



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VANESSA LUANA DA CRUZ

ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS: O MELHOR INTERESSE
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE O ESTADO, A
SOCIEDADE E A RELIGIÃO

BARBACENA
2012

VANESSA LUANA DA CRUZ

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: O melhor interesse da
criança e do adolescente frente o Estado, a sociedade e a religião**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos-
UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira

**BARBACENA
2012**

Vanessa Luana da Cruz

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS: O MELHOR INTERESSE DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE O ESTADO A SOCIEDADE E A
RELIGIÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Geisa Rosignoli Neiva
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira (Orientador)
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof. Esp. Rosy Mara Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico estes escritos aos meus pais Luiz Gonzaga e Carmen Lúcia, a minha avó Maria Aparecida, bem como ao meu namorado e amigo Raul.

Eternamente grata pela compreensão e ajuda durante esses anos.

AGRADECIMENTOS

Não foram poucos os que me ajudaram!

Agradecimento especial faço a Deus, sem o qual, a realização desse sonho seria impossível.

Ao Prof. Rafael Francisco de Oliveira, meu orientador, agradeço o estímulo e as luzes ofertadas para a feitura desse trabalho.

Aos meus pais pela constante paciência e força nos momentos que mais precisei.

A minha avó por contribuir com a realização deste sonho.

Ao meu amigo e namorado, pela dedicada colaboração.

Por fim, a todos os meus amigos que, além dos conhecimentos trocados, das alegrias vivenciadas, dos momentos compartilhados, dos segredos a mim confiados, juntos amenizaram os dilemas ocorridos com compaixão e respeito.

“Aproximar-se da adoção é aproximar-se dos sentimentos mais profundos, é conhecer êxitos e fracassos, é perceber o lado positivo e o lado negativo de milhares de pessoas, é ver as mais belas manifestações de solidariedade e também, as mais duras expressões de egoísmo e insensibilidade. Aproximar-se da adoção é deixar-se levar por caminhos desconhecidos, muitas vezes obscuros, é descobrir novos horizontes, guiados pelas luzes da coragem e da esperança”.

Fernando Freire
Psicólogo

RESUMO

A execução da pesquisa dar-se-á através de estudos bibliográficos, os quais se integram primeiramente pela Constituição da República que é o embasamento primordial para a evolução da pesquisa, como também a Lei de Adoção (Lei nº 12.010/2009) e o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). A análise teórica se estenderá aos periódicos, livros, doutrinas, jurisprudências, artigos científicos e eletrônicos. O estudo inicia-se com uma abordagem geral sobre a família, a união estável e a homossexualidade, caminhando para a abordagem do instituto da adoção até chegarmos à adoção por homossexuais, o qual poderemos perceber que, o primordial para a criança e adolescente é o alcance de seu bem estar, respeitando desde sempre o direito constitucional que cada uma possui de ter uma família, independentemente se esta é constituída por uma casal heterossexual ou homossexual. A presente monografia tem como escopo aclarar a relação existente entre o Estado, a sociedade e a religião, quanto à adoção por casais homossexuais no que se refere ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O enfoque dar-se-á nas principais opiniões doutrinárias e jurisprudenciais, as quais velaram para um bom desenvolvimento do trabalho, que tem como ponto central a pergunta: o Estado, a sociedade e a religião podem interferir no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente?

PALAVRAS-CHAVE: Direito de família. Adoção por homossexuais. Homossexualidade. Estrutura familiar.

ABSTRACT

The implementation of the research will give through bibliographical studies, which are part of the first Constitution of the Republic which is the primary basis for the development of research, as well as the Adoption Act (Law No. 12.010/2009) and the Statute of child and Adolescent (SCA). Theoretical analysis will extend to journals, books, doctrines, jurisprudence, scientific papers and electronics. The study begins with a general approach on the family, marriage and homosexuality stable, moving toward the adoption of the approach of the institute until we get to the adoption by homosexuals, which we can realize that the paramount for children and adolescents is the range of their welfare, always respecting the constitutional right that each has to have a family, whether it consists of a heterosexual couple or homosexual. A this monograph is scoped to clarify the relationship between the State, society and religion , regarding the adoption by homosexual couples as regards the principle of the best interests of the child and adolescent. The focus will give the main doctrinal and jurisprudential opinions, which have watched for a good development work, whose central point the question: state, society and religion may interfere with the principle of the best interest of the child and teenager?

KEYWORDS: Family Law. Adoption by homosexuals. Homosexuality. Family structure.

LISTA DE ABRAVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPB – Código Penal Brasileiro

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

OMS – Organização Mundial de Saúde

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 FAMÍLIA, UNIÃO ESTÁVEL E HOMOSSEXUALIDADE	12
2.1 Considerações preliminares	12
2.1.1 Estado, sociedade e religião.....	12
2.2 A evolução dos modelos de Família	15
2.2.1 A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002	15
2.2.2 As diversas formas de representação social	17
3 ADOÇÃO	
3.1 Considerações preliminares	20
3.1.1 Estado, sociedade e religião.....	20
3.2. Evolução da Adoção no Brasil	23
3.2.1 Do Código Civil de 1916 ao Código de Menores de 1979.....	23
3.2.2 A adoção na Constituição de 1988	26
3.2.3 O Código Civil de 2002.....	27
3.2.4 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a nova Lei de Adoção.....	28
3.3 As formas de adoção	30
3.3.1 A adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente	30
3.3.2 Algumas formas de adoção não previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	31
3.3.2.1 Adoção de Nascituro	31
3.3.2.2 Adoção <i>Intuitu personae</i>	32
3.3.2.3 Adoção à Brasileira	32
3.3.2.4 Adoção por Homossexual.....	33
4 A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS	36
4.1 União Homoafetiva x União Estável	36
4.2 O tratamento adotado pelo Estado no que tange a adoção por casais homossexuais e heterossexuais	38
4.2.1 Entidade Familiar: Interpretação do artigo 226, §§ 3º e 4º da Constituição Federal.....	39
4.2.2 Princípio da pluralidade das formas de família x princípio da não discriminação.....	40
4.3 Adoção consentida ao casal homossexual	41
4.3.1 A ausência da figura paterna ou materna.....	41
4.3.2 O convívio com pais do mesmo sexo e o desenvolvimento psicossocial do adotando ...	42
5 RELIGIÃO, SOCIEDADE E ESTADO X O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	45
6 APRESENTAÇÃO DO RESULTADO DA ENTREVISTA REALIZADA EM 10 DE MAIO DE 2012 COM A PSICÓLOGA JURÍDICA	48
6.1 Preliminares da entrevista	48
6.2 A entrevista	48
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

A adoção é um instituto antigo que, diante da evolução vem passando por várias modificações. Dentre tais modificações surgiu uma espécie de adoção a qual por muitos vem sendo alvo de discriminação e complexidade. Pois tem como interesse a adoção de uma criança ou adolescente por um casal homoafetivo, que são pessoas as quais sentem afinidades por outras do mesmo sexo. A adoção entre estes casais torna-se complexa diante dos posicionamentos e conceitos que a religião e a sociedade trazem consigo.

O Estado por sua vez, absteve-se por muito tempo quanto ao consentimento de colocar entre esses casais uma criança ou adolescente. Não via este a possibilidade dos mesmos serem criados sem a presença de uma das figuras paternas. Junto dessas dificuldades sofria o Estado com a pressão que a religião e a sociedade faziam sobre o fato.

Porém, parte da sociedade, sem claro, ter apoio da Igreja, posto que, esta não abre mão de sua doutrina, vem acompanhando a evolução natural do homem e consequentemente da sociedade e do direito.

Hoje, o casal homossexual consegue obter a formalização de sua união como união estável através de uma declaração feita e registrada em cartório.

Com esse avanço há de ser discutidos os direitos dos casais homossexuais em união estável em face aos direitos dos casais heterossexuais em mesmas condições. Dentre estes direitos, há o da adoção.

Como é sabido, um dos requisitos indispensáveis para a adoção conjunta, é que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada estabilidade. Diante de tal requisito, expresso no § 2º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é perceptível o quão é de direito a adoção por estes casais.

Posto isso, o Estado teve que abrir mão de seus antigos conceitos para atender a nova necessidade social. Devendo, é claro, respeitar o posicionamento social e religioso sem deixar de se atentar para o que, de fato, é o mais importante: a entrega da criança ou adolescente a um lar o qual possa dar-lhes o que uma casa de abrigo ou até mesmo seu lar biológico não pode oferecer.

Diante do contexto acima exposto, o tema escolhido tem como maior importância o interesse e bem estar da criança e adolescente que é a parte hipossuficiente de todo o “conflito”, como também, mostrar a forma que o judiciário, a sociedade e a religião estão se submetendo a evolução social. Observando-se os posicionamentos dos Tribunais e da

Doutrina recente, o conceito e o comportamento que a sociedade e religião adotam frente à questão.

Verificaremos também, o que deverá prevalecer entre o conceito de uma sociedade não preparada, a figura conservadora da religião ou o bem estar da criança ou adolescente que se encontram sujeitos ao descontentamento de não ter um ambiente familiar onde poderiam receber afeto, carinho e educação

Bastante controvertido e repleto de opiniões de diversas fontes e maneiras de pensar e entender a realidade fática do caso, é que, o mesmo nos trás a grande relevância de ser analisado e compreendido de forma a ajudar na formação de um novo conceito. Visto que a questão não é pura e simplesmente social, religiosa e jurídica, mas sim de entendermos o que será melhor para àquele que é a parte mais frágil. Onde, diante de tantos preconceitos por idade, cor, e até mesmo pela demora judicial infelizmente não possuem oportunidade de conhecer e desfrutar de uma convivência familiar.

É baseado nestas e outras questões que buscaremos entender o motivo da autorização e aprovação da adoção de crianças e adolescentes não só por casais heterossexuais, mas como também, por casais homoafetivos, pois aqui não deverá basear-se única e exclusivamente nos conceitos de uma sociedade ainda não preparada, influenciar-se na doutrina rigorosa da religião ou na opção sexual do adotante, mas sim no melhor interesse do adotado.

2 FAMÍLIA, UNIÃO ESTÁVEL E HOMOSSEXUALIDADE

2.1 Considerações preliminares

2.1.1 Estado, sociedade e religião

Ab initio devemos definir a terminologia adequada do presente estudo. Através dos ensinamentos de Pereira (2011, p.28) definimos que “família é organismo jurídico ou um organismo social, no sentido evolutivo. [...] agrupamento que se constitui naturalmente, e cuja existência a ordem jurídica reconhece”.

A Constituição Federal de 1988 (CF/ 88) no *caput* do art.226 concedeu à família proteção especial do Estado e a proclamou como base da sociedade.

Art. 226- A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Mais à frente no § 3º do mesmo dispositivo constitucional, concedeu a proteção estatal também a união estável, que só foi reconhecida como entidade familiar após a promulgação da CF/88.

Art. 226, § 3º- Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

De acordo com a redação dada pelo § 3º supramencionado, conceituamos união estável como entidade familiar formada por um homem e uma mulher, sem vínculo conjugal formal, mas que possuem vida em comum, contínua e duradoura. Sendo estes requisitos fundamentais para que assim possa ser considerada.

A homossexualidade por sua vez, consiste na orientação sexual de um homem ou uma mulher os quais sentem atração física/ afetiva por outra pessoa do mesmo sexo. Tal orientação, por muito tempo foi considerada pela Classificação Internacional de Doença (CID) como desvio ou transtorno sexual. Moschetta (2009, p.55) nos fala que “a ideia de ser uma doença foi abandonada quando a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1995, inseriu o homossexualismo no capítulo “*Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais*””.

E prossegue:

Em 1995, na 10ª revisão da CID-10, foi nominado de “*Transtornos da Preferência sexual*” e a terminologia homossexualismo (doença) foi substituída por homossexualidade (modo de ser).

Antecipando-se à Organização Mundial de Saúde (OMS), o Conselho Federal de Medicina, em 1985, tornou sem efeito o Código 302 da Classificação Internacional de Doença (CID), não considerando mais a homossexualidade como desvio ou transtorno sexual.

Para melhor entendimento valemo-nos das palavras da professora e médica Herculano-Housel¹:

A preferência sexual, aquela atração física que se sente por um sexo ou pelo outro, é determinada biologicamente e logo no começo da vida, ainda no útero. Genes e fatores hormonais influenciam a formação das regiões cerebrais envolvidas, que demonstrarão sua preferência mais tarde, ao amadurecer na adolescência e ao responder com excitação aos fenômenos de um ou outro sexo - às vezes ao mesmo sexo, muitas vezes do outro. Ao contrário, não há nenhuma evidência de que o ambiente social influencie a preferência sexual humana. Cerca de 10% dos homens e das mulheres são atraídos por parceiros do mesmo sexo, e o número não muda entre pessoas criadas por pai e mãe, dois pais, duas mães, com religião ou sem ela.

Com as transformações ocorridas quanto à terminologia do homossexualismo, os casais homossexuais vêm lutando para adquirir um lugar na sociedade e ter os mesmos direitos daqueles que vivem em união estável.

