna sobre o instituto.

Permitia-se a adoção somente para pessoas que não possuísem prole legítima ou legitimada (art. 368). Assim, quem não tivesse filhos, mas tivesse netos legítimos ou legitimados também não poderia adotar. Só era permitida a adoção por duas pessoas, caso fossem marido e mulher. Não se permitia a adoção por homem e mulher se não fossem vinculados pelo matrimônio, nem tampouco por casais do mesmo sexo. Quanto a tutela ou curatela, só era possível a adoção depois de prestadas as contas da administração, como salientava o art. 371(BRASIL, 1916).

Este era o Código de uma época de discriminação por não considerar apto para ser pai ou mãe pessoas que não atendessem às determinações legais e religiosas como homens e mulheres que viviam como companheiros e também casais homoafetivos, além de pessoas solteiras. Para a legislação, esses brasileiros eram ‘incapazes’ e não podiam assumir a paternidade e a maternidade. Tudo isso, fruto de uma sociedade excludente e preconceituosa.

Determinava o mesmo Código que era imprescindível o consentimento de pessoa, na primitiva redação do art. 372, debaixo de cuja guarda estiver o adotando menor, ou interdito. Se fosse menor ou interdito, o adotando poderia desligar-se da Adoção no ano imediato ao que cessasse a interdição, ou a menoridade, de acordo com o art. 373. Esse era o caráter revogável da Adoção estabelecida pelo Código Civil de 1916. Este caráter revogável da Adoção previsto no Código Civil ainda era visto nos incisos do art. 374, onde se descrevia duas outras formas de dissolução do vínculo da adoção: a-I – quando as duas partes convierem; b-II – quando o adotado cometer ingratidão, contra o adotante.

Assim, também o inciso II, na sua redação primitiva, considerava como forma de dissolução do vínculo, a “ingratidão”, mas não definia o que se devia considerar por “ingratidão”. Segundo alguns juristas, o conceito de “ingratidão” do inciso II, da redação original do art. 374, era remetido, por analogia, ao art. 1.183 do mesmo Código, que preconizava casos de ingratidão para com o doador, como atentado contra a vida, ofensa física, injúria grave, calúnia e recusa à prestação de alimentos (BRASIL, 1916).

2.2.2 Lei 3.133 de 08 de maio de 1957.

Com a necessidade de mudanças no instituto da adoção, entrou em vigor em maio de 1957 a Lei 3.133, que determinou algumas alterações no texto do Código de 1916 complementando as lacunas que lá se encontravam.

Já em seu art. 1º previa que os artigos 368, 369 372, 374 e 377 do Capítulo V - Da Adoção - do Código Civil de 1916, passariam a ter uma redação diferenciada (BRASIL, 1957).

Um importante avanço foi diminuir a idade da adoção de 50 para 30 anos, o que preconizava o artigo 368 da referida lei.

Esta lei é considerada a primeira importante modificação no instituto, trazendo transformações tão profundas à matéria que se pode afirmar, sem receio de exagero, que o próprio conceito de adoção ficou, de certo modo, alterado (RODRIGUES, 2002).

Assevera o mesmo autor que a Lei 3.133/57 passou a considerar a adoção sob um novo aspecto, com uma finalidade assistencial, como meio de melhorar a condição do adotado, ao contrário da legislação do início do século, onde o instituto da Adoção tinha por escopo, atender ao interesse do adotante em suprir a falta de filhos.

Algumas alterações se destacam: a) a idade mínima para a adoção de 50 anos para 30 anos (art. 368); b) a necessidade de se aguardar o prazo mínimo de cinco anos de casamento, quando duas pessoas pretendessem adotar conjuntamente. O dispositivo era interessante, pois permitia a Adoção a uma pessoa que atingisse a idade mínima de 30 anos enquanto que, caso essa mesma pessoa fosse casada, deveria aguardar mais cinco anos de casamento, podendo adotar somente quando atingisse 35 anos, no caso; c) reduziu-se a idade entre adotante e adotando de 18 anos para 16 anos (art. 369) (RODRIGUES, 2002).

O art. 372 passou a incluir o consentimento do adotado como requisito para adoção, além do consentimento de seu representante legal, caso não fosse incapaz ou nascituro. Daí, a previsão do Código sobre a possibilidade de Adoção do nascituro, questão não mais tratada na legislação brasileira superveniente.

No inciso II, do art. 374, a redação passou a ser mais apropriada, excluindo-se o termo “ingratidão” como forma de dissolução do vínculo da Adoção, que passou a ter como hipótese os casos em que era admitida a deserção (BRASIL, 1957).

Já no art. 377, em consonância com o art. 368, tornou-se evidente a possibilidade de Adoção por pessoas que possuíssem prole legítima, legitimada ou reconhecida, contudo, resguardava que a Adoção não envolveria o direito à sucessão hereditária. Até então, a Adoção só era permitida por quem não tivesse prole (RODRIGUES, 2002).

2.2.3 Lei 4.655 de 02 de junho de 1965

Considerando que a sociedade não para de sofrer mudanças e está em constante evolução, mesmo tendo a Lei 3.133/57 introduzido significativas modificações no instituto da adoção como foi visto, estas não foram suficientes para atender aos desejos e anseios da sociedade que percebeu a pouca praticidade para integrar o adotando na família adotiva.

Para cumprir sua finalidade entrou em vigor em 02 de junho de 1965, a Lei 4.655, que instituiu a “Legitimação Adotiva”, que apresentou importante avanço para o instituto da Adoção no Brasil, atendendo assim, os desejos para aquele momento social.

