



**FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS – FAMESC
CAMPUS BOM JESUS DO ITABAPOANA
CURSO DE GRADUAÇÃO BACHARELADO EM DIREITO**

ANDRÉ LUIZ POEYS DE OLIVEIRA

**O REGISTRO CIVIL A PARTIR DA ADOÇÃO POR CASAS
HOMOAFETIVOS SOB O PRISMA JURÍDICO BRASILEIRO**

BOM JESUS DO ITABAPOANA
Novembro de 2016

ANDRÉ LUIZ POEYS DE OLIVEIRA

**O REGISTRO CIVIL A PARTIR DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS
SOB O PRISMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do curso de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof^a. Ma. Viviane Bastos Machado da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

BOM JESUS DO ITABAPOANA
Novembro de 2016

FICHA CATALOGRÁFICA
Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves
4/2016

O48r Oliveira, André Luiz Poeys de.

O registro civil a partir da adoção por casais homoafetivos sob o prisma jurídico brasileiro / André Luiz Poeys de Oliveira. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2016.

63 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2016.

Orientadora: Viviane Bastos Machado.

Bibliografia: f. 63.

1. Adoção 2. Família 3. União homoafetiva 4. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. Título.

CDD 342.81

ANDRÉ LUIZ POEYS DE OLIVEIRA

**O REGISTRO CIVIL A PARTIR DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS
SOB O PRISMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Monografia avaliada em ____/____/____

Formatação: () _____

Nota final: () _____

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Revisor de Metodologia

Professor(a) Revisor de Conteúdo

Professor(a) Revisor de Conteúdo

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho à minha família, por todo o incentivo e ajuda para que fosse possível a sua realização.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela dádiva da vida, saúde e força para confeccionar este trabalho

À minha família pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

À minha orientadora Viviane Bastos pelo suporte e dedicação dispensados.

Aos meus nobres colegas de turma que fizeti parte desta etapa decisiva em minha vida.

“Só engrandecemos o nosso direito à vida cumprindo o nosso dever de cidadãos do mundo.”

Mahatma Gandhi

RESUMO

A adoção é procedimento pelo qual dá a condição de filho à pessoa estranha à família, criando vínculo de paternidade. É procedimento excepcional, priorizando a manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, possui intervenção do Estado. No Brasil, a adoção é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil, ambos, com as alterações trazidas pela Lei 12.010/2009. A Constituição Federal proíbe a distinção entre filhos naturais, nascidos ou não do casamento e os filhos adotados. O presente trabalho pretende demonstrar a possibilidade da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos apesar de não existir norma regulamentadora, sendo dividido em três capítulos. O primeiro demonstrará as características do instituto da adoção, os efeitos, os legitimados e a evolução histórica. Já no segundo capítulo se demonstrará o conceito da união homoafetiva, seu surgimento, os direitos adquiridos, seu conceito como entidade familiar e os princípios que a norteiam. Por fim, no terceiro tópico será demonstrada a possibilidade da adoção de crianças e adolescentes por famílias homoafetivas dando ênfase ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, trazendo julgados de vários Tribunais do país, demonstrando que apesar de não haver no país norma regulamentadora sobre a união homoafetiva, já é possível vislumbrar após anos de luta várias conquistas de direitos dos homossexuais, inclusive o de formar uma família com filhos, dando às crianças e adolescentes carentes a possibilidade de possuir um lar, uma família, uma vida digna.

Palavras-chave: Adoção. Família. União Homoafetiva. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT

Adoption is a procedure in which a person who is a stranger for a family wired be a son or daughter, creating a paternity bond. It is an exceptional procedure, prioritizing the kid's or teen's maintenance at the natural or extensive family, it has state's intervention. In Brazil, adoption is governed by the Kid's and Teen's Statute and Civil Code, both with the changes brought by Law 12.010 / 2009. The Federal Constitution doesn't allow any differences between natural, born from the wedding or not and the adopted children. This paper will show the possibility of kid's and teen's adoption by homosexual couples, although there isn't any regulatory norm, it's separated in three chapters. The first, the characteristics of the adoption institute, the effects, the legitimated and the historic evolution will be presented. In the second chapter the concept of the homosexual union, it's becoming, the rights developed, its concept family entity and the principles which makes sense to it will demonstrated. Finally, in the third topic, the possibility of the adoption of kids and teens by homosexual families, will be demonstrated emphasizing the best interest of the child or teen, bringing judged from bots of Tribunaes of the country, showing that although there isn't any regulatory norm about the homosexual union, it's already possible glimmer after years of bight bots of conquests of rights of the homosexuals, one of them the possibility of having a home, family and a worthy life.

Keywords: Adoption. Family. Union Homosexual. Principle of Interest Children's Best

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ART. – Artigo

CC – Código Civil

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

ECRIAD – Estatuto da Criança e do Adolescente

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

Resumo	
Abstract	
Lista de Siglas e Abreviaturas	
1 INTRODUÇÃO.....	11
2 ADOÇÃO	13
2.1 Conceito e natureza Jurídica.....	13
2.2 Evolução histórica.....	15
2.3 Características.....	18
2.4 Legitimados.....	20
2.4.1 Os legitimados no poder da adoção: aquele que pode adotar.....	20
2.4.2 Quem pode ser adotado.....	23
2.5 Requisitos e procedimento.....	24
2.6 Adoção internacional.....	29
2.7 Efeitos da adoção.....	32
3 DA UNIÃO HOMOAFETIVA.....	36
3.1 Família: - da origem às entidades familiares.....	36
3.2 Os principais princípios norteadores do direito de família.....	44
3.2.1 Princípio da solidariedade familiar.....	45
3.2.2 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros.....	46
3.2.3 Princípio da não intervenção ou da liberdade.....	47
3.2.4 Princípio da afetividade.....	48
3.2.5 Princípio da função social da família.....	49
3.3 Da união homoafetiva.....	49
4 DA ADOÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO DOLESCENTE.....	52
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo a possibilidade jurídica da realização da adoção por pares homoafetivos. Sabe-se que a adoção é instituto regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90 e pelo Código Civil, ambos com as alterações feitas pela Lei 12.010/2009, a Lei de Adoção. Adoção é ato jurídico solene que dá a alguém a condição de filho, criando vínculo de afetividade, é medida excepcional, devendo priorizar a manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, entendendo-se como extensa os parentes próximos, pois a adoção deve ser a última medida tomada.

De acordo com a Constituição de 1988 é dever da família, da sociedade e do Estado a proteção integral da criança e do adolescente, enquanto pessoa em desenvolvimento, merecendo proteção maior e a garantia da convivência familiar, devendo ser observado o princípio do melhor interesse do menor.

Assim em um primeiro momento é abordado sobre o instituto da adoção e todos os procedimentos elencados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata da adoção do menor de 18 anos, e pelo Código Civil, que trata da adoção do maior de 18 anos, aplicando-se no que couber as regras do ECRAD.

A primeira legislação a tratar sobre o instituto foi o Código Civil de 1916, trazendo a adoção apenas para dar aos casais estéreis a oportunidade de criarem um filho como seu, não garantindo a eles, no entanto, quaisquer direitos, nem mesmo os sucessórios.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento ou por adoção, proibindo qualquer distinção ou discriminação relativa à filiação. O Código Civil de 2002 trouxe um capítulo específico sobre a adoção, entretanto, o Código Civil contemplava disposições não inteiramente compatíveis com o Estatuto da Criança e do Adolescente, criado em 1990 e que dispunha de regras específicas sobre a adoção dos menores de 18 anos, ensejando dúvidas sobre a aplicação da referida lei. Tal dúvida foi sanada em 2009 com a criação da Lei de Adoção, lei 12.010 que revogou as disposições específicas do Código Civil sobre adoção, mantendo apenas as disposições genéricas.

Ainda de acordo com a Constituição a família é base da sociedade, merecendo especial proteção do Estado, pois é na família que surge o desenvolvimento da personalidade de seus membros, sendo imprescindível o respeito às peculiaridades de cada um, preservando a dignidade de todos, sendo o afeto a base fundante da família.

A família sofreu várias transformações durante os séculos, antes vista como fonte econômica e de modelo patriarca, atualmente dá-se ênfase à dignidade da pessoa humana, enfatizando a igualdade entre cônjuges e filhos, existindo vários tipos de famílias, entre elas a homoafetiva.

A homossexualidade foi alvo durante anos do preconceito e do desprezo da sociedade, que via a homossexualidade como uma doença, como um distúrbio psicológico e não como uma maneira de ser e viver. Atualmente apesar de ainda existir o preconceito por parte de alguns, a união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar, equiparando-se à união estável, com os mesmos direitos e deveres, podendo inclusive ser convertida em casamento, ou ser realizado o casamento de forma direta.