A família, a união estável e a homossexualidade são institutos antigos, os quais vários doutrinadores, em suas memoráveis obras, fazem referências em civilizações passadas. Claro está que a nomenclatura empregada era outra, mas seu significado direcionava ao mesmo entendimento dos dias atuais.

Desde os primórdios da civilização, a família é considerada a base da sociedade. Porém, nos tempos antigos o poder familiar se concentrava apenas nas mãos de um só membro da família, o homem, o pai da família. Era o chamado *pater familias*. Segundo Pereira (2011, p.31), nas antigas civilizações o *pater* era quem ditava as normas. “O *pater* era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava [...] e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e morte, podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia [...] totalmente subordinada à autoridade marital [...], não tinha direitos próprios [...]”.

Mas, como nos ressalta Pereira (2011, p.29), “não faltam referências a que a família haja passado pela organização matriarcal [...]. Pode ter acontecido eventualmente que em algum agrupamento a ausência temporária dos homens [...] haja subordinado os filhos à autoridade materna”.

Com o tempo essa organização patriarcal desapareceu, dando lugar as várias formas de famílias, posto que, as famílias se classificavam em: “[...] família “legítima”, que tinha por base o casamento; a “ilegítima”, originária das relações extramatrimoniais; e a adotiva, criada pelas relações oriundas da adoção tradicional, pela legitimação adotiva [...]”. Pereira (2011, p. 26).

¹ http://www.medicina.ufmg.br/projetohorizonte_old/artigo.htm

A sociedade considerava como família àquela constituída pelo homem (pai), pela mulher (mãe) e pelo(s) filho(s). Porém, a presença da união sem um vínculo conjugal formal, sem a constituição do casamento, da união matrimonial, sempre esteve presente. Tais uniões não ocorriam somente entre casais de sexos opostos, mas também, entre pessoas do mesmo sexo.

Com os ensinamentos de Farias e Maia (2009, p.24) podemos perceber que “poucas culturas haviam demonstrado preocupação moral no que diz respeito às relações entre pessoas de mesmo sexo. A preocupação era referente as posições exercidas socialmente [...]”.

A união estável, que nas civilizações antigas era o concubinato sempre existiu “[...] vamos encontrar no Código Filipino disposições que se lhe referiam, para condená-lo, impondo severas punições às “barreganices” de nobres e peões”. Pereira (2011, p. 573).

Saindo das civilizações antigas e caminhando até dias mais atuais, baseamos no Código Civil de 1916 (CC/16), o qual tratava de maneira desigual àqueles que optavam por uma união não matrimonial.

Saltando do CC/16 para a Carta Magna (CF/88), a união de casais sem um vínculo matrimonial civil foi reconhecida como entidade familiar, conforme supracitado em tópico anterior. Tornando-se assim, a união estável uma modalidade de família, conseqüentemente base da sociedade, com total proteção do Estado.

Já a união de casais homossexuais, sempre foi um instituto polêmico e muito discutido. O Estado não aceitava esse tipo de relação assim como não aceitava as relações entre casais que não possuíssem um vínculo formal. Porém, hodiernamente, o conceito estatal mudou, equiparando a união homoafetiva à união estável, tornando-se um posicionamento consolidado.

Necessário se faz saber que a norma familiar sempre foi haurida também pela religião, a qual sempre esteve presente, impondo suas regras e suas vontades.

Dessa forma, segundo Pereira (2011, p.31), “a família era organizada em função da idéia religiosa”. Organização que fez nascer o poder do Império Romano.

“A partir do século IV, instala-se no Direito Romano a concepção Cristã da família na qual as preocupações de ordem moral predominam, sob inspiração do espírito de caridade”. (PEREIRA, 2011, p.31)

No que se refere à união estável, a religião sempre foi clara quanto aos seus conceitos e princípios, repugnando a união de casais “sem a benção de Deus”.

Para a religião, aqueles que vivem sem o casamento religioso, sem a “benção de Deus”, ferem a moralidade da Igreja e seus princípios, e como “punição” para estes a Igreja proíbe o ato da comunhão. É de se perceber o quão a doutrina religiosa é antiga e rigorosa, visto que, para fazer parte de seus atos e de seus cultos, se faz necessário atender as regras do ordenamento religioso, não bastando a fé.

Ressalte-se, que a religião nem sempre foi contra a relação entre pessoas do mesmo sexo. “Foram encontrados textos na região do Próximo Oriente, datados de antes da era Cristã, em que havia registro de pedidos de bênção, para uniões entre pessoas do mesmo sexo [...]”. (FARIAS e MAIA, 2009, p.32-33). Fato este que, nos dias atuais é inadmissível pela Igreja, sendo considerado um atentado a sua doutrina.

Ainda utilizando-se dos saberes de Farias e Maia (2009, p.33-34) “A Igreja Católica somente começou a imprimir sua moralidade sexual como doutrina e a ter domínio universal a partir do século IV.” Tornando leis alguns aspectos de sua doutrina a partir dessa época.

Segundo Brandão (2002 *apud* Farias; Maia, 2009, p.41), “em 1986, o Vaticano discursou sobre a homossexualidade, considerando não um pecado, mas um ato inerentemente mal no contexto moral”.

2.2 A evolução dos modelos de Família

Já é sabido que, mesmo diante da evolução familiar, o conceito de tal instituto continua o mesmo. Mas, como leciona Pena (2008, p. 9) “O novo modelo de família [...] torna mais amplo o conceito de unidade familiar, cujo objetivo é o desenvolvimento da personalidade e a busca da felicidade de cada um de seus componentes”.

Há de se ter em mente que, mesmo diante da evolução dos modelos de famílias, mesmo que eles existam e estejam presentes em qualquer ponto da sociedade, “não é comum à tutela explícita das demais entidades familiares [...]. Mas, a Constituição inovou reconhecendo, não apenas a entidade matrimonializada [...] mas também a união estável e a entidade monoparental, permitindo a interpretação extensiva, incluindo as demais entidades”. (LÔBO, 2009, p.5-6)

2.2.1 A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002

A Constituição Federal (CF/88) trata as famílias de forma igualitária, o que no antigo Código Civil (CC/16) era bem diferente, sendo tratada de forma autoritária, “O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança [...]”. (LÔBO, 2009, p. 5). Mudanças estas que estão expressas na CF/88

através dos artigos 226 a 230, no Capítulo VII- Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso.

Com o advento da CF/88 o Direito de Família foi ampliado, é o que nos ensina Pena (2008, p.24)

O casamento deixou de ser fonte exclusiva de constituição da família, passando a ser permitido outras formas de entidades familiares, visto que a família deve servir como instrumento capaz de proporcionar desenvolvimento pessoal para cada um de seus membros.

A grande procura nos dias atuais é pela felicidade, por isso a flexibilidade na forma de composição da família, permitindo a todos o direito de escolha, a fim de que haja maior possibilidade de sucesso nas relações afetivas. Não mais se justifica qualquer tipo de norma que vise favorecer determinado tipo de representação social da família, como já ocorreu em relação ao casamento. O que deve valer é o desejo e o amor a unir pessoas.

Crianças, adolescentes e idosos passam a receber proteção integral por parte de todos (família, sociedade e Estado); nas sociedades conjugais verifica-se a igualdade entre homem e mulher, assim como entre filhos, havidos ou não da relação de algum tipo de representação social da família, ou por adoção.

Importante artigo a ser mencionado, principalmente pelo fato do mesmo ter sofrido importante modificação no que tange a tutela constitucional à família, é o primeiro artigo do capítulo VII, art. 226 da CF/88. Tal artigo não faz referência alguma a determinado tipo de família, como ocorria nas Constituições anteriores. No atual texto, o tipo de família não é específico, dando assim, margem a interpretações extensivas, mais amplas, que se torna capaz de incluir outras formas de representação social, sem deixar estas fora da especial proteção do Estado.

Neste contexto, Lôbo (2009, p.60) explica que “o fato de em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão [...]”. Portanto, cabe a nós concluir que várias outras formas de representação social estão incluídas no artigo supramencionado.

O *caput* do art. 226 trouxe a inclusão das demais formas de representação social desde que estas, não deixem de preencher os requisitos da afetividade, estabilidade e da ostensibilidade. Ou seja, para que determinada representação social seja incluída no conceito de família, a qual receberá proteção do Estado, ela tem que se formar diante de um vínculo afetivo, cujos componentes possuam afeto e vontade de juntos permanecerem, de forma estável, sendo tal representação de conhecimento de todos.

É o que expõe o art. 1.723 do Código Civil de 2002 (CC/02):

Art. 1723-É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Ainda segundo Lôbo (2008, p.61) “a regra do § 4º do art. 226 integra-se a cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo “também” nela contido”.

§ 4º, art. 226- Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Para Lôbo (2008, p.61) “se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão) deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto”.

A inclusão dos novos modelos familiares no texto da Constituição qualifica-se como “constitucionalização do Direito de Família e representa a prova da modernidade dos contornos da família brasileira contemporânea, em sintonia com idêntico fenômeno em âmbito mundial.” (MOSCHETTA, 2009, p.40)

Inegavelmente, as mudanças ocorridas com o advento da CF/88 influenciaram no desenvolvimento do atual CC/02, dessa forma podemos citar como exemplo alguns dispositivos do Código:

Art. 1511- O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges;

Art. 1565- Pelo casamento homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família;

Art. 1596- Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação;

No que se refere às composições familiares Moschetta (2009, p. 40) faz importante observação quanto ao caráter existencial das mesmas. Para ele, “as composições familiares caracterizam-se pelo repúdio à rigidez, ao engessamento e ao conservadorismo e faz com que a realização pessoal se concretize por outro viés”.

Liberdade. Esta é a palavra central que permeia todas as novas espécies de constituição familiar. Liberdade para escolher o parceiro, liberdade para expandir suas aptidões pessoais; liberdade de diálogo; liberdade contra o falso moralismo que ainda está impregnado nos discursos de alguns grupos sociais; liberdade para ser feliz. (OLIVEIRA, 2002 *apud* MOSCHETTA, 2009, p.49).

2.2.2 As diversas formas de representação social

Em tempos passados, a família tinha como base o casamento, era através dele que a família se constituía. Mas, como podemos perceber não é mais o casamento que constitui a base familiar e sim a afetividade, colocando em foco a dignidade de cada um dos seus membros.

Com os ensinamentos de Pena (2008, p.7) percebemos que, com base na afetividade a família se apresenta em diversas formas de representação social, permitindo assim, as seguintes conclusões:

- O casamento não é mais a base da família e esta pode existir sem que ocorra sua celebração;
- Pessoas do mesmo sexo, que vivem juntas e compartilham dos mesmos objetivos, estão inseridas no conceito constitucional da família;
- Não existe diferença entre família e entidade familiar;
- Os filhos de outros casamentos de um dos cônjuges, ou de ambos, também compõe a família.

Diante das palavras de Pena podemos perceber que a família passou por inúmeras transformações, mas que mesmo diante delas a família continua sendo à base de toda e qualquer sociedade.

Como já sabemos, a família contemporânea é fundada na afetividade, mas mesmo sendo o afeto o que define a entidade familiar atualmente, Pena (2008, p. 23) nos alerta que “[...] não é um afeto qualquer. Se fosse qualquer afeto, uma simples amizade seria família, ainda que sem convívio. O conceito de família seria estendido com inadmissível elasticidade. *O que identifica a família é um afeto especial*”.

Ainda usufruindo dos ensinamentos de Pena (2008, p.23), o mesmo leciona que “o reconhecimento do afeto, como valor maior nas relações de família, produziu algumas consequências”:

- Em Nome do melhor interesse da criança e do adolescente, a guarda do menor é reconhecida a quem tiver melhores condições para exercê-las;
- A união entre pessoas do mesmo sexo é admitida como forma de representação social da família;
- A paternidade e a afetividade passam a ser consideradas como fatores determinantes nas relações entre pais e filhos;
- A culpa não é mais considerada para efeito de separação, já que o fim do amor justifica plenamente essa ruptura;
- A responsabilidade compartilhada passa a ser uma boa alternativa, talvez a melhor, para pais separados, na busca do melhor caminho para a felicidade /desenvolvimento dos filhos;
- A união estável e a monoparentalidade se consolidam como formas de representação social da família;

Com as consequências acima apresentadas por Pena (2008, p.23) podemos classificar as representações sociais em:

- Família nuclear: aquela formada pelo pai, mãe e filhos;
- Família monoparental: formada pelo pai ou mãe e filhos;
- Família homoparental: formada por casais homossexuais com filhos;
- Família recomposta/reconstituída/reconstruída: formada pelo marido (ou companheiro) da mãe ou a esposa (ou companheira) do pai e filhos;
- Irmandades: onde se reúnem filhos de vários casamentos, netos, mulher atual, ex-mulheres, entre outros;
- Família formada por mães adolescentes que vivem com os pais;
- Família formada somente por irmãos;
- Família formada só pelo casal;
- Famílias formadas por pessoas que vivem juntas sem parentesco, mas com fortes laços afetivos e projeto de vida em comum;
- Família unipessoal: formada por uma só pessoa;

Como podemos perceber a representação social da família se faz constituída de várias maneiras, as quais a realização pessoal de cada indivíduo e principalmente, a dignidade da pessoa humana passaram a ser objetivos fundamentais da família contemporânea.