No entanto, segundo Gomes (2006), inúmeras críticas cercaram a expressão “Legitimação Adotiva”, pois tanto o termo “legitimação” quanto “adoção” tinha conceitos próprios e a junção das mesmas poderia trazer dúvidas.

Para o autor, legitimação adotiva é diferente de legitimação, que é o instituto jurídico que permitia conduzir para o seio da família legítima, baseada num casamento tardio, um filho natural procriado antes do matrimônio; bem como a adoção tinha características e efeitos diversos do que se buscava introduzir com a Legitimação Adotiva. A referida lei permitia a legitimação do infante exposto, cujos pais fossem desconhecidos ou houvessem declarado por escrito que podia ser dado, bem como do menor abandonado, propriamente dito, até sete anos de idade, cujos pais tivessem sido destituídos do pátrio poder; do órfão da mesma idade, não reclamado por qualquer parente por mais de um ano; e, ainda, do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitada de prover a sua criação. Também permitia a lei, a legitimação adotiva, em favor do menor, com mais de sete anos, quando à época em que houvesse completado essa idade, já se achasse sob a guarda dos legitimantes, mesmo que estes não preenchessem, então, as condições exigidas (GOMES, 2006).

Entende-se que a lei permitiu que o legitimado adotivo fosse integrado à família dos pais adotivos em caráter irrevogável e, ainda que aos adotantes viessem a ter filhos legítimos, estariam estes equiparados em direitos e deveres aos legitimados adotivos, salvo no caso de sucessão hereditária, quando concorressem com filhos legítimos.

Os doutrinadores, que abordaram o tema, consideraram a criação da Lei 4.655/65 muito importante na evolução do instituto da Adoção no Brasil, até a sua revogação expressa pelo Código do Menor de 1979, o qual refundindo as disposições desta lei em seus artigos, continuou a buscar a solução do problema do menor abandonado, com uma nova visão que o instituto da Adoção tomava, ao contrário dos objetivos estabelecidos no Código Civil do início do século, que visava principalmente o interesse do adotante e não do adotado como deveria ser.

2.2.4 Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979

Na evolução das leis, que privilegiaram o instituto da adoção, outra veio para substituir a Lei 4.655/65, conhecida como o Código de Menores. Foi a Lei 6.697/79 que por força de seu art. 123, expressamente revogou a Lei 4.655/65 que dispunha sobre a Legitimação Adotiva (BRASIL, 1979).

Com o Código Civil de 2002, mantiveram-se íntegros os dispositivos do Código Civil de 1916 relativos à “Adoção Tradicional”, nele regulamentada; o Código de Menores reservou a “Adoção Simples” ao menor em situação irregular, dependente de autorização judicial e, ainda, alterou a denominação da “Legitimação Adotiva”, que passou a ser tratada como “Adoção Plena”. Assim, o instituto da Adoção passou a apresentar as seguintes formas: Adoção Tradicional ou Civil do Código Civil e alterações introduzidas com a Lei 3.133/57; Adoção Simples (art. 20; 27; 28; 82; 83, III; 96, I; 107-109, da Lei 6.697/79); Adoção Plena (art. 29-37 e 107-109 da Lei 6.697/79) (CHAVES, 1994).

Chaves (1994, p.306) definiu a adoção simples da seguinte maneira:

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

Assim estava expresso no Art. 2º: Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

- I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
 - a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
 - b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
- II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
- III - em perigo moral, devido a:
 - a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
 - b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
- IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
- V - com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
- VI - autor de infração penal (BRASIL, 1979, p.4).

A Legitimação Adotiva foi substituída pela “Adoção Plena” e assim, melhorou a condição do adotando. A expressão era mais apropriada, pois exprimia a idéia da finalidade mais ampla do instituto, da vinculação mais forte e duradoura do que a efetivada pela Adoção Tradicional e pela Adoção Simples, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, (Lei

8069/90) art. 41 e o art. 227, §§ 5º da Constituição Federal de 1988 e, adoção plena é a espécie pela qual o menor adotado passa a ser, irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho legítimo dos adotantes, desligando-se de qualquer vínculo com os pais de sangue e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. E na atualidade, a adoção é plena e não mais nos moldes da adoção tradicional (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990).

2.2.5 A Constituição de 1988 e a Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente

Inspirada nos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 deu atenção significativa ao instituto da adoção, exemplo no art. 227, em seu § 6º que dispõe: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

Deixou de contemplar as formas de adoção até então vigentes (civil, simples e plena), equiparando em direitos e qualificações a condição de filho, fossem ou não oriundos de relação de casamento ou por Adoção, não mais se justificaria a coexistência das três formas de Adoção até então vigentes (civil, simples e plena), pois estas apresentavam efeitos diversos em relação à condição dos adotados.

Percebe-se que as antigas formas de adoção sugeriam discriminação em relação aos filhos adotivos que não possuíam os mesmos direitos que os filhos legítimos.

Conforme Carvalho (2009), enquanto o adotado plenamente estaria legalmente equiparado aos filhos de sangue (legítimos, legitimados e naturais reconhecidos), com os mesmos direitos e deveres, os adotados, em consonância com as regras que disciplinam a adoção civil e simples, seriam considerados filhos de segunda categoria. A princípio, seria do entendimento de que estariam assim revogados os dispositivos no Código Civil relativos à Adoção, bem como no Código do Menor, em relação às disposições sobre a Adoção Simples.