Apesar da evolução, ainda é predominante o preconceito, não havendo qualquer legislação vigente no país que regulamente a união homoafetiva, se baseando os Tribunais na analogia, crescendo a cada dia a jurisprudência.

Ao se tratar da adoção por pares homoafetivos vê-se que apesar da ausência de norma regulamentadora, vários direitos a eles inerentes vêm sendo conquistados, inclusive o de formar uma família com filhos, apesar dos grandes obstáculos. Apesar de existirem várias decisões a favor, ainda é grande a discussão sobre as consequências que uma adoção por pessoas do mesmo sexo pode trazer à criança ou adolescente, a maior delas é a influência sobre a sexualidade do adotando.

Em um país que existe um grande número de crianças em situações de risco e abandono, buscando a possibilidade de ganharem um lar, cheio de afeto e amor, por que impedir por mero preconceito a adoção por casais homoafetivos, que desejam apenas a consagração de um lar.

2 DA ADOÇÃO

A adoção é uma forma de colocação da criança ou adolescente em família substituta, criando um vínculo jurídico definitivo e irrevogável. No Brasil o instituto da Adoção é regido pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil, ambos com as alterações dadas pela Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009, a Lei Nacional de Adoção, trazendo o Código Civil apenas normas de caráter geral.

A Constituição Federal proíbe quaisquer distinções entre os filhos naturais e os filhos adotivos, configurando o princípio da igualdade entre irmãos independentemente da origem.

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Adoção é ato construído sob bases jurídicas onde, alguém dá a condição de filho à pessoa estranha à família, criando vínculo de paternidade entre adotando e adotado, dando origem à relação de parentesco civil, sendo ato solene e não mais negócio jurídico, como era no código Civil de 1916. Trabalho da defensoria pública define a construção do conceito de adoção:

Adoção é um procedimento legal que consiste em transferir todos os direitos e deveres de pais biológicos para uma família substituta, conferindo para crianças e adolescentes todos os direitos e deveres de filho. No entanto, essa forma de colocação em família substituta se dá somente quando forem esgotados todos os recursos oferecidos para que a convivência com a família original seja mantida, sendo dessa forma medida excepcional. (BRASIL, 2014, p. 06)

Sílvio Venosa define a adoção como negócio jurídico que cria relações de paternidade, independentemente do vínculo biológico:

A filiação natural ou biológica repousa sobre o vínculo de sangue, genético ou biológico; a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção contemporânea é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a

gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico. (VENOSA, 2014, p.285)

Por ser medida excepcional quando a situação da criança ou adolescente reclama intervenção do Estado, deve-se priorizar sua manutenção na família natural ou extensa. Apenas quando constatada a inviabilidade dessa medida, pode-se cogitar adoção da criança ou do adolescente por família substituta. Por família extensa entende-se os parentes mais próximos que poderão manifestar interesse em cuidar da criança, caso contrário, se recorrerá à adoção. Assim dispõem os artigos 25 e o §1º do artigo 39, ambos da Lei 8.069/90:

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.331) “adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”. A Constituição de 1988 garante aos filhos os mesmos direitos proibindo qualquer discriminação, inclusive ao filho adotado. A partir do momento em que a adoção se conclui, com a sentença judicial e o registro de nascimento, o adotado se converte integralmente em filho, não podendo haver distinção dele quanto aos demais.

Art.227. [...]

§6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 2015, p. 134)

Assim, é possível identificar com clareza que a adoção não é negócio jurídico, mas ato jurídico que estabelece a alguém a filiação civil, a condição de filho à pessoa que lhe é estranha. Nesse diapasão leciona Paulo Lobo (2011, p. 273) quanto a natureza jurídica da adoção:

A adoção é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos. Não é negócio jurídico unilateral. Por dizer respeito ao estado de filiação, que é indisponível, não pode ser revogada. O ato é personalíssimo, não se admitindo que possa ser exercido por procuração (art. 39 do ECA). (LOBO, 2011, p. 273)

Dessa forma, a adoção deixa de possuir caráter contratualista, não se tratando mais de um negócio jurídico, como era regida pelo Código Civil de 1916,

passando a ter assistência do Poder Público e a obrigatoriedade de sentença judicial, seja na adoção de menor ou maior.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O instituto da adoção era utilizado desde a Antiguidade como forma de perpetuar a família, no caso de pessoas sem filhos, era uma forma de culto familiar, desta forma identifica o autor Gonçalves (2012, p.332-333) que:

Assim, a mesma religião que obrigava o homem a casar-se para ter filhos que cultuassem a memória dos antepassados comuns, a mesma religião que impunha o divórcio em caso de esterilidade e que substituía o marido impotente, no leito conjugal, por um seu parente capaz de ter filhos, vinha oferecer, por meio da adoção, um último recurso para evitar a desgraça tão temida da extinção pela morte sem descendentes: esse recurso era o direito de adotar. (GONÇALVES, 2012, p. 332-333)

Na Grécia chegou a desempenhar relevante função política e social, todavia, foi disciplinado e ordenado no direito romano, expandindo-se de maneira notória. Na Idade Média a adoção deixou de ser usada, pois no direito canônico prevalecia o sacramento do matrimônio, a família cristã.

No Brasil o instituto da adoção só foi disciplinado no Código Civil de 1916, com base nos princípios romanos. Conforme Silvio Venosa (2014, p. 291) tal instituto era destinado a continuidade da família, proporcionando aos casais estéreis a oportunidade de terem um filho e dar continuidade ao legado, entretanto, tal adoção só poderia ser realizada por casais com mais de 50 anos de idade, sem filhos legítimos.

Originalmente, o Código disciplinou a adoção conforme tendência internacional da época, isto é, como instituição destinada a dar prole àqueles que não tinham e não podiam ter filhos. A adoção somente era possível, por exemplo, na propecta idade de 50 anos. (VENOSA, 2014, p. 291).

Com o tempo a adoção era destinada não somente a dar a casais estéreis a oportunidade de terem filhos, adquirindo caráter humanitário para que os menores abandonados pudessem ter um lar.

De acordo com Roberto Gonçalves (2012, p. 333) foi criada a lei 3.133, de 08 de maio de 1957 permitindo a adoção por pessoas de 30 anos de idade, aumentando assim, as chances de mais crianças desamparadas serem adotadas.

Essa modificação nos fins e na aplicação do instituto ocorreu com a entrada em vigor da Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957, que permitiu a adoção por pessoas de 30 anos de idade, tivessem ou não prole natural. O legislador não teve em mente remediar a esterilidade, mas sim facilitar as adoções, possibilitando que um maior número de pessoas, sendo adotado, experimentasse melhoria em sua condição moral e material. (GONÇALVES, 2012, p.333)

Embora fosse permitida a adoção, os filhos adotivos não eram vistos como legítimos, por esta razão, não possuíam direito à sucessão hereditária, pois continuavam ligados à família consanguínea. De acordo com o Código Civil de 1916 o parentesco natural não se extinguia com a adoção, transferindo-se apenas o poder familiar ao adotante.

Ainda no sistema do Código Civil de 1916 era admitida a adoção do nascituro, o que foi totalmente abolido pelo Código Civil de 2002, por depender de um acontecimento futuro e incerto, que seria o nascimento com vida. Todavia, isso não impede que uma gestante compareça à Vara da Infância para registrar o desejo de dar seu filho à adoção logo após o parto, onde serão tomadas todas as providências cabíveis.

Outra situação muito comum, e que vem sendo muito questionada pelo Poder Judiciário é a “adoção à brasileira”, sendo um caso ilegal de pais imbuídos no desejo de ver o futuro do filho adotivo garantido, com os mesmos direitos que os filhos legítimos, optando assim pelo registro da criança no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, como se seu filho fosse, sem passar pelos procedimentos da adoção.

Devido à grande demanda do instituto da “adoção simulada” ou “adoção a brasileira” foi criada a Lei 4.655/65 para regularizar tal situação.

A Lei nº 4.655, de 02 de junho de 1965 introduziu no ordenamento brasileiro a “legitimação adotiva”, como proteção ao menor abandonado, com a vantagem de estabelecer um vínculo de parentesco de primeiro grau, em linha reta, entre adotante e adotado, desligando-o dos laços que o prendiam à família de sangue mediante a inscrição da sentença concessiva da legitimação, por mandado, no Registro Civil, como se os adotantes tivessem realmente tido um filho

natural e se tratasse de registro fora do prazo. (GONÇALVES, 2012, p. 334)

A Lei 4.655/65 introduziu no ordenamento brasileiro a legitimação adotiva, que consolidava o princípio da igualdade total entre os filhos, inclusive os adotados, era uma forma de proteção ao menor abandonado, desligando-o totalmente da família consanguínea e fazendo constar no Registro Civil do adotando, os adotantes como pais naturais. No entanto, a Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979, o Código de Menores, revogou a Lei 4.655/65, substituindo a legitimação adotiva por adoção plena, praticamente visava as mesmas características, e tinha por fim atingir aos menores de 18 anos que viviam em situação irregular, integrando-os na família adotiva.