3 ADOÇÃO

3.1 Considerações preliminares

3.1.1 Estado, sociedade e religião

A palavra adoção é derivada da palavra latina *adoptare*, que significa ato de escolher, dar seu nome a alguém.

O ato da adoção veio para trazer às famílias que não podem ter seus filhos, de maneira natural, o preenchimento do vazio que em seus lares permanece enquanto há ausência de um ente tão desejado. Vejamos nas palavras do sábio mestre Pereira (2011, p.407) que, “a adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”.

Há de se ter em mente que os filhos advindos de um processo de adoção terão os mesmos direitos e deveres que os filhos naturais, é o que nos fala o atual Código Civil:

Art.1596- Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

“A filiação não é um dado de natureza, e sim uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos pouco importando sua origem. [...] A origem se apaga no momento da adoção, o filho se entrega a nova família total e definitivamente.” (LÔBO, 2009, p.250)

A adoção era “[...] a esperança de perpetuar a religião da família e o recurso extremo para escapar da desgraça de morrer sem ter quem praticasse os ritos fúnebres [...]” (GRANATO, 2010, p.34)

Como forma para cultuar seus deuses, aqueles que não tinham filhos naturais utilizavam-se da adoção para atender os anseios religiosos.

Nas civilizações primitivas acreditava-se que a religião somente poderia continuar através da geração. Posto que o pai transmitia todos os ensinamentos aos seus filhos, principalmente o da crença religiosa.

A família era instituto importantíssimo nos tempos passados. Todos procuravam preservar a entidade familiar para que ela não se extinguisse, e a procriação era a maneira mais precisa que se tinha da perpetuação da espécie e da família. Quando uma família se via diante da situação de não ter seus filhos de maneira natural, a forma de suprir esta falta era trazer para seus lares crianças “estranhas” ao convívio daquela família. Crianças, as quais, não tinham relação alguma de consanguinidade, mas que poderiam suprir a falta daqueles que

tinham um papel tão importante, o culto dos deuses familiares e a perpetuação da família ao longo dos anos.

Àquela época a adoção servia apenas para auferir os interesses de quem adotava. Não visava o bem estar da criança, muito menos o lado afetivo entre adotante e adotado. O filho adotado era desligado totalmente de sua família biológica, todos os laços afetivos eram rompidos.

Granato (2010, p.34) nos explica como era o procedimento de adoção, sendo que tudo se dava através dos atos religiosos: “[...] inicialmente através do culto, no conhecimento da religião doméstica. Realizava-se uma cerimônia sagrada, oportunidade em que o recém-nascido era admitido no lar. Orações, ritos, objetos sagrados e deuses passavam a pertencer-lhe [...]”.

Com a evolução dos tempos, além da necessidade de perpetuação do culto religioso, a adoção passou a ter também cunho político. Mas, aos poucos, as concepções religiosas foram desaparecendo, “[...] substituída pela necessidade de satisfazer o instinto paternal, ou de cumprir as exigências do sentimento de solidariedade humana.” (PEREIRA, 2011, p.403).

Segundo Pereira (2011, p. 403), o Direito Romano conheceu três tipos de adoção:

- Como ato de última vontade: destinava-se a produzir a vontade efeitos *post mortem* do testador, condicionada, todavia, à confirmação da cúria. Ato complexo e solene, não se utilizava com frequência, embora tenha sido empregado em condições de profunda repercussão política.
- *Ad rogatio*: A adoção diretamente realizada entre os interessados, pela qual o adotando capaz se desligava de sua família e se tornava um herdeiro de culto do adotante. Este ato fundava-se na dupla emissão volitiva, do adotante e do adotado, e se completava pela formalidade de aprovação na abertura dos comícios.
- *Datio in adoptionem*: A entrega de um incapaz em adoção em virtude da qual o adotante o recebia por vontade própria e anuência do representante do adotado.

Na idade moderna o Código promulgado por Christian V na Dinamarca, em 1683, fez referência à adoção. Nesse período, “a adoção surge ainda na Alemanha, no projeto do Código Prussiano, conhecido também como Código de Frederico e no *Codex Maximilianus* da Bavária, em 1756. Por influência dessa legislação, a adoção se dividiu em quatro espécies”. (GRANATO, 2010, p. 41)

- Adoção ordinária: permitia que pudessem adotar pessoas com mais de cinquenta anos, sem filhos e com a diferença de mais de quinze anos do adotado; previa a alteração do nome e a determinação de seu filho adotivo herdeiro do adotante. Era contrato sujeito a homologação judicial.
- Adoção remuneratória: prevista na hipótese de ter sido o adotante salvo por alguém; poderia então adotar essa pessoa.
- Adoção testamentária: permitida ao tutor após cinco anos de tutela.
- Adoção oficiosa: espécie de “adoção provisória”, em favor dos menores.

Essas leis traziam ao adotado vantagens que não se via em tempos mais antigos. A adoção somente se concretizava mediante um contrato escrito, o qual era submetido à apreciação do tribunal. A diferença de idade entre adotante e adotado deveria ser de no mínimo quinze anos, não menos que isso. Desde então, a irrevogabilidade da adoção era imposta. (GRANATO, 2010).

Com o tempo, esses tipos de adoções passaram a não ser mais usadas. Mas, segundo Pereira (2011, p. 404) “adquiriu prestígio no direito moderno e entre nós reestruturou o código de 1916, à moda romana, posto que abolindo aquelas distinções especiosas.” Mas, este tipo de adoção, não durou por muito tempo devido às leis rigorosas e a continuação do vínculo entre o adotado e sua família de origem.

Em 1965, através da Lei nº 4.655, a adoção foi dividida em propriamente dita e legitimação adotiva. Aquela consistia no simples ato de adotar pessoa estranha e colocá-la em seu lar, sem fazer qualquer alteração em seus dados. Já a legitimação adotiva, atribuía ao filho adotivo à condição de filho legítimo. Isto se deu pelo fato dos adotantes, a todo momento terem a necessidade de partilharem o filho adotivo com toda a família biológica. “Os pais (mais comumente a mãe), recebendo uma criança, faziam constar de seu Assento de Nascimento a declaração de que era seu filho biológico.” (PEREIRA, 2011, p. 405).

Posteriormente a adoção sofreu novas modificações, passando a ser classificada como “adoção simples” que consistia na adoção tradicional e a “adoção plena” que se referia à legitimação adotiva, esta então, revogada pelo Código de Menores instituído em 1979, o qual conferiu maior complexidade ao processo de adoção.

No entanto, em 1990 entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente Lei nº 8.069/1990, instrumento que se dedica, exclusivamente, aos interesses destes. Cumpre-nos ressaltar, que por longo tempo, o Estatuto mantinha o conceito de adoção como àquela que tinha como finalidade maior garantir descendência aos casais que não tinham filhos biológicos. Porém, como nos relata os ensinamentos de Pereira (2011, p.407), a adoção, ainda na década de noventa, passou a ter como finalidade “a busca de uma família para àqueles que não tinham a possibilidade de permanecer na família biológica, prevalecendo, assim, o melhor interesse da criança e do adolescente como orientação jurídica”.

No ano de 2003, foi apresentado pelo deputado João Matos o Projeto de Lei nº 1.756, o qual tinha como intenção tratar a adoção em lei própria, batizando-a como Lei Nacional da Adoção. Esta lei tinha o intuito de extinguir o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). No entanto, os legisladores, em suas discussões optaram por não aprovar a nova Lei.

O projeto apresentado para a instituição da nova lei de adoção resultou em pequenas alterações no ECA, decretadas pelo Congresso Nacional e sancionado pelo então, Presidente Luiz Inácio Lula das Silva em três de março de 2009, resultando na Nova Lei de Adoção (Lei 12.010/2009), que dispõe em seu art. 1º:

Art.1º- Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da criança e do adolescente.

Esta nova lei, por sua vez, conferiu ao ECA a competência para tratar da adoção de crianças e adolescentes até dezoito anos. E a adoção dos maiores de dezoito ficou a cargo do Código Civil de 2002 (CC/02).

3.2. Evolução da Adoção no Brasil

3.2.1 Do Código Civil de 1916 ao Código de Menores de 1979

O antigo Código Civil Brasileiro foi instituído pela Lei 3.071 de 01.01.1916, entrando em vigor um ano após a sua publicação, sistematizando o instituto da adoção na sua Parte Especial, em seu Livro I, o qual recebia o nome de Direito de Família, Capítulo V, Título V, sendo positivados nos artigos 368 a 378.

O CC/16 regulamentava a adoção de forma a entender que a mesma não era para a formação de uma família, mas sim, um modo a mais que as famílias tinham de ter filhos.

No período de vigência do CC/16, a adoção somente era possível para aqueles que tivessem idade acima de cinquenta anos e não possuíssem filhos, fossem estes, legítimo ou legitimado. Era requisito, também, que a diferença de idade entre adotante e adotado deveria ser de dezoito anos.

Art. 368- Só os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima ou legitimada, podem adotar.

Para Granato (2010, p.44) “a idade de cinquenta anos imposta ao adotante pelo legislador e a exigência da não existência de prole desestimulavam a prática da adoção”.

Quando a adoção era concretizada o pátrio poder que o pai natural exercia sobre o então adotado passava para o pai adotante, mas quanto aos direitos e deveres, estes permaneciam com o adotado e com a família natural.

Quanto ao direito de herança, como um dos requisitos para a efetivação da adoção era a não existência de prole, a herança era toda transmitida ao filho adotivo o qual não deixava, mesmo tendo sido adotado por outro, de ser herdeiro de seu pai natural.

Importante ressaltarmos que, no citado Código, muito diferente do atual CC/02, a adoção era realizada através de uma escritura pública, a qual poderia ser revogada por vontade

do adotando, sendo que tal ato somente poderia ser realizado no ano seguinte àquele em que o mesmo atingisse a maioria.

Granato (2010, p.44) explica que a adoção poderia ser “dissolvida nos mesmos casos em que se admitia a deserção, caso o adotando praticasse qualquer ato que justificasse: ofensas físicas, injúria grave contra o adotante, relações ilícitas com o cônjuge [...]”.

Em 08 de março de 1957, foi publicada a Lei 3.133, que alterou diversos dispositivos do CC/16, terminando, mesmo que de maneira moderada, com os requisitos exagerados do então Código.

Com as modificações trazidas pela Lei 3.133, a idade mínima para que fosse possível adotar foi reduzida para trinta anos, não exigindo mais que o adotante não tivesse prole legítima ou legitimada. A diferença de idade entre adotante e adotado também foi reduzida, passando para dezesseis anos.

Para evitar adoções precipitadas o novo texto implantado pela lei e que não era previsto no CC/16, trouxe a exigência de que somente poderiam adotar casais que já tivessem completos cinco anos de casados.

O consentimento do adotando também passou a ser exigido, se este fosse maior. Em caso de menoridade, incapaz ou nascituro, o consentimento deveria ser dado pelo representante legal.

Granato (2010, p. 45) nos relata que “houve exclusão da regra que determinava a não produção de efeitos sucessórios se o filho já estivesse concebido no momento da adoção [...]”. Tal exclusão deu lugar a uma nova redação, a qual dizia: “quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolveria a de sucessão hereditária”. (GRANATO, 2010, p. 45).

Inovação de grande relevância trazida pela Lei 3.133, é a possibilidade do adotado acrescentar, ao nome que recebeu de seus pais naturais, o nome dos pais adotivos, ou caso queira, usar somente o nome dos pais que o adotaram.

Oito anos após as modificações instituídas pela Lei 3.133, foi publicada a lei 4.655 de 02 de junho de 1965, a qual criou a legitimação adotiva, impondo as condições que a adoção poderia ser efetivada. Granato (2010, p.45) explicita as hipóteses em que a adoção seria deferida: “se menor até sete anos de idade fosse abandonado, ou órfão não reclamado por qualquer parente por mais de um ano, ou cujos pais tivessem sido destituídos do pátrio poder, ou na hipótese do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitada de criá-lo”.

Aos maiores de sete anos, a Lei 4.655, só permitia a legitimação adotiva caso a criança já convivesse com os legitimantes à época em que tivesse completado essa idade.

Importante destacarmos que o requisito de não ter filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos voltou a ser exigido, caso o adotando viesse a concorrer com filho superveniente à adoção, ficando assim, excluído da sucessão.

A legitimação adotiva passou a ser permitida para viúvos com mais de trinta e cinco anos de idade, se ficasse provado que o menor estivesse integrado em seu lar, onde vivesse por mais de cinco anos. Deixou claro também que, os cônjuges desquitados que requeresse a legitimação, a mesma só seria concedida se a guarda do menor tivesse começado no período de prova, na constância do matrimônio e desde que ajustados sobre a guarda, visitas e pensão. (GRANATO, 2010)

Em caso de adesão dos ascendentes do adotando à adoção, o vínculo que existia entre eles deixaria, naquele momento, de existir, rompendo assim toda e qualquer relação de parentesco com a família de origem. (GRANATO, 2010)

Importante modificação que persiste até os dias atuais é a não revogabilidade da adoção, mesmo que após a mesma o casal viesse a ter filhos legítimos.