Com relação aos maiores de 18 anos, no entanto, continuavam os mesmos dispositivos da adoção Civil do Código de 1916.

No ano de 1990, em 13 de julho, criou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei 8.069 que veio a revogar integralmente o Código do Menor de 1979.

Diante da criação do Estatuto da Criança e do Adolescente e os novos princípios que a Constituição Federal trazia para o campo do Direito de Família, restava saber se ainda continuariam em vigor as disposições sobre Adoção existentes no Código Civil.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 6.º, ao cuidar dos direitos sociais, faz referência à maternidade e à infância como direitos fundamentais de uma pessoa em desenvolvimento. Porém, é no art. 227, parágrafos 5.º e 6.º, que os princípios basilares assecuratórios à criança e ao adolescente, no que tange a adoção, são especificados (BRASIL, 1988).

Conforme Venosa (2006), tais princípios referem-se, entre outros, à fiscalização pelo Poder Público das condições para a efetivação da colocação da criança ou adolescente em família substituta na modalidade da adoção, objetivando, por conseguinte, entre outros, evitar o tráfico de infanto-juvenis. Além disso, o legislador constitucional, em consonância com a tendência universal, proíbe expressamente quaisquer espécies de discriminações face à filiação adotiva, no que diz respeito aos direitos alimentícios, sucessórios, ao nome, etc., salvo os impedimentos matrimoniais.

Verifica-se que durante o período em que vigorou o Código do Menor, o instituto da Adoção, podia ser dividido em três modalidades: Adoção Plena, Adoção Simples e a Adoção Civil ou Tradicional. Sendo as duas primeiras reguladas pelo referido Código do Menor e esta última no Código Civil de 1916. A Adoção Plena, que exigia maiores requisitos, inseria integralmente o adotado na nova família como se fosse filho biológico, ao contrário das demais formas de Adoção, com efeitos limitados, como já comentado(s) anteriormente.

Chegou-se à conclusão de que não se podia mais conceber a coexistência de algumas modalidades de adoção de efeitos limitados, como ocorreu em leis anteriores, sobretudo em relação à criança e ao adolescente. Diante desse impasse, a Constituição Federal de 1988 trouxe novas disposições, quanto à filiação (LISBOA, 1996).

Foi estabelecido na nova Constituição de 1988 que fosse assistida pelo Poder Público a adoção, na forma da lei, a qual estabeleceria casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros, não se podendo mais admitir a plena liberdade quanto à Adoção por escritura pública permitida pelo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1988).

Tornou-se imprescindível, então, uma nova legislação infraconstitucional que coadunasse com os princípios constitucionais e efetivasse os anseios sentidos pela sociedade em face do instituto da Adoção.

Neste diapasão, promulgou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente que já em seu art. 1º estabeleceu sua função primordial de proteção integral à criança e ao adolescente, considerando, para os efeitos legais, criança, a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente, aquela entre 12 e 18 anos de idade (art. 2º) (BRASIL, 1988).

A Adoção no Estatuto é disposta entre os art. 39 a 52 sendo somente permitida ao adotando de, no máximo 18 anos de idade, à data do pedido, salvo se já se encontrasse sob a guarda ou tutela dos adotantes (art. 40) (BRASIL, 1990).

Em comentário ao novo estatuto, Lisboa (1996) informa que a formalização para a adoção pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é necessário o processo judicial, sendo competente o juízo da Vara da Infância e Juventude, independente da situação jurídica do menor (se abandonado ou em situação regular - art. 148, inc. III do Estatuto da Criança e do Adolescente). Referida Vara Especializada também é competente para conhecer dos procedimentos, visando à tutela ou guarda (arts. 28, 33 e 36 do Estatuto da Criança e do Adolescente), entretanto quanto à tutela e à guarda tal competência só se justifica nos casos de violação, ou mesmo ameaça de violação, dos direitos fundamentais da criança ou adolescente. (BRASIL, 1990).

Essa disposição leva à conclusão de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não é aplicável, exclusivamente, pelas Varas da Infância e Juventude e, não sendo o caso de ameaça ou violação aos direitos fundamentais da criança ou adolescente, a competência para conhecer dos pedidos de tutela ou guarda será das Varas de Família (PEREIRA, 2003).

O juízo territorialmente competente para apreciação do pedido de adoção será o do foro do domicílio dos pais ou responsável pela criança ou adolescente, ou ainda do local onde ela se encontrar, à falta dos pais ou responsável (art. 147, I e II do Estatuto da Criança e do Adolescente) (BRASIL, 1990).

Nota-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe sensíveis inovações ao instituto da Adoção no Brasil que procuraram atender aos princípios da Constituição Federal de 1988, declarando a igualdade de direitos que o ato da Adoção atribui ao filho adotado, em relação aos filhos consangüíneos, aos quais se equiparam em todos os direitos, inclusive sucessórios, eliminando o vínculo jurídico do adotado com os parentes consangüíneos, salvo para os efeitos matrimoniais. Estabeleceu a necessidade de procedimento judicial para a Adoção, bem como proibiu a Adoção por meio de procuração.

Venosa (2006) salienta que antes do novo Código Civil em 2002, era o Estatuto da Criança e do Adolescente a lei que regulava o instituto da adoção. Assim, após o CC de 2002, os dispositivos do Estatuto, incompatíveis com a nova legislação foram revogados. Mas, no geral, os dispositivos do ECA foram preservados no Código Civil de 2002 que introduziu apenas algumas modificações.