Ainda nos dias atuais a “adoção à brasileira” ainda é muito comum e usual, quando, por exemplo, o homem envolvendo-se com uma mulher já grávida resolve ao nascimento da criança registrá-la como seu, estabelecendo assim, um vínculo afetivo. No entanto, comum também, a atitude do homem ao fim de um relacionamento frustrado ingressar com ação negatória de paternidade do filho que reconheceu espontaneamente. Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 925-926) isso caracterizaria ato ilícito objetivo, pois ao registrar como seu um filho que sabia ser de outro, a pessoa cria expectativas de que se comportará realmente como pai. A propositura de ação negatória de paternidade evidenciaria um comportamento contraditório, inadmissível pela quebra de confiança e lealdade, por essa razão a jurisprudência vem mantendo o vínculo afetivo estabelecido entre pai e filho.

O Código Civil de 1916 tratava por sua vez, da “adoção simples”, dava ao adotado mero parentesco civil não o desvinculando da família natural, era revogável por vontade de qualquer das partes.

Em 1990 entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, onde a adoção passou a ter nova regulamentação, determinando sobre a “adoção plena” aos menores de 18 anos, e “adoção simples” aos maiores de 18 anos, que seria regido pelo Código Civil de 1916, vigor até então àquela época.

Passaram a ser distinguidas, assim, duas espécies legais de adoção: a civil e a estatutária. A adoção civil era a tradicional, regulada pelo

Código Civil de 1916, também chamada de restrita porque não integrava o menor totalmente na família adotante, permanecendo o adotado ligado aos parentes consanguíneos, como já mencionado, exceto no tocante ao poder familiar, que passava para o adotante, modalidade está limitada aos maiores de 18 anos. A adoção estatutária era prevista no estatuto da Criança e do Adolescente para os menores de 18 anos. Era também chamada de adoção plena, porque promovia a absoluta integração do adotado na família adotante, desligando-o completamente de seus parentes naturais, exceto no tocante aos impedimentos para o casamento. (GONÇALVES, 2012, p. 334)

O Código Civil de 2002 introduziu capítulo próprio a respeito da Adoção, todavia, não eram totalmente compatíveis com as disposições do ECRIAD, gerando dúvida sobre a vigência da referida lei, dúvidas essas sanadas com a entrada em vigor da Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009, conhecida como Lei Nacional da Adoção, que revogou e alterou alguns artigos do Código Civil e do ECRIAD, passando o Código Civil a tratar apenas de regras gerais em seu artigo 1.618 e 1.619.

Em seu artigo 1.618 o Código Civil determina que a adoção de crianças e adolescentes seja realizada na forma prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, já o artigo 1.619 preceitua que “a adoção dos maiores de 18 anos dependerá da assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei 8.069/90.” (BRASIL, 2015, p. 403)

As mudanças trazidas pela Lei Nacional de Adoção vêm para facilitar os processos de adoção, dando-lhes mais rapidez para que mais crianças e adolescentes possam ser adotados e terem um lar.

2.3 CARACTERÍSTICAS

De acordo com o ECRIAD a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, sendo este dispensado quando a criança ou o adolescente forem de pais desconhecidos ou desaparecidos, ou que tenha sido destituído o poder familiar através de processo próprio, tendo em vista que, a adoção é revogável até o trânsito em julgado da sentença constitutiva.

A adoção não pode ser imposta, desconsiderando a relação de filiação existente. A necessidade do consentimento dos representantes legais do adotando, especialmente os pais, envolve a autonomia dos sujeitos, considerando-se o corte definitivo que haverá na relação de parentesco, entre eles, e na transferência permanente de família. Sem o consentimento não poderá haver adoção. O direito de consentir é personalíssimo e exclusivo, não podendo ser suprido por decisão judicial. (LOBO, 2011, p. 280)

Entretanto, uma vez adotado a criança ou o adolescente perdem totalmente o vínculo com a família biológica, sendo todos os vínculos jurídicos anulados, exceto os impedimentos matrimoniais, evitando-se o casamento entre irmãos e entre pais e filhos.

Transitada em julgado a sentença constitutiva da adoção, esta se torna irrevogável, ou seja, irreversível, perdendo a família biológica todo e qualquer direito sobre a criança ou adolescente, no entanto todos esses elementos encontram-se em discussão junto ao Poder Judiciário brasileiro, tanto em relação a irreversibilidade da adoção, quanto em relação à possibilidade da criança de solicitar a reconciliação desse vínculo sanguíneo.

Os pais adotivos passam a ser a família da criança ou adolescente como se biológicos fossem, tendo todos os direitos e deveres para com eles, inclusive os sucessórios, podendo inclusive sofrer a perda do Poder Familiar nos casos previstos pelo ECRID.

A adoção deve levar em conta o princípio do melhor interesse da criança conforme preceitua o artigo 100, parágrafo único, inciso IV do ECRID “IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente [...]”

Dessa forma a adoção somente será deferida quando apresentar reais vantagens ao adotando.

Apesar da perda do vínculo biológico o adotando possui direito a conhecer sua origem biológica, bem como, de obter acesso aos autos de adoção, completados 18 anos. Ao menor de 18 anos pode-se ter acesso aos autos de adoção, desde que, seja assegurada orientação, assistência jurídica e psicológica.

O artigo 48 garante ao adotado o direito de reconhecer sua origem biológica e ter acesso aos autos de seu processo de adoção. Em virtude desse direito, agora expresso, o § 8º do artigo 47 estabelece a necessidade de preservação dos dados dos processos de adoção

e “outros a ele relacionados”. Nessa disposição se incluem o procedimento de habilitação à adoção e a guarda ou a tutela concedida como preparatórias para adoção também. (BARROS, 2012, p.75).

O Estatuto da Criança e do Adolescente com a alteração realizada pela Lei 12.010/09 dispõe que a doção de crianças e adolescentes deve ser realizado através de procedimento judicial, não mais sendo possível a realização de adoção através de procuração ou escritura pública como era realizado anteriormente.

2.4 LEGITIMADOS

Os legitimados são aqueles que podem adotar e os que podem ser adotados, em suma podem adotar todos aqueles maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, sexo, cor, raça, e podem ser adotados não só toda criança ou adolescente até 18 anos, mas também aquele que já atingiu a maioridade.

Apesar de ser priorizada a permanência da criança ou do adolescente no âmbito da família extensa, ou seja, aqueles em que se mantém vínculos de afetividade e afinidade, o ECRAD veda a adoção entre irmãos e por ascendentes, não havendo, no entanto, impedimento para adoção entre parentes colaterais de terceiro e quarto graus.

2.4.1 Os legitimados no poder da adoção: aquele que pode adotar.

O ECRAD dispõe que todas as pessoas, independente do estado civil, desde que maiores de 18 anos podem adotar, nada obsta a adoção de solteiro, viúvo, separado ou divorciado que viva sozinho ou em união estável.

A adoção é um ato pessoal do adotante, e por essa razão não são levados em consideração o estado civil, o sexo, a nacionalidade e a cor do adotante. No caso de adoção requerida por menor de 18 anos, esta será considerada nula, não podendo ser sanada, nem completando a maioridade no curso do processo.

No caso de adoção por duas pessoas deve ser levada em consideração a idade mínima de ambos.

De acordo com o artigo 42, § 2º do ECRID, em se tratando de adoção conjunta, os adotantes deverão ser casados ou viver em união estável, como elemento que forneça a demonstração da estabilidade familiar.

Nas palavras de Paulo Lobo (2011, p. 278) “Não basta o casamento ou a prova da união estável; mister se faz que o casal pretendente da adoção demonstre ter um lar constituído e administrado razoavelmente, de modo que não constitua risco às elevadas responsabilidades decorrentes da filiação.”

Entretanto o §4º do mesmo artigo traz a possibilidade da adoção conjunta de divorciados, judicialmente separados e ex-companheiros, desde que acordem previamente sobre guarda, visitas e que o estágio de convivência tenha se iniciado durante o período do casamento ou união estável, é imprescindível que demonstrem laços de afinidade e afetividade entre o adotando e os adotantes.

O estágio de convivência é determinante para a adoção conjunta por divorciados e ex-companheiros de união estável. Essa modalidade de adoção é possível para contemplar a relação de afetividade que se estabeleceu entre os pais e o filho adotando, antes da separação, desde que aqueles acordem quanto aos critérios de guarda e regime de visita. (LOBO, 2011, p. 279-280)

No Código Civil de 1916 exigia-se que na adoção conjunta o casal deveria obrigatoriamente estar casado no mínimo há 05 anos, atualmente a legislação refuta tal dado, não sendo mais exigido como requisito mínimo a questão temporal.