Mesmo diante de tantos requisitos, a Lei determinou um período de três anos de guarda do menor pelos requerentes, para só depois deferirem a legitimação.

A legitimação adotiva, por sua vez, foi substituída pela legitimação plena introduzida pelo Código de Menores, instituído pela Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979, admitindo também, o Código de menores, a adoção simples.

O citado Código protegia somente os menores até dezoito anos, que se encontravam em situação irregular descrita pela Lei 6.697/79. Os menores que se encontravam em situação regular, independente de autorização judicial, seguiam as regras do Código Civil.

Art.2º Para efeito 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 prevêê-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. (SANCHES, 2007)²

² <http://diviliv.blogspot.com.br>

Já a adoção simples era regulada pelo Código Civil, mesmo encontrando o menor em situação irregular. Neste tipo de adoção a autorização judicial era necessária. Cabia ao interessado indicar, no requerimento de adoção, os apelidos de família que o adotado usaria. Sendo deferido o pedido, o apelido já constaria no alvará e na escritura, para averbação no registro de nascimento do menor.

Art. 27- A adoção simples de menor em situação irregular rege-se-á pela lei civil, observando o disposto neste Código. (SANCHES, 2007)³

Enquanto na adoção simples o adotando permanecia em contato com a família consanguínea, na adoção plena, o vínculo com a família biológica era totalmente quebrado, entrando o adotado para a nova família como filho de sangue. Pela perda do vínculo com a família biológica, Granato (2010, p. 48) relata que “o Assento de Nascimento do adotado era cancelado, abrindo-se novo registro, por mandado, no qual se poderia mudar o prenome, passando a constar os nomes dos adotantes e seus ascendentes, como se filho fosse”.

Quanto aos requisitos para adoção, continuaram os mesmos da Lei 4.655/65, com ressalva a hipótese de esterilidade de um dos cônjuges, comprovada a estabilidade conjugal não necessariamente há mais de cinco anos, a diminuição do estágio de convivência, que passou para um ano para os adotantes casados e três anos para os viúvos e a participação do filho adotivo na sucessão.

O Código de menores fez menção, também, quanto aos estrangeiros domiciliados fora do país que quisessem obter a guarda de uma criança brasileira, ficando estes, impossibilitados de obter a adoção plena, tendo a opção de adquirir depois de deferida a colocação familiar, a adoção simples.

Art.20- O estrangeiro residente ou domiciliado fora do País poderá pleitear colocação familiar somente para fins de adoção simples e se o adotando brasileiro estiver na situação irregular, não eventual, descrita na alínea a, inciso I do art. 2º desta Lei. (SANCHES, 2007)⁴

3.2.2 A adoção na Constituição de 1988

Com o advento da CF/88, os filhos adotivos que, nas constituições e códigos anteriores, eram tratados de forma diferente passaram a ser igualados aos filhos legítimos possuindo os mesmos direitos e deveres. É o que consagra o art. 227, da Carta Maior (CC/88).

Art. 227- 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.

³ <http://diviliv.blogspot.com.br>

⁴ *Ibidem*

Com o texto do art. 227, da CF/88, a classificação de filho ilegítimo, que o distinguia dos demais, deixou de existir, sendo todos tratados da mesma maneira.

Granato (2010, p.49) nos lembra da antiga “Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), que alterou a Lei 883/49, estabelecendo: Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”.

A igualdade entre os filhos era prevista antes mesmo da CF/88, mas foi somente após a sua promulgação, onde se referia expressamente ao adotivo, que a igualdade passou a ser conferida aos filhos adotados.

Com a entrada em vigor da atual Constituição, muito se questionou quanto à vigência do CC/16 no que se referia à adoção. Estes questionamentos ocorreram devido às mudanças empregadas pela CF/88 cujo texto muito se diferenciava do disposto no então código vigente. Granato (2010, p. 49) nos mostra que a diferença maior pode ser observada quanto ao § 6º do art. 227 da Constituição “a perfeita igualdade entre os filhos naturais e adotivos, teria tornado inaplicáveis as regras da adoção do Código Civil que estabelecem larga distinção entre uns e outros”.

Diante da discussão quanto à revogação ou não do CC/16, referente a parte da adoção, Granato (2010, p.51) explica que “a tendência da doutrina e jurisprudência era no sentido de que a adoção do Código Civil de 1916 não fora revogada, mas que só se aplicaria aos maiores de dezoito anos e, segundo alguns também aos nascituros”.

O Código Civil passou a regular então, somente, a adoção dos maiores de dezoito e dos nascituros, sendo posteriormente substituído pelo CC/02, o qual regula somente a adoção de maiores de dezoito, excluindo de seu dispositivo a adoção de nascituro, ficando a cargo do Estatuto da Criança e do Adolescente a adoção dos menores.

3.2.3 O Código Civil de 2002

Com a promulgação da CF/88 muitas dúvidas pairaram quanto à utilização do CC/16 referente à adoção, mas, em 13 de julho de 1990 foi publicada a Lei 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que, por sua vez, terminou com qualquer dúvida que ainda pudesse existir quanto à aplicabilidade do CC/16. Doze anos após a criação do ECA, o Código, à época vigente foi revogado pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil de 2002, deixando explícito em seu art. 1.618 e 1.619 a parte que lhe cabe a adoção.

Art. 1618- A adoção de crianças e de adolescentes será deferida na forma prevista na lei 8.069, de 13.07.1990- Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 1619- A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá de assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras da Lei 8.069, de 13.07.1990- Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cabe ressaltarmos, que a redação dos artigos supracitados, não era assim redigida na vigência da Lei 8.069/90 (ECA), a atual redação foi empregada pela Lei 12.010/09, a Nova Lei de Adoção, que alterou alguns dispositivos do Estatuto.

3.2.4 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a nova Lei de Adoção

Tendo como objetivo a proteção integral da criança e do adolescente o ECA diferentemente do Código de Menores, abrange toda criança e adolescente, não restringindo sua aplicação apenas àqueles que se encontravam em situações irregulares.

Como visto, em 2003, houve uma tentativa de derrubar o ECA, retirando a adoção de sua competência através de um Projeto de Lei apresentado pelo deputado João Matos, o qual passava a tratar a adoção em lei própria. O projeto recebeu o nome de Lei Nacional de Adoção, contendo 75 artigos. (GRANATO, 2010)

Mesmo com grande possibilidade de ser aprovado, os legisladores decidiram por manter a adoção no ECA, servindo o projeto para fazer pequenas alterações no Estatuto.

Em 03 de agosto de 2009 foi publicada a Lei 12.010, alterando alguns dispositivos elencados no ECA.

Segundo Granato (2010, p. 71), “o espírito do legislador estatutário é promover a integração da criança e do adolescente na família do adotante, em tudo igualando o filho adotivo ao filho natural”. Espírito este já manifestado pelo legislador constituinte no § 6º do art. 227 da CF/88, o qual foi repetido sem qualquer alteração no art. 20 do Estatuto.

A divisão da adoção em adoção simples e adoção plena, estabelecida pelo Código de Menores, não mais existe. A adoção se tornou única, com a intenção de criar laços entre adotante e adotado.

No Estatuto, a adoção está disciplinada nos artigos 39 a 52, deixando claras todas as etapas da adoção, processo e procedimento. Com o ECA, a adoção passou a ser deferida apenas com sentença judicial, não mais podendo ser a adoção efetivada por procuração.

§ 2º, art. 39- É vedada a adoção por procuração.

A adoção é uma medida que somente deve ser efetivada quando já tiver sido esgotada, toda e qualquer, possibilidade de manter a criança com a família consanguínea. Esta é uma das alterações trazidas pela Lei 12.010/09, com o acréscimo do § 1º no art.39 do ECA.

§ 1º, art. 39- A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art.25 desta Lei.

Ao criar este parágrafo, o legislador tenta priorizar a manutenção da criança ou adolescente junto aos seus familiares naturais.

Quanto aos requisitos impostos pelo ECA, importante se faz a menção de cada um para melhor entendimento do processo de adoção. O primeiro requisito que aqui trazemos é quanto à idade do adotando, faz-se necessário que o adotando possua, até a data do pedido de adoção, a idade máxima de dezoito anos.

É importante esclarecer, que essa idade máxima, se refere à adoção regulamentada pelo ECA, o qual visa somente a adoção de crianças e adolescentes. Sendo assim, é considerada criança a que possui idade entre 0 e 12 anos completos e adolescente aquele com idade entre 13 a 18 anos. Ficando a adoção dos maiores de dezoito a cargo do CC/02.

Requisito que já existia, é o do consentimento do adotando sendo necessário somente quando o adotando já tiver idade maior que 12 anos. Para alguns críticos do Estatuto, o consentimento do adotando, deve ter um valor relativo na apreciação a ser feita pelo juiz na sentença, sua concordância ou discordância, por si só, não deve representar o deferimento ou indeferimento da adoção.

O juiz, em caso os quais a criança já tem uma noção do que está ocorrendo, não deve ficar adstrito somente à vontade manifestada pela mesma. A adoção deverá ser conferida de acordo com os interesses do menor.

Continuando, vimos em tópicos anteriores, que a adoção corta qualquer vínculo entre adotando e família biológica. Tendo isso em vista, faz-se necessário o consentimento dos pais ou representante legal da criança, ou adolescente, para que a adoção seja deferida, salvo em caso de pais desconhecidos ou destituídos do poder familiar.

A idade do adotante também é um requisito da adoção, sendo permitido adotar somente os maiores de dezoito anos, independentemente de seu estado civil. Mesmo sendo um requisito que já existia no revogado CC/16 e também no Código de menores, a diferença das idades é de estimada relevância.

Importante requisito que nos cabe destacar é quanto à diferença de idade que deve existir entre adotante e adotado. Nos termos do § 3º do art. 42 do ECA, o adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotando. Portanto, há de concluirmos que um jovem de dezoito anos somente poderá adotar uma criança que ainda não tenha completado dois anos.

O cadastro é requisito que se fez presente antes mesmo das alterações promovidas pela lei 12.010/09. Porém, com a nova lei, à inscrição dos pretendentes à adoção no cadastro nacional tornou-se indispensável, salvo os casos expressos no § 13 do art. 50 do Estatuto, abaixo descrito.

Art.50- A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições a serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

§ 13- Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I- se tratar de pedido de adoção unilateral;

II- for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e efetividade;

III- oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos art. 237 ou 238 desta Lei.

O § 5º do art. 50 do ECA dispõe sobre a criação e implementação dos cadastros os quais deverão ser estaduais e nacional. Granato (2010, p. 82) explica que para o cumprimento do § 5º, [...] o Conselho Nacional de Justiça baixou a Resolução 54/08, criando o Cadastro Nacional de Adoção, sob a forma de Banco Nacional de Adoção.

§ 5º, art.50- Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção.

Com o escopo de avaliar a adaptação da criança ou adolescente na sua futura família e afastar as adoções precipitadas, seguimos pela redação do art. 46 do Estatuto, cuja redação foi alterada pela nova lei, prevendo o estágio de convivência para o deferimento da adoção.

Diferentemente das leis anteriores, que estabeleciam um prazo fixo que, em caso de legitimação adotiva, era de três anos e em caso de adoção plena, regulamentada pelo Código de Menores era de um ano, o ECA deixou a fixação do prazo a cargo do juiz, cabendo a ele, analisando caso a caso, determinar o tempo ou até mesmo dispensá-lo caso a criança tenha menos de um ano de idade, ou o adotando já esteja convivendo por tempo suficiente com os adotantes.

O tempo fixado pela lei para a adoção por casais residentes ou domiciliados fora do Brasil é de trinta dias, devendo este, ser cumprido em território nacional.

O último requisito a ser mencionado é a proibição de adoção por parentes próximos. Tal requisito encontra-se expresso no § 1º do art. 42 do ECA. Segundo Granato (2010, p.89) este “põe fim a uma disputa que, com certa frequência, desaguava na justiça”.

3.3 As formas de adoção

3.3.1 A adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente

A adoção, pelo Estatuto da criança e do adolescente é dividida em cinco espécies, as quais poderão os interessados à adoção, delas usar para efetivar sua vontade de constituir família através de um vínculo adotivo.

A primeira forma estabelecida pelo ECA, que aqui expomos, diz respeito a Adoção Unilateral. Esta forma consiste, conforme os termos do art. 41, § 1º, em um dos cônjuges ou concubino, que, com as alterações realizadas pela Lei 12.010/09, passou a ser chamado de companheiro, adotar o filho do outro, permanecendo o vínculo de filiação do cônjuge ou companheiro, com o seu filho biológico, não perdendo o poder familiar.