2.2.6 A Adoção no Código Civil de 2002.

O Código Civil de 2002 trata da Adoção nos arts. 1.618 a 1.629. Tal como promulgado, abordando de forma genérica, vários institutos, o referido diploma, certamente trará problemas de interpretação o que ocasionará, muito em breve modificações intensas (BRASIL, 2002).

De acordo com Gonçalves (2006, p.79), anterior ao Código de 2002, podia-se considerar três espécies de adoção: simulada, civil e estatutária. A simulada, também conhecida como adoção “à brasileira”, é uma criação da jurisprudência.

a) A expressão "adoção simulada" foi empregada pelo Supremo Tribunal Federal ao se referir a casais que registram filho alheio, recém-nascido, como próprio, com a intenção de dar-lhe um lar, de comum acordo com a mãe e não com a intenção de tomar-lhe o filho. Embora tal fato constitua, em tese, uma das modalidades do crime de falsidade ideológica, na esfera criminal tais casais eram absolvidos pela inexistência do dolo específico. Atualmente, dispõe o Código Penal que, nesse caso, o juiz deixará de aplicar a pena. No cível, o Supremo manteve o mesmo entendimento, não determinando o cancelamento do registro de nascimento, afirmando tratar-se de uma adoção simulada.

b) A adoção civil era a tradicional, regulada no Código Civil de 1916, também chamada de restrita porque não integrava o menor totalmente na família do adotante, permanecendo o adotado ligado aos seus parentes consanguíneos, exceto no tocante ao poder familiar, que passava para o adotante. Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente ficou limitada aos maiores de dezoito anos.

c) Adoção estatutária era a prevista no mencionado diploma para os menores de dezoito anos. Era chamada, também, de adoção plena, porque promovia a absoluta integração do adotado na família do adotante, desligando-o completamente da sua de sangue, exceto no tocante aos impedimentos para o casamento. Como o referido Estatuto e omissos no tocante à adoção do nascituro.

Alguns doutrinadores contemplados neste estudo como (:) Venosa (2006), Gonçalves (2006) e Carvalho (2010), dentre outros, afirmam que a Lei n.º 8.069/90, como microssistema jurídico regente dos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes, não foi revogada pelo novo ordenamento jurídico que se impõe, devendo esta ser aplicada em tudo o que não conflitar com o Novo Código Civil. Podemos citar como exemplo prático, a maioria que se atinge ao completar 18 anos, estando-se apto a todos os atos da vida civil. Dessa forma, salvo para o ato infracional e seus efeitos, cujo fundamento é diverso, tudo o que se referir a capacidade civil e suas consequências, não mais se observa a antiga regra do Estatuto da Criança e do Adolescente que faz menção aos 21 anos de idade.

Gonçalves (2006) comenta, ainda, que no novo Código Civil, o instituto da adoção compreende tanto a de crianças e adolescentes como a de maiores, exigindo procedimento judicial em ambos os casos (art. 1.623).

Não cabe, portanto, qualquer adjetivação, devendo ambas serem chamadas simplesmente de “adoção”. Foram reproduzidos, na quase-totalidade e com algumas alterações de redação, os dispositivos do Estatuto. Contudo, o novo diploma não contém normas procedimentais, não tratando da competência jurisdicional. Mantém-se, portanto, a atribuição exclusiva do Juiz da Infância e da Juventude para conceder a adoção e observar os procedimentos previstos no mencionado Estatuto, no tocante aos menores de dezoito anos.

Quanto à natureza jurídica, informa Gonçalves (2006, p. 97):

A adoção é negócio bilateral e solene. Todavia, a partir da constituição de 1988, passou a constituir-se por ato complexo, a exigir sentença judicial, destacando-se o ato de vontade e o nítido caráter institucional. Os principais requisitos constantes do novo Código Civil são: a) idade mínima de dezoito anos para o adotante (art. 1.618); b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 1.619); c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar; d) concordância deste, se contar mais de doze anos (art. 1.621); e) processo judicial (art. 1.623); f) efetivo benefício para o adotando (art. 1.625).

O novo Código Civil revogou a legislação do Código Civil de 1916, buscou conservar, no possível, as disposições, que se formara de valiosos estudos doutrinários e jurisprudenciais, adequando-se, contudo, aos princípios da Constituição de 1988 e à evolução social.

Conforme ensinamentos de Diniz (2007), a adoção, após o novo Código Civil, passou a ser irrestrita com importantes reflexos nos direitos de personalidade e nos direitos sucessórios. Terminava a dicotomia da Adoção em “Simples” e “Plena”.

Com a revogação da legislação, anterior o novo Código, extinguiu a modalidade de adoção por escritura pública do antigo Código de 1916 e estendeu a forma de Adoção Plena contemplada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente a adotandos de qualquer idade, respeitados os demais requisitos legais.

Diniz (2007) ensina também que a diminuição da idade mínima foi a principal inovação trazida pela nova lei civil, reduzindo de 21 anos para 18 anos, permitindo ainda a Adoção por pessoas casadas ou que vivam em União Estável, desde que um deles tenha completado esse mínimo de idade. Essa redução decorre da diminuição da própria minoridade civil pelo novo Código. Manteve, contudo, como forma de se respeitar a natureza, a diferença mínima de 16 anos entre adotante e adotando nos moldes das legislações anteriores.