Não há, no entanto, a obrigatoriedade da adoção conjunta, podendo esta ser individual, independentemente do estado civil do adotante, devendo este, no caso de ser casado ou possuir união estável, possuir a anuência do cônjuge ou companheiro, admitindo-se a adoção unilateral mesmo o adotante casado ou em união estável, conforme o inciso I, do artigo 165 do ECRID:

São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta:

I – qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste; (BRASIL, 2015, p. 1.161)

Além da anuência do cônjuge ou companheiro, a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, sendo dispensado nas hipóteses em que estes sejam desconhecidos ou que tenham sido destituídos

do poder familiar. No caso do adotado ser maior de 12 anos de idade, este também deverá ser ouvido, pois também é necessário seu consentimento.

A adoção, portanto, poderá ser conjunta ou individual, e no caso da primeira poderá ser realizada por casais casados ou em união estável e em casos excepcionais entre divorciados, separados judicialmente e ex-companheiros, há grande discussão, no entanto, quanto à adoção homoafetiva, a adoção por casais do mesmo sexo, o que na atualidade não é uma realidade tão distante, pelo contrário, um assunto já marcante na sociedade atual, que convive com a tolerância e respeito ao próximo, e que apesar de não possuir previsão legal há vários posicionamentos de nossos Tribunais maneira favorável à adoção homoafetiva.

Ninguém pode ser adotado simultaneamente por duas pessoas. Não titulam o direito à adoção conjunta dois adultos não ligados pelo matrimônio ou união estável. Duas pessoas do mesmo sexo, ao contrário do que se entendeu no passado, podem adotar, desde que vivam em união estável ou sejam casadas. (COELHO, 2012, p. 376)

Entre as várias exigências do ECRID para a realização da adoção, é necessário que entre o adotante e o adotado haja a diferença mínima de 16 anos de idade, estabelecendo-se um distanciamento mínimo e razoável entre as idades.

É possível a adoção de quantos filhos quiser, simultânea ou sucessivamente, o que era proibido pelo Código Civil de 1916, onde só podiam adotar somente um filho, os casais com mais de 50 anos de idade e sem filhos, e com no mínimo 05 anos de casamento.

Entre aqueles tidos como não legitimados a adotar, estão os ascendentes, descendentes e irmãos do adotando, por demonstrar total incompatibilidade, pois este tipo de adoção confundiria a relação de parentesco, todavia, a lei não traz impedimento para adoção de colaterais, como por exemplo, tios e sobrinhos.

Através dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 não poderiam adotar os maiores que não tivessem discernimento para a prática desse ato, ou que não pudessem exprimir sua vontade, mesmo que por causa transitória, igualmente eram proibidos de adotar os ébrios habituais e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, considerados absolutamente e relativamente incapazes.

Entretanto, deve-se destacar que tais artigos foram alterados pela Lei 13.146 de 06 de julho de 2015, a Lei da Instituição da Pessoa com Deficiência, onde não mais existe a figura do absolutamente incapaz, assegurando e promovendo a este,

condições de igualdade no exercício de seus direitos, inclusive o de exercer o direito à adoção, tanto como adotante quanto adotado em igual oportunidade com os demais, conforme preceitua o inciso VI, do artigo 6º, da referida Lei.

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Nas hipóteses de falecimento do adotante posteriormente à sentença de adoção, esta vigorará, e face ao seu caráter irrevogável, o adotado terá garantido todos os seus direitos sucessórios.

No caso de falecimento do adotante durante o processo de adoção, esta poderá ser deferida comprovada a inequívoca manifestação de vontade do adotante, podendo ser chamada de “adoção *post mortem*”, todavia, nada obsta de que o adotado seja posto novamente para a adoção com o falecimento dos adotantes.

Porém, no caso de falecimento do adotante no curso do processo, ao proferir a sentença da adoção *post mortem*, os efeitos retroagirão à data do óbito.

2.4.2 Quem pode ser adotado

Qualquer criança ou adolescente até 18 anos é legitimado a ser adotado, cujos pais forem falecidos, desconhecidos ou que tiveram destituídos o poder familiar, ou até mesmo aqueles que entregarem o próprio filho à adoção.

Os maiores de 18 anos também são legitimados a ser adotados, desde que a diferença mínima de idade entre adotante e adotado seja de 16 anos, sendo necessária a assistência do Poder Público e de sentença constitutiva, aplicando-se o Estatuto da Criança e do Adolescente no que couber, como regra geral.

A adoção tanto de menores quanto de maiores possuem as mesmas características, sendo reguladas pelo ECRAD, estando sujeitas a decisão judicial.

Deve ser frisado que a superveniência de filhos naturais ao adotante não anula os efeitos da adoção, até porque a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º veda qualquer distinção ou discriminação entre os filhos, sejam eles naturais ou adotivos.

Nenhuma influência exerce na capacidade passiva da adoção a qualidade de filiação. Não importa se o adotado é filho havido do casamento dos pais ou não, tenha ou não pais conhecidos. A existência de filho adotivo não constitui impedimento à adoção de outra pessoa. A superveniência de filho não anula os efeitos da adoção realizada quando os cônjuges ou companheiros não tinham filhos. (GONÇALVES, 2012, p. 346)

Os irmãos serão preferencialmente adotados pela mesma família, salvo em casos que justifique a excepcionalidade de serem adotados por famílias distintas, rompendo-se os vínculos fraternais.

2.5 REQUISITOS E PROCEDIMENTO

Um dos principais requisitos para a adoção é que ela seja realizada através de processo judicial, pois a Constituição Federal, o Código Civil e o ECRID exigem que a adoção seja assistida pelo Poder Público e dada através de sentença constitutiva, o processo judicial é indispensável, não podendo os adotantes fazê-lo por procuração.

Nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 368), são cinco os principais requisitos para a adoção de criança e adolescente:

Os requisitos para a adoção nacional de criança ou adolescente são cinco: a) inviabilidade da manutenção na família natural ou extensa; b) vantagens para o adotado e legitimidade dos motivos do adotante; c) consentimento dos pais do adotando e, sendo adolescente, também deste; d) sentença deferindo a adoção, proferida em processo judicial, após o obrigatório estágio de convivência do requerente e o menor; e) capacidade e legitimidade do adotante. (COELHO, 2012, p. 368)

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 347) aponta seis requisitos exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a adoção:

a) idade mínima de 18 anos para o adotante (ECA, art.42, *caput*); b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 42, § 3º); c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar; concordância deste, se contar mais de 12 anos (art. 28, § 2º); e) processo judicial (art. 47, *caput*); f) efetivo benefício para o adotando (art. 43). (GONÇALVES, 2012, p. 347)

A adoção é medida extrema e excepcional sendo viável somente quando a manutenção da criança ou do adolescente no âmbito da família natural, não puder mais ser possível, mesmo assim deverá ser priorizada a integração à família extensa ou ampliada, ou seja, aos parentes mais próximos no qual se mantenha vínculos de afinidade e afetividade.

Somente depois de demonstrada a inviabilidade de introduzir a criança ou o adolescente na família extensa é que poderá ser realizada a sua adoção por família substituta.

É de suma importância que os adotantes sejam investigados pelo Poder Judiciário, a fim de que sejam demonstrados os verdadeiros motivos dos adotantes, preservando-se o melhor interesse da criança, bem como sua segurança e dignidade.

Requisito essencial é o consentimento dos pais biológicos ou do representante legal do adotado, no caso de ausência dos genitores pelo seu falecimento, o consentimento será dado pelo tutor. Há casos em que o consentimento será dispensado, se forem desconhecidos os genitores do adotado ou se houver sido destituído o poder familiar de ambos através de processo judicial, garantido a ampla defesa e o contraditório.

Dispensa-se, igualmente, o consentimento nas hipóteses de menor com pais desconhecidos, de inexistência de representante legal e de infante exposto, o que torna impossível a manifestação de consentimento. A alusão a representante legal deriva do fato de serem situações em que as crianças e os adolescentes estão desprovidos dos pais, porque são desconhecidos, ou porque foram destituídos do poder familiar, ou porque não sabem de seus paradeiros. São situações típicas de abandono, para as quais a adoção poderá ser o caminho de convivência familiar, que deve ser franqueada pelo Poder Judiciário. (LOBO, 2011, p. 282)

O consentimento de ambos os pais são indispensáveis, e se forem casados ou conviverem em união estável, o consentimento de um não supre o do outro, pois o poder familiar é atribuído em conjunto.

Segundo Paulo Lobo (2011, p. 280) “o consentimento, contudo, não é exercício de poder familiar, mas resulta diretamente da autonomia pessoal de cada titular. A recusa de qualquer dos pais impede a adoção por terceiro.”