Outra forma de adoção estabelecida, pelo ECA, é a Adoção por Companheiros. Esta adoção consiste naquela realizada por casais que vivem em união estável, desde que comprovada à estabilidade familiar. Essa inovação trazida pelo Estatuto é, conforme Granato (2010, p.93), “consequência direta do art. 226, § 3º, da Constituição de 1988 que reconhece como entidade familiar à união estável do homem e da mulher”.

Aos casais divorciados, ou judicialmente separados, também é permitido a adoção conjunta, é a chamada Adoção por Divorciados ou Judicialmente Separados, prevista no § 4º do art. 42 do Estatuto. Para que essa adoção seja deferida, é necessário que o estágio de convivência da criança ou adolescente a ser adotado, tenha se iniciado ainda no período de convivência do casal e seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com o detentor da guarda, devendo a guarda e o regime de visitas serem acordados pelos adotantes.

Prosseguindo com as formas de adoção estabelecidas pelo ECA, encontramos a Adoção Póstuma. Esta adoção é deferida quando, o pretendente à adoção, após inequívoca manifestação da sua vontade em adotar, falece no curso do procedimento, antes de ser prolatada a sentença. Caso seja deferida a adoção, a mesma terá efeito retroativo à data do óbito.

Quanto a Adoção por Tutor ou Curador, outra forma de adoção apresentada pelo Estatuto, estes, para que possam pleitear a adoção do tutelado ou curatelado, conforme art. 44 do ECA, deverão prestar contas de sua administração e, se necessário, saldar qualquer compromisso pendente. Tal dispositivo tende a impedir que tutor e curador, agindo de má-fé, pleiteiem a adoção com o intuito de deixar de prestar contas de sua tutela ou curatela, ocultando algo que não condiz com o papel de tutor e curador.

3.3.2 Algumas formas de adoção não previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente

3.3.2.1 Adoção de Nascituro

Quanto à adoção de nascituro⁵, Granato (2010, p. 146) leciona que “não sendo o nascituro pessoa, não se vê como possa ser adotado [...]”.

Conforme art. 4º, do atual Código Civil, a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, como o nascituro ainda não nasceu, ele não pode ser considerado pessoa, ainda que o mesmo artigo conceda a ele direitos, estes estão condicionados ao nascimento com vida.

Vale ressaltar que as atuais legislações nada expõem sobre a adoção de nascituro. No entanto, Granato (2010, p. 146) nos relembra que “a Lei 3.133, de 08.05.1957 [...] inovou, ao dizer que não se pode adotar o nascituro sem o consentimento de seu representante legal”. Estaria, este dispositivo, autorizando a adoção de nascituro?

Granato (2010, p.146) explica que “como nunca antes se cogitara de adoção de nascituro e como na verdade, tal disposição não se harmoniza com as demais que tratam da adoção, estabeleceu-se dúvida quanto sua efetiva possibilidade [...]”.

Baseando-nos na Nova Lei de Adoção 12.010/09, a adoção de nascituro não é permitida pelo nosso ordenamento, pois se assim fosse estaria explicitada no art. 39 do ECA em que fala da adoção de crianças e adolescentes não mencionando o nascituro, sendo oportuno concluirmos que o nascituro ficou excluído da possibilidade de adoção.

3.3.2.2 Adoção *Intuitu personae*

A adoção *intuitu personae*⁶ consiste em um acordo estabelecido entre os pais naturais juntamente com aqueles que pretendem adotar.

Esse tipo de adoção, apesar de não ser estabelecido pelo ordenamento jurídico, infelizmente, ocorre com muita frequência. Os interessados em adotar a criança, que ainda está sendo gerada, não aparecem de forma direta, todo o processo se dá através de pessoas intermediárias, as quais, a mãe natural, após sair da maternidade, entrega a criança, para que seja repassada ao casal interessado. Estes, por sua vez, têm a tarefa de registrá-la como se filho seus fossem, dando início à outra forma de adoção, chamada de adoção á brasileira.

3.3.2.3 Adoção à Brasileira

Essa adoção consiste no registro de filho de outrem em nome próprio. Tal registro não se torna difícil caso, os supostos pais declarem que a criança nasceu em casa.

No entanto, caso o oficial tenha dúvidas quanto às declarações manifestadas pelas pessoas, as quais foram requerer o registro, poderá, conforme dispõe o §1º do art. 52 da Lei de

⁵ Ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno; está em vida intra-uterina. Mas ainda não nasceu, não iniciando ainda a sua vida como pessoa.

⁶ Em consideração a pessoa.

Registros Públicos, ir à casa do recém-nascido verificar sua existência, ou exigir atestação do médico, ou parteira, que tiver assistido ao parto, ou testemunho de duas pessoas que não forem os pais e tiverem visto o recém-nascido.

Diante de tais circunstâncias podemos observar que o registro, ou não da criança, está adstrito à dúvida do oficial do cartório de registro, quanto à declaração realizada pelos supostos pais.

Utilizando-nos de uma pesquisa elaborada por Weber (2001, p.114), observamos que essas adoções irregulares não acontecem somente com pessoas menos esclarecidas, mas sim, o contrário:

As adoções legais foram realizadas por 52,1% das famílias participantes desta pesquisa e a maioria das adoções informais ocorreram através do registro em cartório da criança como filho legítimo do casal que a adotou, através de uma declaração falsa de nascimento (41,5%); o restante das adoções informais (6,4%) seguiu o procedimento conhecido como filhos de criação, isto é a criança passa a morar definitivamente com outra família, mas sua certidão de nascimento não é alterada, permanecendo com a filiação dos pais biológicos.

Tal adoção é fundamentada pela demora que um processo regular possui e, sem claro, ser garantida a efetividade. Não obstante a demora do procedimento de adoção, não é somente ele que faz com que seja adotada a forma irregular de adoção. A constituição de advogado para que seja dado início ao processo, o medo de não lhe ser concedida a adoção, e ainda, o medo de ser a criança entregue a outras pessoas as quais estão na fila de espera são também fundamentos de uma adoção irregular.

O registro falso de uma criança como sua, constituía crime de falsidade ideológica previsto no art. 299 do Código Penal Brasileiro (CPB), com pena de um a cinco anos de reclusão e multa. Contudo, Granato (2010, p.45) explica que “a Lei 6.898, de 30.03.1981, passou a tipificar “registrar como seu filho de outrem” como crime do art. 242 do Código Penal, com pena de dois a seis anos de reclusão [...]”. Em análise ao artigo citado, encontramos em seu parágrafo único exceção à regra estabelecida no *caput*, assim dispondo:

Parágrafo único, art. 242- Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena- detenção de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Portanto, além da condenação criminal, como o registro não está em conformidade com a Lei, poderá ele ser considerado nulo e assim a qualquer momento ser declarado.

3.3.2.4 Adoção por Homossexual

A Lei 12.010/09 é silente sobre a adoção por casais homossexuais, mas, devido às lacunas existentes em nosso ordenamento jurídico muitos casais vão em busca de seus direitos, constituído por analogia e, principalmente, baseados no princípio da igualdade.

O pedido de adoção de uma criança ou adolescente por um casal homossexual é matéria controversa pelo fato da criança estar inserida em um ambiente cujas figuras paternas são pessoas do mesmo sexo.

Mas nos casos em que a adoção é pleiteada, não por duas pessoas com orientação homossexual, mas apenas uma, seria possível a adoção? Sabemos que a adoção pleiteada por apenas um homossexual é mais facilmente deferida. Constituindo, dessa forma, uma maneira de burlar os posicionamentos de juízes e jurisprudências, abrindo a possibilidade do casal homossexual entrar com pedido de adoção em nome de apenas um dos companheiros procurando demonstrar dessa forma, não ter vínculo afetivo com outrem de orientação homossexual. Assim, a adoção seria deferida e o casal homossexual teria a guarda da criança como se adotada fosse por ambos os companheiros.

Tendo em vista que se um homossexual, de maneira individual, pode ter a adoção deferida de forma menos controversa, por qual motivo um casal homossexual, que tenha uma vida estável e comportamento social livre de qualquer suspeita, não estaria apto a criar uma criança ou adolescente? É o que leciona Silva (*s.d. apud* GRANATO, 2010, p. 153)

A nosso ver, o homossexual pode, sim, adotar uma criança ou um adolescente (e pode, também, assumir sua guarda ou tutela). Mas o deferimento de pedido de colocação em família substituta dependerá, precipuamente, do comportamento dele frente à sua comunidade, isto é, ficará na dependência de o juiz apurar a conduta social do requerente em casa, no trabalho, na escola, no clube, enfim, no meio social onde vive. [...] O que impedirá, pois, o acolhimento do pedido de colocação em família substituta será, na verdade, o comportamento desajustado do homossexual, jamais a sua homossexualidade.

Em posição desfavorável segue Liberati (*s.d. apud* GRANATO, 2010, p. 153) “impedimento absoluto e insanável é àquele que proíbe a outorga da adoção a duas pessoas, em conjunto, do mesmo sexo. Não é possível, pelo menos nos dias de hoje, aceitar como família dois homossexuais”.

Como exposto, a adoção homossexual é alvo de controvérsias, sendo motivo de vários posicionamentos doutrinários, a favor ou contra. Mas, o que realmente devemos ter em mente não é a opinião individual, ou mesmo a opinião coletiva de uma sociedade, mas sim, aquela fundada no melhor interesse da criança ou adolescente, alvo do processo de adoção.

Importante frisarmos que apesar do ECA não estabelecer em seus dispositivos a adoção homossexual, isso atualmente não está impedindo aos magistrados de proferir sentenças favoráveis aos casais homossexuais interessados em adotar. Conclusão esta retirada do acórdão proferido pelo desembargador do Tribunal Regional de Rio Grande do Sul:

Adoção. Casal formado por duas pessoas do mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união

formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que as crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as ligam a 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 da criança e adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime (TJRS, AP. Cív. 70013801592, 7ª Cam. Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 5-4-2006)⁷.

Insta salientar que, como visto ainda neste tópico em pequena exposição, esse não é o posicionamento de muitos integrantes do poder executivo, religioso ou social discordando assim, cada qual com seus argumentos. Como exemplo, temos os ensinamentos de Venosa (2008, p. 289) “não existe previsão na legislação para a adoção por duas pessoas do mesmo sexo, por casais homoafetivos, como reporta a nova nomenclatura”. Venosa entende que a adoção homossexual não deve ser permitida pelo fato de não ter lei que a defina e autorize previamente.

⁷<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=apela%E7%E3o+c%EDvel+70013801592+TJRS&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDec>

4 A ADOÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS

4.1 União Homoafetiva x União Estável

O legislador civilista, ao redigir o texto do art. 1.723 do CC/02, reproduzindo parcialmente a redação, dada pelo legislador constituinte, ao § 3º do art. 226 da CF/88, especificou que será reconhecida como entidade familiar “união estável entre o homem e a mulher”.

Ora, isso nos remete a uma discriminação por parte dos legisladores, discriminação essa que jamais poderia estar descrita em uma Constituição, a qual presa pela igualdade de todos, sem qualquer distinção.

Apesar do texto constitucional e civil fazer tal menção, não nos é permitido passar por cima dos princípios constitucionais que nos permitem dar uma interpretação extensiva quanto aos direitos e deveres que norteiam tanto a união estável, quanto a união homossexual, não nos impedindo, portanto, de entender que, ambos os dispositivos, abrem caminhos para outras formas de entidade familiar. Em mesma posição encontra-se Pena (2008, p. 148)

Se sustentada pelo afeto e pelo amor, estabelecendo comunhão plena de vida, é possível a união entre pessoas do mesmo sexo, surgindo, daí, mais uma forma de entidade familiar. Caso contrário, estaremos desrespeitando frontalmente os princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade e da liberdade.

Neste contexto, temos a opinião de Dias (2001, p. 80/81,) a qual foi lecionada com bastante propriedade:

Nada justifica o estabelecimento da distinção de sexos como condição para a identificação da união estável. Passando, duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo, a manter uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem. A única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre um homem e uma mulher é a inexistência da possibilidade de gerar filhos. Tal circunstância, por óbvio, não serve de fundamento para a diferenciação levada a efeito. Como a capacidade procriativa ou a vontade de ter prole não são elementos essenciais para que se empreste proteção legal a um par, é de reconhecer-se a incompatibilidade da regra com o preceito igualitário, que dispõe de maior espectro.

Segundo Moschetta (2009), a homossexualidade teve árdua trajetória até que se chegasse ao reconhecimento de sua função no espaço social e familiar. Entretanto, com a evolução das sociedades e por meio de movimentos sociais, ela vem conquistando reconhecimento nas diversas partes do mundo. O reconhecimento advém de manifestações sociais que clamam por seus direitos como sujeitos com status jurídico, como, por exemplo, os de registro em cartório de uniões de pessoas do mesmo sexo, recebimento de benefícios previdenciários e, se comprovada à estabilidade, adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos.

Neste contexto, o Estado, mesmo que passando por cima dos ensinamentos religiosos e opiniões sociais, os quais ainda se circundam de preconceitos, vem tomando decisões que antes eram impossíveis de ser imaginadas. Tais decisões estão sendo tomadas em conformidade com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Em 05 de maio de 2011, ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, após julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4-277, que discutia a possibilidade de equiparar a união homoafetiva à união estável, prevista no art. 1.723 do CC/02, que as relações entre pessoas do mesmo sexo seriam sim, equiparadas às uniões entre casais heterossexuais.