Rodrigues (2002) completa que se estabeleceu também, ao tratar do consentimento para a Adoção, que este pode ser revogado até a publicação da sentença constitutiva da

Adoção (art. 1621, § 2º), e quanto a essa possibilidade de revogação do consentimento, não agiu bem o legislador, conforme observou:

Permitir a retratação do consentimento, até a publicação da sentença, se for ela manifestada no final do processo, certamente trará numerosos transtornos processuais, além de ensejar significativo desgaste emocional ao menor, se já adaptado, no estágio de convivência e guarda provisória, à nova família, podendo representar traumática frustração das expectativas do menor e dos próprios adotantes. (RODRIGUES, 2002, p. 389)

Quanto à adoção por homossexuais eliminou qualquer dúvida quanto à possibilidade, expressamente vedada pelo artigo 1622, o que não ocorria nos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Essas foram as principais mudanças legais que aconteceram no Código Civil de 2002 com relação ao instituto da adoção, porém diante das últimas mudanças jurídicas em relação à União Estável de casais homoafetivos, aguarda-se uma legislação atualizada sobre o instituto da adoção, que venha a por fim a tantos séculos de discriminação e exclusão.

2.2.7 Lei 12.010 de 29 de julho de 2009 (Nova Lei de Adoção)

Esta é a mais recente lei que dispõe sobre adoção no Brasil. Foi criada em 29 de julho de 2009, alterando as Leis ns. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992 (investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento); revoga dispositivos da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 (BRASIL, 2009).

Com a nova Lei, Carvalho (2010) esclarece oportunamente para esta pesquisa que a Lei n.º 12.010/2009 alterou a Lei n.º 8.069/1999, acrescentando diversos dispositivos e aperfeiçoando o direito à convivência familiar da criança e do adolescente. Com isso, prioriza a manutenção e reintegração na família da criança e do adolescente, priorizando a manutenção e reintegração na família natural ou extensa; acrescentou o parágrafo 5º à Lei n.º 8.560/1992 e remunerou o então parágrafo 5º para o 6º, deu nova redação aos arts. 1.618, 1.619 e 1.734 do Código Civil e revogou o parágrafo único do art. 1.618, o inciso III do caput do art. 10 e os artigos 1.620 a 1.629; por fim, revogou os parágrafos 1º a 3º do art. 392-A da CLT.

Conforme (MACIEL, 2010, *apud* CARVALHO, 2010) não é uma tarefa fácil emitir um conceito para convivência familiar, entretanto pode-se entender como a relação afetiva e duradoura no ambiente comum, entre os pais e filhos, mas também a convivência com avós e outros parentes com os quais, especialmente a criança e o adolescente mantêm vínculos de afinidade e afeto. Pressupõe o lar, a moradia em que as pessoas se sentem protegidas, amparadas e acolhidas, demonstrando a verdade real da família socioafetiva. Ainda que os pais estejam separados, é garantido ao filho conviver e manter os laços de afetividade com cada um, com os avós e outros familiares. É essa convivência harmônica e feliz com os familiares que a lei procura proteger para dar à criança adotada um lar onde possa crescer e conviver em tranquilidade desenvolvendo suas habilidades e capacidades físicas e emocionais como qualquer outra criança, sem discriminações ou preconceitos.

A lei também inova ao permitir que o juiz considere o conceito de “família extensa” para dar preferência a adoção dentro da família, mesmo não sendo os parentes diretos da criança ou do adolescente. Nesses casos, tios, primos e parentes próximos, mas não diretos, têm preferência sobre o cadastro nacional e estadual de adoção (CARVALHO, 2010).

Na atualidade, não existe mais diferenciação entre filhos legítimos, ilegítimos, adotivos, espúrios, adulterinos, incestuosos, pois a filiação não comporta adjetivos, sendo todos unicamente filhos. O adotado é filho, para todos os efeitos, inadmitindo-se o acolhimento no seio de uma família substituta, quer de um menor ou de um maior de 18 anos, como filho de segunda classe. A adoção é ato seríssimo e sublime demais, para que possa ser feita sem que se assuma o filho, na sua plenitude, como filho verdadeiro e dileto do coração (CARVALHO, 2010).

Com as palavras de Carvalho (2010) entende-se a importância da adoção na vida de uma criança e também para todas as formas de famílias, sejam as tradicionais ou os novos modelos protegidos pela legislação brasileira, que querem completar seus sonhos da paternidade e maternidade e proporcionar a uma criança o direito de um lar para crescerem felizes.

2.3 União estável homoafetiva no contexto da adoção

Como já mencionado foi eliminada a adoção por homossexuais não restando qualquer dúvida quanto a essa possibilidade, fato esse verificado através do artigo 1622 do CC de 2002, ao determinar que ninguém pode ser adotado por duas pessoas a não ser se forem respectivos marido e mulher, ou se viverem em uma união estável. Caso alguém vinha

a ser adotado por duas pessoas que não fossem marido ou mulher, nem conviventes, prevalecerá apenas a adoção de um deles (BRASIL, 2002). Considerava-se que somente uma pessoa é o adotante. Como se fossem adotadas por pessoas solteiras. Assim, a criança tem somente pai ou somente mãe, sem considerar a relação entre as pessoas que vivem juntas sem ser marido e mulher ou em união estável.

Porém, diversamente das Constituições anteriores e da determinação legal acima descrita, que somente admitiam como família, a advinda do casamento, a Constituição Federal de 1988 reconheceu juridicamente a união estável e a família monoparental como modelos de constituição de família que hoje é aceita pela sociedade.

Desta forma, nesse contexto de união estável, também foi reconhecida a união estável homoafetiva que foi um grande avanço para a igualdade de direitos entre todos os cidadãos brasileiros independentemente da opção sexual de cada um.