O adotado maior de 12 anos deverá ser ouvido obrigatoriamente, pois o desejo do adolescente é de suma importância para o desfecho do processo.

O artigo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê às gestantes ou mães que queiram fazer entrega voluntária da criança para adoção, por não querer ou não poder assumir a maternidade. A mãe ou gestante será encaminhada ao Juizado da Infância e da Juventude para que seja entregue a criança para a adoção, no caso da gestante, entregar a criança logo após o parto.

Há divergência na doutrina quanto à retratação dos genitores ao manifestarem o seu consentimento. Para Fábio Ulhoa Coelho uma vez dado o consentimento, este é irrevogável, pois o consentimento dado em processo judicial é irrevogável.

Os prejuízos emocionais para o menor seriam enormes se os pais ou o representante legal dessem o consentimento e depois, antes da sentença concessiva da adoção, o retirassem. Por isso, o ECA não confere nenhuma eficácia à retratação dos pais ou representante legal. (COELHO, 2012, p. 370)

Noutro sentido Paulo Lobo (2011, p. 281) leciona que antes da sentença constitutiva da adoção é possível a revogação do consentimento, tornando-se irrevogável somente após o trânsito em julgado da sentença.

O consentimento dado pelos pais, pelos representantes legais e pelo adotando pode ser revogado, no curso do processo de adoção. Tornar-se-á irrevogável após o trânsito em julgado da sentença judicial. (LOBO, 2011, p. 281)

Há a hipótese da família monoparental, quando consta apenas um dos pais no registro de nascimento, sendo somente seu consentimento suficiente. Todavia, se houver reconhecimento paterno ou materno superveniente este não produzirá efeitos se já houver transitada em julgado a sentença de adoção, caso contrário,

dado o reconhecimento de filiação anteriormente à sentença deverá ser dado o consentimento por quem reconheceu a filiação.

Outro requisito principal ao processo de adoção é o estágio de convivência, fixando o juiz o tempo razoável de duração deste estágio, será realizado estudo social e perícia de equipe interprofissional, assistentes sociais, psicólogos e psicanalistas.

O objetivo do estágio de convivência é proporcionar as partes uma mostra de como será a convivência em família após a adoção, e este somente será dispensado pelo juiz quando o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que se avalie a conveniência da adoção.

Segundo Silvio Venosa (2014, p. 308) “esse estágio tem por finalidade adaptar a convivência do adotando ao novo lar. O estágio é um período em que se consolida a vontade de adotar e de ser adotado.”

Aquele que é interessado a adotar deve se dirigir ao Juizado da Infância e da Juventude de sua comarca a fim de ajuizar processo de habilitação estadual e nacional de adoção.

Em cada comarca haverá lista dos inscritos ao cadastro estadual e nacional de habilitação de adoção, aguardando em ordem cronológica das habilitações e lista das crianças e adolescentes em condições de serem adotados.

De acordo com Guilherme Barros (2012, p. 79-80) o cadastro de adotante e adotado é de suma importância, pois aumenta as chances da adoção, as autoridades federais e estaduais terão acesso a esses cadastros, o que permitirá uma troca de informações e a cooperação mútua.

De acordo com a sistemática traçada pelo § 8º, primeiro é tentada a adoção da criança ou adolescente na comarca de origem, através de cadastro previsto no *caput* do artigo 50; caso frustrada essa primeira tentativa de encontrar pessoa ou casal para a adoção, a autoridade judiciária deverá inscrever a criança ou adolescente nos cadastros estadual e nacional. De igual modo, os postulantes que forem habilitados à adoção serão inscritos nos cadastros da comarca, do estado e nacional. (BARROS, 2012, p.79-80)

Deverá ser respeitada a ordem cronológica das habilitações, podendo ser dispensadas nas hipóteses dos artigos 197-E, § 1º e do §13 do artigo 50, ambos do ECRID:

Art. 197-E. Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com a ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

§1º A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no §13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando. (BRASIL, 2015, p. 1.168)

Nos termos do § 13 do artigo 50 do ECRID:

Art. 50 A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de 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 afetividade;

III – oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 03 (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 arts. 237 ou 238 desta Lei. (BRASIL, 2015, p. 1.133)

De acordo com Guilherme Barros:

Essas hipóteses se referem ao deferimento de adoção a postulantes não cadastrados, mas não significa que a adoção será imediatamente deferida. O processo de adoção será levado a efeito regularmente para aferir se o melhor interesse da criança está atendido. Deve haver atuação do corpo interprofissional da Justiça da Infância e Juventude. Estudo social, visitas, entrevistas, exames psicológicos das partes envolvidas são ferramentas importantes, que indicarão se a adoção é de fato a melhor solução para a criança ou o adolescente. Excepcionalmente, o caso concreto pode demonstrar que, embora conviva no seio de sua família extensa e haja postulante à adoção, a criança ou adolescente deve ser retirada daquele ambiente. (BARROS, 2012, p. 81)

Deverá ser realizado relatório do estágio de convivência, depois de ouvidas as partes envolvidas e lido o relatório, o juiz proferirá a sentença constitutiva de adoção, convencido de que a adoção trará benefícios ao adotando, constituindo, dessa forma, o vínculo de filiação.

Após o trânsito em julgado da sentença constitutiva será expedido mandado judicial ao cartório de registro competente para que proceda ao novo registro civil do adotado, sendo lançado o nome dos pais e dos avós, cancelando-se o registro original. O novo registro não poderá conter quaisquer anotações sobre a adoção, já que a Constituição Federal veda qualquer tipo de distinção entre filhos naturais e adotados. Para Carlos Roberto Gonçalves a adoção pode ser declarada nula se ofendidas as prescrições legais:

A adoção pode ser declarada nula se: a) o adotante não tiver mais de 18 anos (ECA, art. 42); b) o adotante não for pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado (art. 42, § 3º); c) duas pessoas, sem serem marido e mulher ou conviventes, adotarem a mesma pessoa (art. 42, § 2º); d) o tutor ou curador não tiver prestado contas (art. 44); e) houver vício resultante de simulação ou de fraude à lei (arts 167 e 166, VI).

A anulabilidade, por outro lado, pode resultar de: a) falta de assistência do pai, tutor ou curador, ao consentimento do adotante, do adotado relativamente incapaz (CC, art. 171, I); b) vício de consentimento do adotante, do adotado e do representante legal deste, proveniente de erro, dolo, coação lesão e estado de perigo (art. 171, II).

Apesar do posicionamento do doutrinador nem o ECRID, nem o Código Civil são expressos quanto a nulidade ou anulabilidade da adoção, aduzindo apenas seu caráter irrevogável.

2.6 ADOÇÃO INTERNACIONAL

A adoção internacional é aquela postulada por pessoa residente ou domiciliada fora do Brasil, porém, ainda é muito polemizada e sofreu inúmeras alterações no decorrer dos anos para que sua concessão tornasse mais rígida, ante o grande número de tráfico internacional de crianças e adolescentes.

A Lei 12.010/2009 trouxe mudanças, tendo como base a Convenção de Haia de 29 de maio de 1993, da qual o Brasil é signatário, o texto foi recepcionado através do Decreto nº 01 de 1999 e promulgada pelo Decreto 3.087 de 1999.

A razão da existência de requisitos específicos e mais rigorosos para adoção internacional reside na dificuldade de acompanhamento e vigilância daquela nova família pelas autoridades brasileiras. Na

adoção nacional, a Justiça da Infância e da Juventude pode verificar o acerto da medida através do Conselho Tutelar e de seu corpo de profissionais, bem como prestar auxílio psicológico em momentos de dificuldades de nova família. Os países signatários da Convenção firmaram entre si o compromisso de tutelar o melhor interesse da criança ou adolescente de forma efetiva nos casos de adoção internacional. (BARROS, 2012, p. 83)

A adoção internacional possui caráter subsidiário, pois a adoção nacional possui mais vantagens à criança ou adolescente residente no país, pois este terá acompanhamento de profissionais habilitados para a integração do adotado à nova família.

O art. 51 do ECRID traz requisitos para a adoção internacional, o primeiro é demonstrar a necessidade de colocação em família substituta, pois a preferência é a manutenção da criança ou adolescente em sua família natural. O segundo é que primeiramente serão esgotadas todas as tentativas de colocação em família substituta brasileira, preferindo-se a adoção nacional, para daí examinar-se a possibilidade de adoção internacional. O terceiro é que o adolescente, com 12 anos de idade completos, será ouvido e levado em conta sua opinião e se encontra preparado para a medida, com parecer interprofissional e ouvido em audiência.

Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente considera-se adoção internacional mesmo feita por brasileiros residentes fora do país, contudo, estes terão preferência sobre os demais estrangeiros, embora os brasileiros residentes no país possuam preferência.