Para ilustrar a decisão da Suprema Corte, trazemos a ementa do recente julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) que, além de equiparar a união homoafetiva à união estável, a converteu em casamento, tendo em vista a redação do § 3º do art. 226 da CF/88.

Procedimento de Jurisdição Voluntária. Relacionamento homoafetivo. Pedido de conversão de união estável em casamento. Indeferimento pelo Juiz de Primeiro Grau. Inconformismo dos requerentes.

O Supremo Tribunal Federal em decisão proferida na ADI nº 4-227/DF, atribuiu eficácia *erga omnes*⁸ e efeito vinculante à interpretação dada ao art. 1.723, do Código Civil, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, desde que configurada a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com objetivo de constituição de família. A Constituição da República determina seja facilitada a conversão da união estável em casamento, portanto, presentes os requisitos legais do art. 1.723, do Código Civil, não há como se afastar a recomendação constitucional, conferindo a união estável homoafetiva os mesmos direitos e deveres dos casais heterossexuais, tal como sua conversão em casamento precedente do STJ que admitiu o próprio casamento homoafetivo, a ser realizado por simples habilitação. *In casu*, forçoso é de se concluir que merece reforma a decisão monocrática, convertendo-se a união estável caracterizada nos autos em casamento. Provimento do Recurso⁹.

Como não há uma lei regulamentando o casamento entre homossexuais, o processo de habilitação dos mesmos é encaminhado a Justiça, para que seja analisado o caso concreto. Somente, posterior análise, é que os casais poderão ir ao Cartório de Registro, para, finalmente, oficializar sua relação. É o que aconteceu com dois casais no estado de Minas Gerais, o primeiro, constituído por duas mulheres residentes na cidade de Passos (MG) e o segundo por dois homens na cidade de Manhuaçu (MG).

No primeiro caso, a celebração ocorreu após a decisão favorável da juíza da 1ª Vara Cível do Fórum de Passos, que, segundo Rebuzzi (2012, p. 17) ressaltou em sua sentença que

⁸ Expressão utilizada no meio jurídico para indicar que os efeitos de algum ato ou lei atingem todos os indivíduos de uma determinada população ou membros de uma organização.

⁹ <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21623175/apelacao-apl-72523520128190000-rj-0007252-3520128190000-tjrj>

“não nos cabe à análise da questão por aspectos pessoais ou religiosos – mas de maneira que conjugados todos os institutos de Direito vislumbramos uma disparidade no tratamento dos iguais”. No segundo caso não foi diferente, o juiz da Comarca de Manhuaçu, afirmou ter liberado a união de acordo com sua consciência e com base na lei. Rebuzzi (2012, p.19) descreve os dizeres do juiz que homologou a decisão: “Tomei minha decisão livre de qualquer pressão religiosa ou preconceito. Simplesmente apliquei o Código Civil”.

O juiz lembra que não se trata de uma questão de religião ou Igreja. Fundamentando sua decisão com base no posicionamento do STF e explicando que a Constituição determina que o Estado incentive a conversão da união estável em casamento. (REBUZZI, 2012)

Podemos perceber que as relações entre casais do mesmo sexo, mesmo repugnada pela religião e discriminada socialmente por alguns indivíduos, cada vez mais adquirem seu espaço em meio à sociedade.

4.2 O tratamento adotado pelo Estado no que tange a adoção por casais homossexuais e heterossexuais

Como exposto em tópicos anteriores, casais homossexuais e heterossexuais nada se diferenciam quando atendidos todos os requisitos que caracterizam uma união estável. Sendo assim, direitos e deveres são por eles compartilhados. Não tendo motivo algum, no que se refere à adoção, para tratamento diverso. Imperando, desta forma, um dos princípios fundamentais constituídos em nossa carta Magna (CF/88), o princípio da igualdade.

Quanto aos requisitos necessários para a adoção, a lei é silente no que se refere à adoção por homossexuais, não sendo encontrado impedimento algum para que a mesma não seja deferida.

O Estatuto da Criança e do adolescente, não ressaltou a orientação sexual na habilitação para a adoção, e reforça ainda mais a integral adequação à Constituição Federal, que, expressamente, veda qualquer forma de discriminação, incluindo a discriminação sexual ou por orientação sexual. (MOSCHETTA, 2009)

Neste contexto, Peres (2006, p. 210) leciona que “após preenchidos os requisitos legais necessários, o pretense adotante deverá ser analisado como qualquer outra pessoa, a fim de se verificar se tem condições de acolher uma criança [...]”.

E prossegue:

A escolha de vida da pessoa, ou de maneira mais clara, a homossexualidade, não constitui, por si só, um impedimento, salvo se ficar comprovado que pode ocasionar reais prejuízos ao menor. Uma alegação genérica, que estigmatize a homossexualidade como sendo maléfica para todo pedido de adoção, é insuficiente, necessitando de uma análise de conveniência e oportunidade, que comporta um juízo discricionário, mas não arbitrário.

4.2.1 Entidade Familiar: Interpretação do artigo 226, §§ 3º e 4º da Constituição Federal

A entidade familiar tem como objetivo a constituição de família. E é isso que a diferencia de qualquer outro relacionamento afetivo. É com base na constituição de família que o art. 226, da CF/88, foi inovado, excluindo de sua redação a locução “constituída pelo casamento”, dando assim, total tutela constitucional às demais entidades familiares implícitas no nosso ordenamento jurídico. Não sendo, em hipótese alguma, admissível a exclusão de qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

A norma estabelecida pelo §3º do art. 226, da CF/88, diz que o Estado dará proteção às uniões estáveis reconhecidas como entidade familiar, não determinando espécie alguma de entidade. Sendo assim, a proteção estatal será auferida por toda relação afetiva reconhecida como entidade familiar. Pois, é a família base da sociedade, quem recebe a especial proteção do Estado, não o casamento.

A norma deixa claro que deverá o Estado facilitar a conversão da união estável em casamento, mas não impõe qualquer condição relacionada à efetividade da conversão para que a proteção do Estado seja concedida. Mesmo que seja mantida a união estável, o legislador, em hipótese alguma, poderá dificultar a proteção estatal, ela será conferida à entidade familiar de forma completa, sem qualquer punição por não ter optado pela conversão.

Neste contexto, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como caracterização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, consiste na liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor responda à sua realização existencial. (LÔBO, 2009)

A regra contida no § 4º do art. 226 da CF/88, assim como no § 3º, trás em seu corpo a inclusão de outras entidades familiares. O termo “também” impele concluir que, além das entidades expressas no ordenamento, há também outras que são amparadas por ele. Para Lôbo (2009, p. 61) “os tipos de entidades familiares expressos nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargos de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa”. Lôbo (2009, p. 61) segue explicando que “as demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, [...] conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade”.

Posto isto, utilizando-se das palavras de Pena (2008, p. 170), conclui-se que “se duas pessoas do mesmo sexo decidem estabelecer comunhão plena de vida, cumprindo os deveres

de lealdade, respeito e assistência, e estando unidas por laços afetivos sólidos e duradouros, deve esta relação ser reconhecida como entidade familiar e receber a efetiva tutela do Estado”.

4.2.2 Princípio da pluralidade das formas de família x princípio da não discriminação

O princípio da pluralidade das formas de família e o princípio da não discriminação são espécies do princípio da liberdade, que por sua vez, é um direito inviolável, assegurando a cada uma das pessoas o desenvolvimento da sua personalidade, dentro da entidade familiar que escolher, que, como já vimos, é a função do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da pluralidade das formas de família tem o escopo de proibir a exclusão de qualquer forma de representação social, assegurando o seu reconhecimento e a proteção estatal de todas.

O art. 3º, IV da CF/88, constitui o princípio da não discriminação, sendo considerado objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, tem a função de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação.

É baseado nesses princípios que o Estado decidiu tomar decisões que, para a religião não estão de acordo com sua moralidade e doutrina, sendo, por isso, incansavelmente criticado. Religião e sociedade andam juntas, mas como a sociedade sente-se no dever de evoluir, algumas pessoas que a constitui estão, seja de forma compulsória ou mesmo por livre vontade, aceitando as novas entidades que hoje são protegidas pelo Estado. Mas isso não nos faz excluir àqueles que consideram pecaminosas as entidades formadas por pessoas do mesmo sexo, tornando assim, parte da sociedade ainda preconceituosa, no que se refere a este tipo entidade.

A religião, com sua doutrina regrada, não aceita, em hipótese alguma, a união de casais do mesmo sexo. Como visto em tópicos preliminares, para a religião aceitar tal forma de convivência como família seria colocar a espécie humana no caminho da extinção. Pois, segundo sua doutrina, Deus fez homem e mulher para que a espécie humana pudesse ser difundida e agora, transformando toda a criação de Deus em atos e fatos os quais não foram para isso constituídos, é findar o mundo por Ele criado.

Neste contexto podemos concluir que a tarefa do Estado, para com essas novas entidades é de grande responsabilidade, pois religião e sociedade ainda possuem grande influência sobre os deveres do Estado.

4.3 Adoção consentida ao casal homossexual

A adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais sempre foi muito questionada pelo Estado, sociedade e religião. O Estado por sua vez, diante das modificações que o ordenamento passou, viu-se obrigado a mudar seu posicionamento que, antes, era totalmente contrário ao que hoje é defendido através dos princípios, por não ter ainda uma regulamentação legal. Quanto à sociedade, como visto em tópico anterior, mesmo sofrendo com as influências religiosas vem, aos poucos, transformando seus conceitos.

O Estado baseando-se nos princípios constitucionais e, principalmente, no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, vem proferindo decisões a favor das famílias homoafetivas, pois, para ele, o que deve prevalecer não é o que a religião prega, ou o que a sociedade quer, para ele, o que deve de fato prevalecer é o interesse da criança ou do adolescente a ser adotado pelo casal.

Para confirmar a atuação do Estado temos em pauta uma ementa do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo como Julgador do recurso a 4ª turma do Tribunal.

Direito Civil, Família. Adoção de menores por casal homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da Família. Presença de fortes vínculos afetivos entre 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.¹⁰

Com base nessa ementa percebe-se que a questão da adoção por casais homossexuais é matéria que não deve ser mais discutida, se obedecidos todos os requisitos para a concessão da adoção.

Conforme exposição acima, na atual legislação, não há nenhum impedimento para que adoção pleiteada por casais homossexuais seja deferida, abrindo, assim, espaço para interpretações amplas quanto ao deferimento ou não de adoção por casais do mesmo sexo.

Com o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar, a obtenção da guarda de uma criança ou adolescente por estes casais tende a tornar-se mais fácil, contrariando dessa forma os argumentos utilizados por alguns doutrinadores, como Peres, por exemplo, que dizia não poder uma criança ser adotada por um casal homossexual por não ser este considerado uma entidade familiar, e que, segundo o ECA, para uma criança ser adotada, precisaria de uma família substituta. PERES (2006)

4.3.1 A ausência da figura paterna ou materna

¹⁰ <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21623175/apelacao-apl-72523520128190000-rj-0007252-3520128190000-tjrj>

Uma das questões que levaram a adoção por homossexuais tornar-se matéria polêmica, é a ausência de uma das figuras paternas. Leite (1996) sustentava que a figura do homem e da mulher era essencial na fase de desenvolvimento da criança e que, a ausência de uma delas, poderia provocar uma falta de reconhecimento das diferenças entre homem e mulher. Incurrendo dessa forma, em uma debilidade em sua identificação sexual.

Pesquisadores apresentaram um estudo sobre a homoparentalidade, o qual mostrou resultado contraditório ao posicionamento de Leite. O estudo constatou que não há diferença alguma no desenvolvimento de crianças e adolescentes adotados por casais homossexuais ou heterossexuais. (FARIAS; MAIA, 2009)

Já a religião com seu conceito conservador tenta impor sua posição, conforme nos expõe Strong (2006 *apud* FARIAS; MAIA, 2009, p.41)

Recentemente em fevereiro de 2006, o Vaticano pronunciou-se apresentando uma postura totalmente contra a união entre pessoas do mesmo sexo e a adoção por estas, sob a alegação de que seria um dano grandioso para as crianças/adolescentes a convivência com pessoas homossexuais.

Neste contexto, cabe ao Estado analisar o caso concreto para identificar se a convivência com pessoas do mesmo sexo poderá trazer alguma conseqüência para o adotando.

Insta salientar que, o desenvolvimento de uma criança ou adolescente não depende única e exclusivamente das pessoas que a circundam, mas, principalmente, da necessidade que cada uma tem de um lar onde possa crescer e ter segurança, assim como afeto, carinho e dedicação. É com base nessas questões que Levinzon (2004 *apud* FARIAS; MAIA, 2009, p.113) disserta sobre o desenvolvimento saudável da criança.