Vale, nessa seara, lembrar que ao empregar somente o termo “família” e suprimir a locução “constituída pelo casamento” da constituição de 1967, a Constituição Federal de 1988 passou a regulamentar constitucionalmente todas as espécie de família (BRASIL, 1998).

No momento em que não fez nenhuma referência a uma determinada espécie de família, como ocorreu em constituições anteriores, e mesmo referindo-se nos parágrafos do artigo 226 a algumas entidades familiares, não houve exclusão das demais espécies de família, pois se trata de um rol meramente exemplificativo, que explicita os modelos mais conhecidos de família (BRASIL, 1998).

A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos e situações de tipos comuns, restringindo direitos subjetivos (LÔBO, 2002, p.2)

Em que pese as posições que entendem que família seria somente as expressas nos parágrafos do artigo 226 da Constituição Federal, e que ainda há desigualdades entre elas, perfilhamos o pensamento de Canotilho (1989 *apud* LÔBO, 2002), ao referir-se ao princípio da máxima efetividade, que pode ser formulado da seguinte maneira: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.

Nessa mesma linha de raciocínio, Konrad Hesse (1992 *apud* LÔBO, 2002) menciona que a interpretação constitucional é concretização. Assim “o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”.

Além disso, por tratar-se de um sistema aberto, viabilizado pelo pluralismo familiar, as várias formas de entidades familiares, configurando-se seus elementos caracterizadores, merecem o reconhecimento de entidade familiar, e conseqüentemente a proteção estatal com os mesmos direitos de todas as demais famílias, sejam ou não, aceitas socialmente.

Sendo assim, não se justifica deixar de reconhecer os direitos constitucionais de uma união estável homoafetiva com filhos adotivos, por se tratar de mais uma forma de entidade familiar. A adoção por casal homoafetivo, desde que atendidos os requisitos legais, é apenas a abolição dos preconceitos e exclusões como tantas que já vimos ocorrer na história do Brasil, cumprindo-se, assim, na prática, o princípio da igualdade.

Essa nova ordem mostra que grande parcela da sociedade, felizmente vem lutando e obtendo êxito na inclusão social de todos os brasileiros nos seus direitos igualitários.

Um dos mais importantes elementos necessários para constituição de uma entidade familiar é o afeto. Conforme Madaleno (2008), o afeto “é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo, dar sentido e dignidade à existência humana”. É um sentimento que concorre para a realização da pessoa e sua constante formação.

Tem, então, o Estado, o dever de proteger todas as entidades familiares e permitir a todos os mesmos direitos que um Estado Democrático de Direito deve aos seus cidadãos.

2.3.1 Teoria dos Deveres de Proteção e a Adoção

Para teoria dos deveres fundamentais, Moraes (2008) esclarece que os direitos fundamentais projetam efeitos jurídicos, no entanto, não entende o direito fundamental como direito subjetivo oponível em face de outro particular, como faz a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais.

A teoria dos deveres de proteção entende que essa projeção ocorre a partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais de onde decorrem, para todos os poderes do Estado, especiais deveres de proteção, que permitem excepcionalmente ao juiz, sempre que a proteção dos direitos fundamentais o exija e o legislador (ainda) não tenha

cumprido adequadamente esses deveres, o recurso direto à norma constitucional na resolução dos conflitos entre particulares (MORAES, 2008).

Enfatiza-se que conforme a teoria dos deveres de proteção, o Executivo e o Judiciário só podem agir se a lei exigida pelo dever de proteção for ausente ou insuficiente, ou seja, quando o Legislativo for omissivo em atender os deveres de proteção.

E foi justamente o que aconteceu, exigindo a interferência do Judiciário quando foi reconhecida a União Homoafetiva, legalmente no Brasil, pelo julgamento no STF da ADI 4277 e da ADPF 132, no dia 4 de maio de 2011, atendendo aos anseios da comunidade em geral quanto ao cumprimento da Carta Magna do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana e em nada obsta a adoção por esta entidade familiar reconhecida e protegida legalmente.

Este reconhecimento foi em decorrência da omissão do legislativo, e agora essa mesma omissão se efetua no âmbito dos direitos de proteção do Estado no que se refere à adoção por essa entidade familiar que ainda encontra-se afastada de tal proteção.

Vale aqui ressaltar que, de acordo com Dias (2005, p.193):

Amor não tem sexo. Esta, ainda que pareça ser uma afirmativa chocante, é absolutamente verdadeira. O amor não tem sexo, não tem idade, não tem cor, não tem fronteiras, não tem limites. O amor não tem nada disso, mas tem tudo. Corresponde ao sonho de felicidade de todos, tanto que existe uma parcela de felicidade que só se realiza no outro. Ninguém é feliz sozinho. Como diz a música, é impossível ser feliz sozinho, sem ter alguém para amar. Essa realidade começou a adquirir tamanha visibilidade, que o amor passou a ter relevância jurídica e acabou ingressando no ordenamento jurídico. Em um primeiro momento, só o casamento cancelava o envolvimento afetivo, verdadeiro sacramento para a Igreja, sendo considerado pelo Estado a instituição-base da sociedade.

Vê-se que, por um lado, a legislação evoluiu na proteção da criança e do adolescente, mas agora seu aperfeiçoamento está em admitir a adoção pelos casais homoafetivos em vista dessas recentes mudanças no que se refere a reconhecer a essa união, o direito à adoção. A evolução das leis ainda não está de acordo com os verdadeiros princípios constitucionais que regem a dignidade da pessoa humana, tanto do adotante quanto do adotado em seus direitos eleitos da mesma forma que das demais pessoas de direito.