De acordo com o artigo 52-B do ECRID se a adoção for feita por brasileiro residente no Brasil de criança estrangeira, se o país onde houver sido feita a adoção for ratificou a Convenção de Haia, a adoção produzirá efeitos imediatos no Brasil, sem necessidade de homologação, caso o país não seja signatário da Convenção, será necessária a homologação da sentença estrangeira pelo STJ.

Os procedimentos da adoção internacional são os mesmos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente para a adoção nacional, todavia, o pedido de adoção poderá ser intermediada por organizações credenciadas, desde que a legislação do país de origem admita essas entidades e que haja o devido credenciamento junto à Autoridade Central Federal Brasileira.

O credenciamento não é ato jurídico vinculado, mas sim discricionário, a ser concedido mediante requisitos de conveniência e

oportunidade da Administração Pública. Assim, a Autoridade Federal pode limitar ou suspender a concessão de novos credenciamentos quando entender necessário (§ 15). Além disso, a Autoridade Federal pode solicitar, a qualquer tempo, informações sobre a situação de crianças e adolescentes adotados dos organismos credenciados e dos adotantes (§ 10). (BARROS, 2012, p 87)

O credenciamento de organismos internacionais de adoção serve para intermediar e facilitar a ação por estrangeiro, todavia, para o credenciamento desses organismos devem obedecer alguns requisitos, que caso não sejam observados podem dar causa ao descredenciamento. O organismo deve ser originário de país que ratificou a Convenção de Haia e estar credenciado em seu país sede e no dos postulantes à adoção.

Art. 52. [...]

§1º Se a legislação do país de acolhida assim o autorizar, admite-se que os pedidos de habilitação à adoção internacional sejam intermediados por organismos credenciados.

§2º Incumbe à Autoridade Central Federal Brasileira o credenciamento de organismos nacionais e estrangeiros encarregados de intermediar pedidos de habilitação à adoção internacional, com posterior comunicação às Autoridades Centrais Estaduais e publicação nos órgãos oficiais de imprensa e em sítio próprio da internet. (BRASIL, 2015, p. 1134-1135)

Ainda de acordo com o artigo 52 do referido Estatuto, o organismo credenciado deve possuir integridade moral, obedecer a padrões éticos e possuir experiência na área, não deve possuir fins lucrativos, devendo haver supervisão de suas atividades, inclusive financeiras, pelas autoridades de sua sede e do país de acolhida.

O artigo 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente elenca normas específicas a serem seguidas para a adoção internacional, se iniciando com o pedido de habilitação do adotante estrangeiro em seu país de origem, onde será realizado estudo psicossocial por profissionais habilitados, comprovando sua capacidade física, moral psicológica e econômica, as autoridades do país emitirão um parecer acerca dos postulantes, que será autenticado pelo Consulado e traduzido por tradutor juramentado e em seguida encaminhado às autoridades estaduais e federais, com a prova da legislação do país de origem e a prova de sua vigência.

Ainda de acordo com o mesmo diploma legal, depois de expedido o laudo de habilitação internacional, este será encaminhado para o Juizado da Infância e da Juventude do local onde se encontra a criança ou adolescente, cuja validade será de apenas 01 ano, podendo ser renovada. Na adoção internacional também é necessário o estágio de convivência, entretanto, este será obrigatoriamente cumprido em território nacional, pelo prazo mínimo de 30 dias e será acompanhada de equipe interprofissional.

Antes de consumada a adoção, pelo trânsito em julgado da sentença, não será permitida a saída do adotando do território nacional. Transitada em julgado a sentença, a autoridade judiciária determinará a expedição do alvará com a autorização de viagem, inclusive para a obtenção do passaporte.

2.7 EFEITOS DA ADOÇÃO

Os principais efeitos da adoção podem ser de ordem pessoal, dizem respeito ao parentesco, ao poder familiar e ao nome e, podem ser de ordem patrimonial concernentes ao direito sucessório e aos alimentos.

A adoção atribui condição de filho ao adotado, equiparando-se ao consanguíneo, possuindo este os mesmos direitos e deveres, inclusive os sucessórios, havendo total desligamento do adotado com a família de sangue, não existindo qualquer tipo de parentesco entre eles, excetuando-se pelos impedimentos para casamento, conforme artigo 41, caput do ECRID e art. 227, § 6º da CF.

Art. 41. A adoção atribui condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. (BRASIL, 2015, p.1.131)

Apesar do desligamento do vínculo biológico há exceção nas hipóteses em que o cônjuge ou companheiro adota o filho do outro, assim, o filho permanece com os vínculos biológicos e aos respectivos parentes de um deles, estabelecendo-se vínculo com o companheiro ou cônjuge que o adotou, e seus parentes.

Não obstante o desprendimento da família biológica é direito do adotado conhecer sua origem, visto que possui natureza personalíssima, individual, ligado ao

direito da personalidade, não podendo vinculá-lo com investigação de paternidade ou maternidade.

Outro efeito da adoção é quanto ao sobrenome do adotado, podendo este ter seu sobrenome alterado como dos pais adotantes. É direito à identidade pessoal, podendo, inclusive, ter alterado seu prenome.

O sobrenome dos pais adotantes é direito do adotando, que não pode ser dispensado. Se os pais já têm outros filhos biológicos ou adotados, o sobrenome a ser atribuído ao adotando deve ser comum, para não gerar discriminação vedada constitucionalmente. Se são dois os adotantes, sem outros filhos, o sobrenome deve acompanhar o costume brasileiro, compondo-se sucessivamente com os sobrenomes da mãe e do pai. Se apenas um é o adotante, segue-se integralmente seu sobrenome. Se o cônjuge ou o companheiro adotar o filho do outro, segue-se a regra comum da composição dupla. Se o adotado for pessoa maior, com filho, este terá direito, igualmente, à modificação do sobrenome, de modo a adequá-lo ao do ascendente adotado e do ascendente adotante. (LOBO, 2011, p. 290)

Os efeitos da adoção se iniciam a partir do trânsito em julgado da sentença. A sentença de adoção possui natureza constitutiva, criando para as partes um vínculo jurídico antes inexistente.

Com o trânsito em julgado da sentença será expedido mandado judicial para o cancelamento do registro original e a realização da inscrição do registro de nascimento, devendo constar o nome dos adotantes como pais e o nome dos avós, sem qualquer referência à origem adotiva.

Com a adoção, o filho adotivo é equiparado ao consanguíneo sob todos os aspectos, ficando sujeito ao poder familiar, transferido do pai natural para o adotante com todos os direitos e deveres que lhe são inerentes, especificados no art. 1.634 do Código Civil, inclusive administração e usufruto de bens (art. 1.689). Como a adoção extingue o poder familiar dos pais biológicos (art. 1.635, IV) e atribui a situação de filho ao adotado, “desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (ECA, art. 41), deverá o menor ser colocado sob tutela em caso de morte do adotante, uma vez que o aludido poder não se restaura. (GONÇALVES, 2012, p.351)

Assim como já afirmado anteriormente, inclusive com suas discussões a sentença da adoção não possui efeitos retroativos, ou seja, opera efeito *ex nunc*, não obstante a lei traz exceção para a hipótese de falecimento do adotante durante

o curso do processo, antes do trânsito em julgado da sentença, retroagindo à data do falecimento.

Essa determinação legal de retroatividade dos efeitos da adoção à data do óbito é de extrema importância do ponto de vista sucessório. Como a herança é transmitida no momento da abertura da sucessão (direito de *saisine* – art. 1.784, CC), sendo os efeitos da sentença de adoção *ex nunc*, poder-se-ia alegar que o adotado não teria direito à herança, por lhe faltar o status jurídico de filho no momento da abertura da sucessão. Diante a previsão expressa de retroação dos efeitos da sentença à data do óbito, afasta-se qualquer possibilidade de discussão acerca dos direitos sucessórios do adotado. (BARROS, 2012, p. 73)

A adoção é irrevogável e não pode ser extinta por ato das partes, embora existam alguns julgados esparsos admitindo a dissolução da adoção, fundamentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio do melhor interesse da criança.

Ementa: Apelação Cível - Ação Ordinária visando a dissolução de adoção - Demanda ajuizada consensualmente pelo adotante e o adotado - Vínculo estabelecido entre o filho e o marido da mãe biológica que, após quatro anos da consolidação do processo adotivo, separou-se do adotante - Inexistência de qualquer vínculo afetivo entre os envolvidos - Situação mantida formalmente, que acabou gerando a instabilidade psicológica do adotado em face da obrigação de manter um sobrenome com o qual não se identifica - Dever de observância do princípio da dignidade da pessoa humana - inteligência do art. 1º, III, da Constituição Federal - Decisão reformada para julgar procedente a pretensão dos apelantes - Recurso provido. (Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2005.03254-8. Relatora: Desembargadora Naiara Brancher. Julgado em 16/12/2005)

Ementa: Processual Civil – Ação de dissolução do vínculo da escritura pública de adoção – Peculiaridades do caso – Ausência do vínculo afetivo – Relevância – Ato formal – Inexistência de prejuízo.