A adoção prevê à criança um lar permanente e uma base social segura que vai ao encontro de suas necessidades básicas. Se ela não pode ser criada por seus pais biológicos, ser adotada e criada como uma pessoa que tem uma família lhe dá condições para que possa crescer com segurança e equilíbrio. Vários estudos, como o de Sptiz (1979), demonstram que, por melhores que sejam as instituições, não podem oferecer ao ser humano as condições que ele necessita para se desenvolver de modo adequado no plano afetivo. Os bons cuidados físicos não são suficientes para proporcionar o crescimento emocional normal. As crianças necessitam de pais, de afeto, de uma família, enfim de cuidados mais individualizados.

A entrada de uma criança em uma família substituta não pode ser decidida pelo tipo de casal que deseja adotá-la. Muito pelo contrário, a colocação de uma criança/adolescente em uma nova família deve fundamentar-se no interesse dela mesma. Não importa quantos pais ou quantas mães, ou se é somente um dos pais que irá fazer o papel fundamental de criá-las, até porque, esse não é um requisito estabelecido pelo Estatuto.

4.3.2 O convívio com pais do mesmo sexo e o desenvolvimento psicossocial do adotando

Sabemos que qualquer criança, adolescente, adulto ou idoso está passível de desenvolver qualquer problema, seja ele social, psíquico ou clínico.

O que definirá se alguém terá seu desenvolvimento afetado não são as pessoas com as quais convive, não serão elas causadoras do mau desenvolvimento. É o que ocorre em casos de adoções por casais homossexuais.

As mais variadas opiniões sociais sustentam que o convívio das crianças e adolescentes com pessoas que possuem uma vida afetiva com outras do mesmo sexo, pode trazer distúrbios ao seu desenvolvimento psíquico, mas, como explica Farias e Maia (2009, p. 171) o desenvolvimento problemático “independe da orientação sexual do adotante [...] eventuais complicações no desenvolvimento humano podem ocorrer em diferentes situações que não exclusivamente quando a família é homoparental”.

Quanto à orientação sexual dos pais, psicólogos entendem que não há nenhuma influência na dos filhos. Posto isto, se assim fosse casais heterossexuais não poderiam ter em sua família um filho com sexualidade diferente daquela que sempre conheceu, ou em casos de famílias monoparentais a sexualidade do filho seria definida de acordo com a sexualidade daquele que o cria e assim sucessivamente.

Estas questões são manifestações preconceituosas que tentam abalar o posicionamento jurídico quanto à adoção por casais do mesmo sexo.

Barcellos (2010) ressalta que independentemente da orientação sexual dos parceiros, o papel de “pai” é complementado pelo de “mãe” na condução do “filho (a)”, sem que isto signifique afirmar que no futuro, a criança apresentará desvios de comportamento na área da sexualidade.

A preocupação, quanto à convivência e o desenvolvimento do adotado, deve estar focada no modo como o casal lida com sua orientação sexual e a forma como enfrenta os preconceitos. Pois, não tiverem condições de enfrentar a sociedade em que vivem, ou a doutrina religiosa que os cerca, não estando aptos a criar uma criança/adolescente que, futuramente, possa enfrentar os desafios sociais.

É importante que o casal homossexual que requeira a adoção esteja adaptado socialmente e tenha um comportamento que os deixem livres de qualquer repúdio social, para que assim a adoção pretendida pelos mesmos seja deferida. É o que nos explica Farias e Maia (2009, p. 180) em uma pesquisa realizada com psicólogos, os quais discursaram sobre aspectos que consideram importantes quanto ao convívio e desenvolvimento da criança e adolescente com casais do mesmo sexo.

[...] o fato de os pais lidarem bem com a própria sexualidade, passando deste modo um sentimento de naturalidade e segurança para a criança em relação à homoparentalidade, o que a ajudaria, inclusive, a conviver melhor diante das possíveis críticas sociais. Além disso, há o fato de os pais estimularem a estabilidade emocional dos filhos, uma vez que eles já deverão conviver com constantes dificuldades decorrentes das diferenças sociais.

Alguns psicólogos entendem que o convívio de crianças ou adolescentes com pais homossexuais, permitirá que estas desenvolvam adequada capacidade emocional para enfrentar as questões sociais do cotidiano. Desenvolvendo desse modo, maior tolerância quanto às diversidades sexuais.

Com o exposto, percebemos que a convivência com pais homossexuais não influencia no desenvolvimento do adotando. Podendo, torná-los capazes e maduros para enfrentar os preconceitos sociais. Mas, vale ressaltar, que esse não é um posicionamento único, muitos divergem sobre o assunto, ponderando, cada um, sobre sua maneira de ver a evolução social.

5 RELIGIÃO, SOCIEDADE E ESTADO X O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Por estudo preliminar, percebemos que a religião, em tempos passados, nada tinha contra a relação entre pessoas do mesmo sexo, mas como pôde ser visto no decorrer do trabalho, a concepção da religião sofreu alterações por influências sociais as quais, até a atualidade, não foram modificadas.

A Igreja considera essencial para a formação de uma família a presença do homem e da mulher. Para ela, não seria possível a concepção de uma família composta por dois homens ou duas mulheres.

A explicação que a religião utiliza, para considerar a entidade familiar formada por casais homossexuais não um pecado, mas um ato atentatório a moral, se perfaz diante da impossibilidade dos mesmos de procriar, pois, segundo a doutrina religiosa, o sexo deve ocorrer somente com o intuito da reprodução e dentro do casamento, a prática do ato sexual fora dessas condições é considerada inadmissível.

Dias (2006 *apud* FARIAS; MAIA, 2009, p.40) explica:

A concepção bíblica busca a preservação do grupo étnico baseada no Gênesis e na história de Adão e Eva, de que a essência da vida é o homem, a mulher e a sua família. A suposta crença de que a Bíblia condena a homossexualidade serve de justificativa para o ódio e a crueldade contra gays e lésbicas.

A doutrina religiosa é rigorosa quanto aos ensinamentos por ela ditados. E, por isso, “é bastante complicado tentar desassociar a cultura de um povo com a crença na qual ele está inserido. Sendo assim, é de suma importância ao questionarmos a validade da adoção por homossexual conhecermos a opinião da sociedade como um todo [...]” (CARVALHO, 2009, p. 54)

Cabe-nos, porém, alertar segundo o entendimento de Lima (2006, p. 41) que:

Em diversas comunidades e ambientes católicos, é crescente a tolerância de padres e religiosos para com fiéis que não seguem à risca a moral sexual oficial da igreja. Esta tolerância inclui os fiéis homossexuais que possuem companheiros. Há no catolicismo uma forte tendência da adaptação à sociedade contemporânea, sobretudo no nível das bases. Esta tendência às vezes entra em conflito com a hierarquia e com segmentos conservadores da própria Igreja.

Pelo entendimento de Lima acima descrito, percebemos que o que vem mudando não é a doutrina rigorosa que a Igreja prega, mas sim, o comportamento e o posicionamento daqueles que nela atuam.

Insta salientar, que a mudança de comportamento dos indivíduos que pregam a prática religiosa, vem sofrendo alterações pelo fato de aqueles que a compõem serem membros da mesma sociedade que está em evolução, e com isso sentem necessidade de, com

ela evoluir. Diante disso, o Estado vendo a evolutiva sociedade, deixou de considerar a prática homossexual um crime social.

Hodiernamente, sem aprofundarmos no assunto que neste trabalho já foi tratado, o Estado encontrou-se diante de uma situação que lhe demandava imparcialidade: não tinha como deixar de enxergar que os conceitos sociais estavam sendo modificados e precisava ali, empregar seu papel de “Estado protetor”.

Hoje, o Estado presa pelo melhor interesse da criança e do adolescente, princípio consagrado no art. 227 da CF/88.

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

O princípio representado no artigo acima descrito tem como escopo assegurar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, fazendo com que os interesses dos mesmos sejam preservados sobre quaisquer outros.

A Convenção Interamericana de Direitos da Criança de 1989 muito contribuiu para que o princípio do melhor interesse da criança e adolescente fosse consolidado. O art. 3º da Convenção descreve:

Art. 3º- Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar-social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Não podemos deixar de mencionar que o princípio em estudo encontra-se presente, também, no atual Código Civil, no art. 1.584, que descreve como a guarda unilateral de uma criança ou adolescente deverá ser requerida e decretada, art. 1.612, que faz menção ao filho reconhecido e por fim, art. 1.691, que dá proteção ao patrimônio dos filhos.

O Estatuto da Criança e Adolescente é, por Pereira e Melo (1988, p.267), considerado o representante “[...] mais eficaz de nossos diplomas legais no sentido de especificar linhas de apreensão do melhor interesse da criança”.

No ECA o princípio em comento encontra-se evidente nos art. 4º e 5º, os quais seguem a receita do art. 227 da CF/88 bem como nos art. 6º e 43 do mesmo ordenamento.

Como prova inequívoca que o princípio do melhor interesse da criança e adolescente vem sendo respeitado, citamos a decisão do juiz da 1ª Vara da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro, quanto à guarda de F.R.E. (C), filho da cantora C.E., a qual viveu em união homoafetiva por mais de quatorze anos com M.E. . O juiz, no dia 08 de janeiro de 2002

concedeu a guarda provisória de “C” a M.E. por considerar que o melhor para o bem estar da criança seria permanecer em companhia de M., a qual considerava mãe. (PENA, 2008)

Ressaltamos, porém, que o princípio do melhor interesse tem como finalidade priorizar e não excluir outros direitos ou interesses, sejam estes da própria criança/adolescente, ou de pessoas que com elas estejam envolvidas. Segundo Lôbo (2009, p.55) “o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”.

Com efeito, quando o interesse da criança for considerado o melhor para seu bem estar, deve este estar acima de qualquer doutrina ou opinião, seja religiosa, social ou estatal. Pois, como visto, até mesmo o Estado deve ser imparcial para que o interesse da criança ou adolescente seja preservado sem qualquer interferência.

Temos, no Brasil, cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da faixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão, em regra, ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia me dizer por quê? Será possível que a estupidez histórica construída escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o suficiente para dizer: - "Sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais"? [...] Dois neurônios seriam, então, suficientes para concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. [...] Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: - "que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?" (ROLIM, 2002)¹¹.

¹¹ www.rolim.com.br/cronic162.htm

6 APRESENTAÇÃO DO RESULTADO DA ENTREVISTA REALIZADA EM 10 DE MAIO DE 2012 COM A PSICÓLOGA JURÍDICA

6.1 Preliminares da entrevista

A entrevista que será apresentada em tópicos a seguir foi realizada com a participação de uma psicóloga jurídica cujo nome e local de trabalho não poderão ser divulgados.

O instrumento utilizado para a entrevista é constituído de um roteiro contendo seis questões, as quais foram respondidas de forma clara e objetiva.

Com o escopo de trazer o entendimento de um profissional que lida com situações como a do tema abordado, a entrevista vem aclarar os conceitos pré-existentes que infelizmente insistem em permanecer no íntimo de muitos indivíduos, e principalmente, se não findar, minimizá-los.

Cabe-nos ressaltar, que a entrevista foi realizada com apenas um profissional da área e, portanto, não podemos de forma alguma generalizar o posicionamento da entrevistada aos demais profissionais.

6.2 A entrevista

Preliminarmente a questão a ser tratada foi a homossexualidade, tendo em vista ser o ponto de partida do estudo.

A primeira pergunta foi assim realizada:

A homossexualidade é definida no próprio desenvolvimento humano ou é meramente uma escolha?

Como resposta, a psicóloga entrevistada declarou:

“Hoje se considera que a homossexualidade trata-se de uma mistura de fatores, resultado de influências biológicas, psicológicas e socioculturais. Nunca uma determinação genética ou uma opção racional. A consequência do desejo sexual acontece progressivamente no desenvolvimento humano e não é uma opção e sim uma orientação. Em alguns casos ela se dá na infância. Geralmente os homossexuais descobrem sua inclinação sexual no início da adolescência, tem fantasias homoeróticas, passam a ter experiências sexuais e assumem a sua homossexualidade no início da vida adulta. O intervalo de tempo entre descobrir-se homossexual e revelar-se pode ser longo e alguns não se revelam nunca”.

A entrevista não deixa dúvidas de que a homossexualidade sofre influências tanto do organismo humano, quanto da sociedade, mas deixa claro que a homossexualidade é desenvolvida no próprio ser humano. Por isso, o termo empregado é orientação e não opção,

posto que, “[...] a tendência sexual começa a se manifestar mais ou menos aos sete anos de idade, neste período a criança ainda não possui capacidade avaliativa e que possamos chamar de escolha”. (FERRAZ, 2008, p.1)¹². Por isso, grande parte dos homossexuais começa a descobrir sua homossexualidade somente na adolescência, onde possuem maior capacidade de identificação.

Continuando a entrevista, passamos a abordar um ponto bastante questionado, tanto por psicólogos, quanto por qualquer indivíduo que compõe uma sociedade. A sexualidade dos pais poderia influenciar a sexualidade dos filhos? É com base nesse questionamento que a segunda pergunta foi realizada à entrevistada.

A orientação sexual dos pais interfere na opção sexual dos filhos?