Não se pode esquecer que a dignidade da pessoa humana tem presença marcada nas Constituições Democráticas, que priorizaram o idealismo de Immanuel Kant. Para ele, o homem é concebido como um ser racional, que existia como um fim e não como um meio, diferentemente dos outros seres desprovidos de razão. Em função dessa condição de ser

racional, comum a todos os seres humanos, é que o homem poderia ser chamado de pessoa – pessoa humana. A pessoa humana possui em si mesma dignidade inerente a este ser para que possa exercer a liberdade e seus direitos (KANT, 2004).

O art. 3º da CF/88 e seus incisos visam proteger a dignidade humana, buscando uma sociedade livre, solidária e justa. Busca ainda erradicar a marginalização de todos os brasileiros, promovendo-lhes o bem-estar, sem que haja preconceito de raça, origem, cor, idade, sexo e quaisquer outras formas de discriminação. O direito à intimidade é garantido pelo art. 5º, X da CF/88 (BRASIL, 1988).

E o art. 29 do ECA diz que: “Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça um ambiente familiar adequado.” Analisando este artigo, o que a criança precisa é de um ambiente familiar adequado e a nova família homoafetiva não deixará de ter o que ela mais precisa que é o amor (BRASIL, 1990).

Desta forma, o reconhecimento também da adoção pela família homoafetiva irá propiciar a tantas crianças excluídas do convívio familiar a possibilidade de terem um lar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vale ressaltar, neste término de estudo, que preconceitos e discriminações geraram a exclusão de tantos brasileiros da proteção legal, configurando desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade que devem existir para todos indiscriminadamente. Com o reconhecimento da união estável homoafetiva, demonstrou-se que o Direito familiar brasileiro consolidou as conquistas almejadas por grande parcela da sociedade brasileira, levando ainda a outras discussões de tema de igual valor como este tratado nesta pesquisa e de profunda importância para a sociedade. Sendo o afeto contemplado como o principal elemento que leva as pessoas a constituírem uma família, não há motivo para se manterem discriminações baseadas somente no fator sexualidade para decidir sobre a vida de crianças e adolescentes que necessitam de um lar, de uma família que os ame verdadeiramente.

O que se percebe é que o passado de preconceitos e discriminações, pela sociedade e pela própria lei, ainda prevalece em algumas questões. Os princípios constitucionais como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bases firmes do Estado Democrático de Direito, ainda correm o risco de retrocederem a momentos em que prevalecia a imposição do Estado autoritário e de uma sociedade retrógrada e preconceituosa.

O exercício da liberdade e de direitos deve ser reconhecido tendo em vista o atributo da dignidade da pessoa humana para a garantia de uma existência plena e saudável, razão pela qual passou a ter amparo como um objetivo e uma necessidade de toda humanidade, vinculando governos, instituições e indivíduos.

Os autores pesquisados, para este estudo, mostraram que o reconhecimento da dignidade é parte inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, tornando-se, assim, o fundamento da liberdade, da justiça, da paz e do desenvolvimento social. Esse reconhecimento apresenta uma longa história que se inicia com o descaso total em civilizações do passado até sua tardia aquiescência em séculos recentes, próximos ao século XXI.

E é, neste contexto, que cumpre destacar o advento da união estável homoafetiva, como reconhecimento da igualdade entre os homens, inerente a todos, sem qualquer forma de preconceitos ou discriminações que eliminam qualquer oportunidade para o outro.

O reconhecimento da união estável homoafetiva encontra-se ainda incompleto, visto sob a suspeita da discriminação social e legal, a partir do momento em que ainda não foi

totalmente abraçado pela legislação, o direito à adoção que se mantém sob acirradas discussões, com poucas jurisprudências favoráveis e uma doutrina rastejante.

Enfim, é lícito mencionar, com fundamento no estudo realizado, que o manto do preconceito ainda cobre os dois institutos: união estável homoafetiva e adoção, o que vem a comprometer o princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, a interpretação constitucional considerada agora sob dois ângulos do direito da criança a uma família e da nova forma de família dos mesmos direitos, poderá trazer uma nova postura social.

Quando se remete ao pensamento ao art. 226, § 3º, da Constituição federal de 1998, percebe-se que ele não é taxativo, pois não apresenta proibição expressa para a constituição das relações entre as pessoas do mesmo sexo e quanto à adoção deve ser interpretado com o auxílio do método da “unidade da constituição”, sendo esta a maneira como devem ser integradas todas as normas constitucionais ao olhar do operador do direito.

Prevaleceu no pensamento dos autores pesquisados que o afeto vale muito mais do que qualquer determinação cultural, religiosa ou mesmo legal e que a dignidade, a igualdade e principalmente a liberdade de escolha devem ser respeitadas e não servir de empecilhos para que crianças e adolescentes deixem de ter a oportunidade de receberem um lar digno, repleto de amor, carinho e afeto.

Nesse período de transição do direito familiar no Brasil, ainda existem muitas arestas a serem cortadas e quando se privilegiarem mais os direitos da dignidade de todas as crianças e dos adolescentes, terem um lar, uma família e os direitos das entidades familiares homoafetivas de se completarem, através da adoção, daqueles que a preferirem, provavelmente a contribuição para uma sociedade melhor poderá se concretizar, livre dos apegos ao passado e de julgamentos pré-estabelecidos.