1. A adoção objetiva a completa integração do adotado na família do adotante.
2. O retorno do adotado ao convívio da família biológica, em menos de um mês do ato de adoção, impede a formação de qualquer vínculo social ou afetivo com a adotante.
3. Sendo a adoção apenas um ato artificial e formal, a mesma não deve subsistir.
4. Recurso provido. (Tribunal de Justiça do estado do Espírito Santo. Apelação Cível nº 19020002184 ES 19020002184. Relator: Desembargador Samuel Meira Brasil Junior. Julgado em 07/08/2007).

De acordo com o § 2º, do artigo 41 do ECRID “é recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária”, dessa forma, o filho adotivo concorre em igualdade de condições com os filhos de sangue.

Quanto aos alimentos, estes são devidos reciprocamente entre adotante e adotado, porquanto decorre da relação de parentesco, devidos aos filhos menores e maiores quando impossibilitados de prover seu próprio sustento.

Pode-se observar que os filhos adotivos possuem os mesmos direitos e deveres de um filho biológico, pois a Constituição Federal proíbe qualquer distinção ou discriminação quanto à filiação. No Código Civil de 1916 os filhos adotivos eram vistos como meros objetos, não possuindo quaisquer direitos, servindo simplesmente para ocupar o vazio trazido nas famílias pela esterilidade e falta de perpetuar o legado da família. Com a entrada em vigor da Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança e o adolescente passaram a ser sujeitos de direito, merecendo integral proteção do Estado, devendo ser observado o melhor interesse do menor.

A adoção é um gesto de amor, de puro afeto, é nos dizeres de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2015, p. 909) “é a materialização de uma relação filiatória estabelecida pela convivência, pelo carinho, pelos conselhos, pela presença afetiva, pelos ensinamentos..., enfim, pelo amor”.

3 DA UNIÃO HOMOAFETIVA

A união de pessoas do mesmo sexo sofreu muitos preconceitos e despertou um grande debate jurídico até ser reconhecida judicialmente, e apesar de várias conquistas ainda não existe norma regulamentadora. As uniões homoafetivas são constitucionalmente protegidas, sendo reconhecidas como entidade familiar, com os mesmos direitos e deveres da união estável, podendo, inclusive, ser convertida em casamento.

Apesar disso, há corrente doutrinária que sustenta que a união entre duas pessoas do mesmo sexo não constitui uma entidade familiar, alegando que a Constituição Federal exige diversidade de sexos. Entretanto, essa corrente minoritária vem sendo massacrada, pois para a corrente majoritária tal posicionamento fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

O fato é que o conceito de família vem mudando com o passar dos anos e atualmente a união homoafetiva é vista como tipo de família.

3.1 FAMÍLIA: – DA ORIGEM ÀS ENTIDADES FAMILIARES

Ninguém sabe ao certo como e quando ocorreu a origem da entidade família, como homens e mulheres viram a necessidade de formar descendentes, mas é certo que perdura há séculos. O significado de família mudou muito durante os anos e na atualidade assume uma noção múltipla, e de acordo Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal (2015, p. 09) “pode dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por laços biológicos ou sociopsicoafetivos, com a intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um.”

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2012, p.24) “a explicação da origem da família está envolta em grandes incertezas. Associa-se o seu surgimento, porque conceitualmente não há alternativa, ao da prática da proibição do incesto, isto é, à regulação das relações sexuais permitidas e proibidas.”

Todavia, é na Antiguidade que surge registros da família, chefiada pelo cidadão romano, o *pater*, que exercia sobre todos a sua autoridade, inclusive a de vida e de morte, ele exercia no lar o poder de juiz, sacerdote, chefe político, a esposa e os filhos eram totalmente submissos a ele, conforme leciona Roberto Gonçalves.

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo *pater*. (GONÇALVES, 2012, p. 34)

A família era a unidade produtiva da época, o trabalho acontecia dentro da própria casa, tudo o que se necessitava produzir para viver era feito pela família. A família durante muitos anos foi marcada por seu patriarcalismo e hierarquia, sempre chefiada pela figura paterna, nela se incluía pai, mãe, filhos e até mesmo escravos.

Durante a Idade Média predominou o direito canônico, em que somente era conhecido o casamento religioso. No Brasil a família sofreu forte influência do direito canônico, que dominou durante a Colônia e o Império, predominando o modelo patriarcal. Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p.10) “a família colonial brasileira teve grande importância, pois era concebida como uma unidade produtiva, refletindo os valores daquela sociedade agrícola, patriarcal, hierarquizada e patrimonialista”.

No período religioso, o direito de família é considerado matéria reservada ao controle da Igreja Católica, religião oficial tanto na Colônia quanto no Império. Desde o descobrimento, Portugal impôs à Colônia seu próprio ordenamento jurídico, mediante as Ordenações do Reino (conhecidas como Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, por derivação dos nomes dos reis que as instituíram), que por sua vez remetiam ao direito canônico da Igreja Católica, em matéria de família. (LOBO, 2011, p.42)

O modelo de família patriarcal, fonte econômica do trabalho familiar sofreu fortes mudanças com as Revoluções Industriais, principalmente com a Revolução Francesa, que contribuiu com o trabalho fora do lar. Consoante os ensinamentos de

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 28) “desde meados do século XIX, a tendência é a de reunir a população em cidades, onde cada pessoa mora num lugar e trabalha noutro.” O chefe de família perde um poder significativo, a organização da família, o poder sobre os filhos e esposa, a família já não mais possui função econômica.

A Revolução Francesa teve grande influência sobre o Código Civil de 1916, onde a formação da família era exclusivamente admitida somente pelo casamento, conforme Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2015, p. 13) “o Direito das Famílias era o complexo de normas e princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e da ausência.”

Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2015, p. 32) “o antigo Código Civil, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, na vã tentativa da preservação do casamento”.

Com o advento da Constituição de 1988 houve significativa redução do modelo patriarcal, e o surgimento do direito de família igualitário e solidário, instaurando direitos iguais entre homens e mulheres, dando proteção à família constituída pelo casamento e reconhecendo o instituto da união estável, e a possibilidade da dissolução, fosse pela separação judicial ou pelo divórcio, e no caso da união estável, seu reconhecimento e dissolução através de escritura pública. Promoveu a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2015, p. 32) “a possibilidade de a dissolução do casamento ocorrer extrajudicialmente subtraiu do Judiciário o monopólio de acabar com a sociedade conjugal. Mas foi a EC 66 que finalmente eliminou o arcaico instituto da separação, consagrando o divórcio como a única forma de acabar com o matrimônio. Com isso não há nem prazos, nem a necessidade de identificar causas para dissolver-se o vínculo matrimonial”.

O Código Civil de 2002 entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003 e introduziu ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, enfatizando a

igualdade entre os cônjuges, proibindo as interferências do poder estatal na vida e decisões do casal e regulamentando o instituto da união estável, como entidade familiar. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 36) “as alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro.”

A partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes; do reconhecimento do direito a alimentos inclusive aos companheiros e da observância das circunstâncias socioeconômicas em que se encontrarem os interessados; da obrigação imposta a ambos os cônjuges, separados judicialmente (antes da aprovação da Emenda Constitucional n. 66/2010) ou divorciados, de contribuírem, na proporção de seus recursos, para a manutenção dos filhos etc. (GONÇALVES, 2012, p. 36-37)

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 12) apresentam um resumo esquemático destacando os principais elementos da família regida pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988:

Quadro 01: Comparativo dos aspectos orientadores da família no CC/16 e na CF/88 e CC/02

Família no CC/16	Família na CF/88 e no CC/02
Matrimonializada	Pluralizada
Patriarcal	Democrática
Hierarquizada	Igualitária substancialmente
Heteroparental	Hetero ou homoparental
Biológica	Biológica ou socioafetiva
Unidade de produção e reprodução	Unidade socioafetiva
Caráter institucional	Caráter instrumental

Fonte: Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, 2015.