A psicóloga relata:

“Nada comprova que a falta de modelo heterossexual acarretará perda de referência, a tornar confusa a identidade de gênero, nem vislumbram a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato dos pais serem homoafetivos”.

Pelas palavras da psicóloga, podemos perceber que ainda não há respostas sobre esta questão. Mas não é preciso muitos estudos para chegar à conclusão de que se assim fosse, em uma família monoparental o filho, certamente, seguiria a orientação sexual de quem o cria ou em uma família cujos pais são heterossexuais os filhos não poderiam ter uma orientação homossexual.

A terceira pergunta feita à entrevistada faz referência ao momento em que deve ser informada à criança ou adolescente, a orientação sexual das pessoas com as quais convive. Será possível perceber que, em sua resposta, a psicóloga enfatizou também o modo como a adoção pleiteada por casais homossexuais é tratada pelos profissionais encarregados de avaliar o perfil de cada requerente à adoção.

A pergunta foi assim formulada:

A orientação sexual dos pais homossexuais deve ser informada à criança no princípio do processo de adoção?

“A Resolução nº 01/99, do Conselho Federal de Psicologia, estabelece normas de atuação para os profissionais em relação à orientação humana e veda qualquer tipo de tratamento discriminatório com relação à homossexualidade, ratificando que esta não se trata de doença, desvio ou distorção, portanto a adoção por casais homoafetivos seguirá os mesmos passos do processo de adoção que casais com orientação heterossexual e quanto à informação

¹² www.portaleducação.com.br

a ser dada a criança, variará conforme a idade da mesma, seus questionamentos e sua capacidade de entendimento. As orientações serão feitas pelos atendimentos psicossociais que todas as crianças em processo de adoção passam, cada uma com suas peculiaridades”.

Enfatizando que a homossexualidade não é uma doença, mas sim uma orientação, a entrevistada, indiretamente, faz menção a um dos princípios constitucionais fundamentados na dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, onde relata que, independente da orientação sexual do requerente a adoção (heterossexual ou homossexual), o processo será o mesmo, não sofrendo qualquer discriminação.

Para a psicóloga, não existe um momento definido para que a criança, ou adolescente, tenha conhecimento da orientação sexual de seus pais. Isto dependerá do desenvolvimento de cada uma.

Prosseguindo, sabemos que um dos grandes questionamentos que pairam sobre a adoção por casais homossexuais refere-se ao estado psicossocial da criança, como ela enfrentaria a sociedade tendo como pais dois homens ou duas mulheres. Tendo isto em vista, foi realizada a pergunta:

É possível perceber algum tipo de alteração psicossocial de crianças em lares, cujos pais tenham orientação homossexual? Se sim, como é feito o acompanhamento visando o melhor interesse da criança?

“Não há registros de efeitos danosos ao desenvolvimento moral ou à estabilidade emocional das crianças que vivem com casais homoafetivos”.

De fato, podemos concordar com a opinião da psicóloga entrevistada, posto que, para alguns, o estado psíquico da criança ou adolescente pode tornar-se bem mais tolerável às variações de orientação sexual que atualmente existem. Nesse mesmo entendimento segue Pappas¹³.

[...] os filhos de pais gays apresentam diferença quase nula de aprendizagem, saúde, funcionamento social e outras medidas, essas crianças podem ter vantagem de possuir uma mente mais aberta, tolerante e modelos de comportamento para relações igualitárias [...]. Pesquisas mostram que filhos de casais do mesmo sexo – adotados ou biológicos – não são piores do que filhos de heterossexuais na saúde mental, funcionamento social, desempenho escolar e outras variedades de sucesso na vida.

A penúltima pergunta da entrevista foi formulada com base na educação e desenvolvimento dos filhos adotados por casais homossexuais. Vejamos a pergunta realizada:

¹³ <http://www.livescience.com/17913-advantages-gay-parents.html>

A orientação sexual dos pais influencia na educação e no desenvolvimento social da criança?

“A função parental não está contida no sexo e sim na forma como os adultos, que estão no lugar de cuidadores, lidam com as questões de poder e hierarquia no relacionamento com os filhos, com as questões relativas a problemas disciplinares, de controle de comportamento e de tomada de decisão. As atitudes que compõe a função parental são de responsabilidade, que favorece a individualidade e a autoafirmação por meio do apoio e amor, exigência que, nada mais é do que atitude de supervisão, amor e disciplina para com os filhos. Essas atitudes não estão relacionadas ao sexo das pessoas”.

A entrevistada esclarece que o desenvolvimento social e a educação de uma criança ou adolescente nada tem a ver com a sexualidade de quem eles convivem. Para ela, a educação e o desenvolvimento dependem da forma como estes são empregados.

Indo de encontro ao término da entrevista, a sexta pergunta é de extrema importância ao trabalho, por envolver o tema do mesmo.

Neste tipo de processo é adotado o princípio do melhor interesse da criança? Descreva-o.

“O que impedirá, pois, o acolhimento do pedido de colocação em família substituta será, na verdade, o comportamento desajustado do homossexual, jamais a sua homossexualidade. Deve-se observar se o candidato reúne certas características, tais como: equilíbrio emocional, estabilidade profissional, maturidade, disponibilidade afetiva para educar e criar uma criança, capacidade para amar, consciência do papel que irá desempenhar e ambiente familiar saudável”.

Para a entrevistada o melhor interesse da criança/adolescente será atendido desde que o comportamento dos requerentes homossexuais a adoção, esteja livre de qualquer desajuste social. Pois, uma criança/adolescente vivendo com pessoas as quais possuem condutas duvidosas seria um atentado ao princípio em comento, não sendo, portanto, o melhor para o adotando.

A psicóloga deixa claro que, outros requisitos são necessários para verificar se a família requerente é o melhor para a criança.

Assim, podemos concluir que o princípio do melhor interesse sempre estará à frente de qualquer outra razão, seja social, religiosa ou moral. Tendo como fiel protetor o Estado, o qual, sempre que achar o melhor interesse, o deferirá.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pode ser visto, a adoção por casais homossexuais ainda não é regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Posto isso, é perceptível o quão a adoção por estes casais ainda percorrerá para alcançar o seu escopo, assim como ocorreu com a família, a qual tinha todo o poder familiar concentrado nas mãos de um só membro e que, hoje possui total igualdade entre seus componentes, sendo excluído o pátrio poder; a união estável como a união homossexual que era repugnada, tanto pelo Estado, quanto pela sociedade aos poucos foram vencendo as dificuldades impostas por uma sociedade conservadora e preconceituosa e hoje possui os mesmo direitos de um casal heterossexual em mesmas condições.

O ECA não mencionou em qualquer de seus dispositivos, autorização ou impedimento algum para a concessão da adoção de crianças e adolescentes a casais homossexuais, nem impôs qualquer requisito diferente daqueles impostos a casais heterossexuais. Portanto, cabe-nos entender que a família constituída por pessoas do mesmo sexo não é impedimento para que uma criança ou adolescente seja adotada, desde que sejam atendidos os requisitos necessários.

É importante lembrarmos ainda o que vimos em tópicos anteriores: a união por homossexuais, hoje, é equiparada à união estável entre heterossexuais tendo, portanto, àqueles os mesmo direitos destes, inclusive o de adotar.

Muitos daqueles que compõem a sociedade e seguem a doutrina religiosa, se recusam a aceitar tanto a união por homossexuais como principalmente a adoção por eles pretendida, justificando-se que a criança ou adolescente submetida a este tipo de família poderá sofrer preconceito nas escolas, nas ruas ou em grupos de amigos quando estes souberem que sua família é constituída por dois pais ou duas mães, ou quem o adotado poderá ter como exemplo se há a ausência de uma das figuras paternas. Cabe-nos, neste contexto, sermos maduros o suficiente para entender que não é a ausência de um pai ou uma mãe que interferirá no desenvolvimento de um filho, pois se assim fosse, como seriam as crianças e adolescentes que vivem hoje em uma família monoparental, ou que vivem somente com um de seus genitores devido a fatos como separação, morte etc. Cabe-nos, também, refletir que a convivência com casais que possuem o mesmo interesse sexual, não quer dizer que um atuará como mãe e outro como pai, pelo contrário, ambos atuarão para o adotado como dois pais ou duas mães.

Insta salientar, que o que impedirá a adoção por um casal homossexual, não é a orientação sexual por eles definida, mas sim seu comportamento, sua vida perante a sociedade, o que, como sabemos, são requisitos também exigidos de um casal heterossexual.

Diante dos estudos acima apresentados, concluímos que o que deve realmente ser levado em conta, o primordial para a criança ou adolescente, é o desenvolvimento e o bem estar de cada uma delas, respeitando desde sempre o seu direito constitucional de ter uma família, onde possa ser amada, respeitada e feliz.

REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais**. Aspectos Jurídicos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *In: VADE MECUM*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências. *In: VADE MECUM*. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1267.
- _____. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. *In: VADE MECUM*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 965-997, 2010.
- _____. Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis 8.060, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. *In: VADE MECUM*. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p.2050, 2010.
- _____. Tribunal de justiça do Estado de Minas Gerais. Procedimento de Jurisdição Voluntária. Relacionamento homoafetivo. Pedido de conversão de união estável em casamento. Indeferimento pelo Juiz de Primeiro Grau. Inconformismo dos requerentes. Relator Desembargador Luiz Felipe Francisco. Rio de Janeiro, 17 de abril de 2012. **Jusbrasil**, Rio de Janeiro, abr. 2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adoção. Casal formado por duas pessoas do mesmo sexo. Possibilidade. Apelação Cível nº700013801592. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Bagé, 5 de abril de 2006. **Poder Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Diário da Justiça, 12 de abr. 2006.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adoção. Direito Civil. Família. Adoção de menores por casal homossexual. Recurso Especial nº 889852- RS 2006/0209137-4. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 de abril de 2010. **Jusbrasil**, 10 de ago. 2010.
- BARCELLOS, Chyntia. Adoção homoparental: a quebra de um tabu. **Consulex**. São Paulo. v.34, n. 334, p.33-34, dez. 2010.
- CARVALHO, Cleber Alves de. **Adoção por homossexuais**. Disponível em: <<http://unidosnafe.com.br/joomla1.5/mensagens-evangelicas-de-reflex-o/adoc-o-porhomossexuais-monografia-de-cleber-alves-de-carvalho/all-pages#.UA9Nh2Gnt4I>>. Acesso em: 24 jul. 2012.
- DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- FARIAS, Mariana de Oliveira e; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por Homossexuais: A família Homoparental sob o olhar da Psicologia Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRAZ, Ana Luiza. **Opção ou orientação sexual.** Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/psicologia/artigos/4123/opcao-ou-orientacao-sexual>>. Acesso em: 11 jul.2012

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** Doutrina e Prática. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010.

Haidar, Rodrigo, Supremo reconhece união estável homoafetiva. **Consultor Jurídico.** 2011. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-mai-05/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva> >. Acesso em 09 jul.2012

HERCULANO-HOUZEL, Suzana. **Preferências ou opção sexual?.** <Disponível em:http://www.medicina.ufmg.br/projetohorizonte_old/artigo.htm>. Acesso em: 12 jul.2012

LEVINZON, Gina Khafif. **Adoção.** São Paulo: Caso do Psicólogo, 2004, p.12.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção Internacional.** São Paulo: Malheiros, 1995. p. 518.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOCHETTA. **Homoparentalidade:** Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos. Curitiba: Juruá, 2009.

PAPPAS, Stephanie. **Porque os casais homossexuais podem ser os melhores pais.** Disponível em: <<http://www.livescience.com/17913-advantages-gay-parents.html>>. Acesso em: 12 jul.2012

PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das Famílias e das Pessoas:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. A família. **Instituições de direito civil:** Direito de família. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Cap. 82, p. 25-64.

_____. A adoção como parentesco civil e como Família Substituta. **Instituições de direito civil:** Direito de família. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Cap. 93, p. 403-441.

_____. União Estável. In: _____. **Instituições de direito civil:** Direito de família. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Anexo A, p.573-596.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais:** fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.210.

PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. **Infância e juventude:** os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. v. 6, Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, 2003, p. 267.

REBUZZI, Melina. Minas Gerais celebra os primeiros casamentos homossexuais no Estado. **Recivil,** Minas Gerais, n. 60, p. 17-21, abr. 2012

ROLIM, Marcos. **Casais homossexuais e adoção**. Crônica a respeito da decisão judicial da guarda do filho de cássia Eller. Disponível em: <www.rolim.com.br/cronic162.htm>. Acesso em: 13 jul. 2012.

SANCHES, Maria da Glória Perez Delgado. **Pesquisa-Direito de Família**. Disponível em: <<http://diviliv.blogspot.com.br/2007/10/lei-n-66971979-cdigo-de-menores.html>>. Acesso em 05 jul.2012.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **Estatuto do Adolescente**: Comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 441.

STRONG, B. Vaticano faz ofensiva contra “cultura gay”. **Folha de São Paulo**, São Paulo, p. A10, 21 fev. 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 289.

WEBER, Lígia. **Pais e Filhos por Adoção no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 114.