Esta pesquisa de caráter bibliográfico, investigada sob a ótica de autores atualizados e renomados mostrou que o instituto da adoção sempre foi discutido pelas sociedades antigas, modernas e pós-modernas pela sua importância e interesse social e que a legislação brasileira tem acompanhado as transformações sociais, com leis inovadoras e atualizadas, porém quanto à adoção por entidade familiar homoafetiva ainda encontra-se no campo das discussões doutrinárias e jurisprudenciais. .

Excluir os novos modelos de família, em especial, a família homoafetiva da adoção, deixa-se de privilegiar o amor, o afeto, para que essas pessoas sejam reconhecidas como componentes de uma entidade familiar e possam ter seus filhos de acordo com suas vontades.

Foi enfatizado pelo ECA que o que mais interessa é a relação da criança com o meio, que se for positiva, no ambiente de afetividade, carinho e atenção lhe será

proporcionado um bom desenvolvimento e socialização. Qualquer criança tem necessidade e precisa da oportunidade de ter uma família, sem nenhuma forma de preconceito. A afetividade, entendida sob a forma de carinho, de amor e de atenção, são os ingredientes maiores e mais importantes para que ela cresça segura, amparada e com condições de ter um futuro digno.

Num país onde existem mais de 200.000 crianças excluídas do convívio familiar, não se justifica também a exclusão das novas entidades familiares, como as homoafetivas, prontas para oferecerem-lhes a oportunidade de um futuro melhor e mais digno para ambos: adotantes e adotados.

A adoção feita de forma responsável e consciente, fruto de afeto, merece a garantia e a proteção legal, independente do tipo de família que se propõe a receber em seu seio uma criança.

O que se espera é que a dignidade da pessoa humana do adotante e adotado supere os ideais arcaicos de um Estado voltado para os fins em si mesmo e passe a privilegiar a pessoa humana, assim esta substituição definitiva se efetivará perante todos como um valor fundamental da Constituição Federal de 1988, adquirindo um comando jurídico dotado de superioridade numa visão mais humanista de mundo.

A transformação da realidade social fundamentada na justiça só poderá tornar-se realidade com os questionamentos sobre os erros do passado, e procurando nas respostas do presente, a reparação para o que seja certo e justo para todos.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, P. H. **História social da criança e da família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 25 març. 2012.

_____. **Lei nº 3.133**, de 8 de maio de 1957. Disponível em:
<<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1957/3133.htm>>. Acesso em: 25 març. 2012.

_____. **Lei 6.697**, de 10 de outubro de 1979. Disponível em:
<<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1957/3133.htm>>. Acesso em: 25 març 2011.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de dezembro de 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 març. 2012.

_____. **Lei 12.010**, de 29 de julho de 2009. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8560.htm>. Acesso em: 2 maio 2012.

BRASIL. **Lei 4.655** de 02/06/1965. Disponível em:
<<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1957/3133.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

BRASIL. **Lei n.º 8.069/90**, Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2012

CARVALHO, D. M. **Direito de Família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, D. M.. **Adoção e Guarda**. Belo Horizonte. Del Rey, 2010.

CHAVES, A. **Adoção**. Belo Horizonte. Del Rey, 1994.

COSTA, M. J. A. A Adoção na História do Direito Português. **Separata da Revista Portuguesa de História**, tomo 12, Coimbra, Tip. Atlântica, 1965.

COULANGES, F. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

DIAS, M. B. **Amor não tem sexo**. 2005. Disponível em:
<<http://www.mariaberenicedias.com.br/>>. Acesso em: 22 abr. 2012.

DIAS, M. Be. A família homoafetiva e seus direitos. **Revista do Advogado**. São

Paulo, Editora AASP, p.53. ano XVII, maio 2007.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 22. ed. São Paulo: ed. Saraiva.v.5 p.9-12. 2007.

GOMES, P.S. **Adoção é tema de debate no senado federal**. 2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/senador/patriciasaboyagomes/sala/banco_noticias/2003/2003>. Acesso em: 15 jan. 2012.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v.2, 2002.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, v.2, 2006.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KAUSS, O. G. B. **A adoção**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 145, 2000.

KNOBEL, M. **Orientação familiar**. Campinas: Papirus.4ª. edição. 2000.

LISBOA, S. M. **Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente** (doutrina e jurisprudência). Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 19 abr. 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 66.

MARCILIO, M. L., **História Social da Criança Abandonada**, São Paulo: Editora: 2ª. ed. Hucitec, 2001;

MONTEIRO, W. DE B. **Curso de Direito Civil: direito de família**, Editora Saraiva. São Paulo, 28ª. ed. p. 1-2, 2001.

MORAES, M. C. B. **A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional**. RTDC, v.1, jan./mar. 2008.

PEREIRA, P.A. **Desafios contemporâneos para a sociedade e a família**. São Paulo: Cortez, n.48, ano XVI, 2003.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, v.6, p. 389, 2002.

SODRÉ, N. W. **Panorama do Segundo Império**. 2. ed. Rio de Janeiro: GRAPHIA, 2004.

SAVARESE, M. **STF reconhece união estável homoafetiva por unanimidade**. 2011. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/voce-escreve/stf-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva-por-unanimidade.html>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

SIQUEIRA, L. **Dos Direitos da Família e do Menor**. Rio de Janeiro: Forense. p.74-75. 1992.

VENOSA, S. S. **Direito Civil**: Direito de Família, 4.^aed., São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, A. **Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.22-35, 2005.