A família atualmente está longe de ser um modelo tradicional, pode ser abrangida de vários aspectos, podendo ser formada por um grupo de várias pessoas ou somente de uma, pode ser extensa ou restrita, a primeira formada pelos

cônjuges, companheiros, parentes e afins, a segunda formada pelo pai, mãe e filhos. Para Carlos Roberto Gonçalves a família pode ser unida por laços de sangue ou afinidade:

Lato sensu, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins. (GONÇALVES, 2012, p. 23)

Durante muitos anos as leis tratavam como família somente aqueles ligados pelos laços de sangue e pelo casamento, todavia, com evolução social, a Constituição Federal de 1988 realizou verdadeira revolução ao Direito de Família, passando a destacar a família como base da sociedade que mereceria proteção integral do Estado, “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. (BRASIL, 2015, p. 134)

A Constituição Federal não faz referência a determinado tipo de família, a norma é interpretada de maneira ampla, e não mais somente a família constituída pelo casamento. Paulo Lobo (2011, p. 83) assevera que “as entidades familiares explicitadas nos parágrafos do artigo 226 da CF são meramente exemplificativos. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família.”

Para Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 33-35) não é possível identificar somente um tipo de família, pois há uma grande diversidade de tipos de família, todavia, de acordo com a trajetória evolutiva pode-se chegar a conclusão que existem três modelos de família, a tradicional, a romântica e a contemporânea.

Na família tradicional, que existiu até meados do século XIX, o pai era o poderoso chefe e torno do qual gravitavam os demais membros. A ele competiam todas as decisões: escolher a profissão dos filhos homens, definir as amizades que a mulher e filhas podiam cultivar, determinar os horários em que elas podiam sair de casa e a companhia que estavam autorizadas a ter. [...] Na família romântica, que existiu entre os meados do século XIX até os anos de 1960, o pai perde boa parte de seu poder tirânico, mas continua ainda centralizando a vida da família. [...] A família contemporânea é resultado da mudança significativa na condição da mulher na sociedade, ocorrida na segunda metade do século passado. (COELHO, 2012, p.33-35)

Ainda de acordo com os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho o direito de família se define por tratar de certas relações jurídicas entre sujeitos. Na família as principais relações jurídicas são as horizontais e as verticais.

As relações horizontais são as de conjugalidade, empregada a expressão aqui num sentido muito amplo, que abarca todos os enlaces entre duas pessoas adultas (não irmãs) voltadas à organização da vida em comum. Mantêm relações horizontais de família os casados, os que vivem em união estável, em união livre e as pessoas do mesmo sexo em comunhão de vida. As relações verticais são as de descendência e ascendência, como as que unem pais aos filhos, avós aos netos. (COELHO, 2012, p.38-39)

As relações horizontais há muito já não são o único vínculo formador do núcleo familiar, pois além do casamento, a família também pode ter seu núcleo formado a partir de relações verticais, como no caso de adoção de filho por pessoa solteira, divorciada, viúva.

Entretanto, a família socioafetiva é a que mais cresce nos dias atuais, pois apesar de toda família possuir a socioafetividade, seja unida pela convivência afetiva, tal termo tem sido utilizado para definir as relações de parentesco não biológico. Para Paulo Lobo (2011, p. 30) a socioafetividade é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica.

Pode-se afirmar que toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica. Tradicionalmente, a situação comum é a presunção legal de que a criança nascida biologicamente dos pais que vivem unidos em casamento adquire o status jurídico de filho. Paternidade biológica aí seria igual a paternidade socioafetiva. (LOBO, 2011, p.30)

De acordo com a Constituição Federal a família é decorrente dos institutos do casamento civil (art. 226, §§ 1º e 2º), da união estável entre homem e mulher, devendo ser facilitada sua conversão em casamento (art. 226, §3º) e a família monoparental (art. 226, § 4º).

Segundo Flávio Tartuce (2014, p. 838) “tem prevalecido, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento pelo qual o rol constitucional familiar é exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*). Assim sendo, são admitidas

outras manifestações familiares”. Conforme Tartuce algumas dessas categorias de família são:

- a) Família anaparental, expressão criada por Sérgio Resende de Barros, que quer dizer família sem pais. Ilustrando a aplicação do conceito, o STJ entendeu que o imóvel em que residem duas irmãs solteiras constitui bem de família, pelo fato delas formarem uma família (STJ, REsp 57.606/MG, Rel. Min. Fontes de Alencar, 4.^a Turma, j. 11.04.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.410);
- b) Família homoafetiva, constituída por pessoas do mesmo sexo, tendo sido a expressão união homoafetiva criada e difundida por Maria Berenice Dias. Como é notório, decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, do dia 5 de maio de 2011, reconheceu por unanimidade a união homoafetiva como entidade familiar, o que representou uma grande revolução no sistema jurídico nacional (Informativo n. 625, julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). A decisão compara a união homoafetiva à união estável, para todos os fins jurídicos, tendo efeito vinculante e erga omnes;
- c) Família mosaico ou pluriparental, aquela decorrente de vários casamentos, uniões estáveis ou mesmo simples relacionamentos afetivos de seus membros. Utiliza-se o símbolo do mosaico, diante de suas várias cores, que representam as várias origens. (TARTUCE, 2014, p. 838-839)

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p.47) classifica as famílias em duas categorias: as constitucionais e as não constitucionais.

As constitucionais seriam as mencionadas pela Constituição Federal (art. 226), são três: a instituída pelo casamento, pela união estável do homem e da mulher e a família monoparental, isto é, a formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Já as famílias não constitucionais são as demais, vale dizer, as não lembradas pelo constituinte. Nessa ampla categoria incluem-se, por exemplo, as derivadas de parcerias entre pessoas do mesmo sexo e as famílias não monogâmicas. (COLEHO, 2012, p.47)

A justificativa do surgimento desses vários tipos de famílias se dá pelas mudanças sociais, políticas e econômicas, produzindo reflexos nas relações familiares, todavia, várias são as classificações dadas pelos doutrinadores, Maria Berenice Dias classifica como famílias plurais, subdividindo-as como matrimonial; informal; homoafetiva; paralelas ou simultâneas; poliafetiva; monoparental; parental ou anaparental; composta, pluriparental ou mosaico; natural, extensa ou ampliada; substituta; eudemonista. Nos dizeres de Maria Berenice Dias:

O pluralismo das relações familiares ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. (DIAS, 2015, p.131-132)

A família matrimonial é a formada pelo casamento, predominante até a Constituição de 1988 quando reconheceu a união estável como entidade familiar. Conforme Maria Berenice Dias (2015, p. 134), “o Código Civil de 1916 solenizou o casamento como uma instituição e o regulamentou exaustivamente. O legislador reproduziu o perfil da família então existente: matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual”.

Por sua vez, a família informal era aquela constituída fora do casamento, fossem pelo concubinato ou pelo adultério, também aos filhos havidos de relações extraconjugais, não podiam ser reconhecidos por não terem sido concebidos no casamento, o que evidentemente, não mais existe, uma vez que a Constituição Federal de 1988 proíbe a discriminação entre os filhos, e o Código Civil de 2002 reconhece o instituto da união estável, impondo requisitos e gerando direitos e deveres entre os conviventes.

Para Maria Berenice Dias (2015, p. 137) é um preconceito e um desrespeito não reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, “em nada se diferencia a convivência homossexual da união estável heterossexual. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. As inúmeras decisões judiciais atribuindo consequências jurídicas a essas relações levaram o Supremo Tribunal Federal a reconhecê-las como união estável, com iguais direitos e deveres”.

Apesar dos vários tipos de família existentes, toda família será sempre socioafetiva, ou seja, unida na convivência afetiva, entretanto, tem-se usado a expressão de socioafetividade para distinguir as relações de parentesco não-biológicos dos biológicos, principalmente ao que se refere à filiação. Embora haja inúmeras entidades familiares Paulo Lobo (2011, p. 80) assevera que todos os tipos possuem características comuns, sem as quais não configurariam entidade familiar:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família;
- b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;
- c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente. (LOBO, 2011, p.80)

Dessa forma é difícil encontrar uma definição de família que direcione ao contexto da atualidade, a mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração dessa entidade familiar, conforme Maria Berenice Dias (2015, p. 133) “é necessário ter uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação”.

3.2 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 procuraram adaptar-se à evolução social que vem ocorrendo há décadas, preservando os valores familiares, para tanto, o ordenamento jurídico estabeleceu princípios implícitos e explícitos, pois a família possui integral proteção do Estado.

Surge daí o princípio eudemonista, no qual segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 58) “todas as entidades formadas por pessoas humanas que estão vinculadas pelo laço afetivo, tendendo à permanência, estão tuteladas juridicamente pelo Direito das Famílias, independentemente de celebração de casamento”.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 12) a família existe em razão de seus componentes, e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescindível a pessoa humana.

É o que se convencionou chamar de família eudemonista, caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros. Trata-se de um novo modelo familiar, enfatizando a absorção do deslocamento do eixo fundamental do Direito das Famílias da instituição para a proteção especial da

pessoa humana e de sua realização existencial dentro da sociedade. (CHAVES; ROSENVALD, p. 12)

Maria Berenice Dias assevera:

A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. São as relações afetivas o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira de as pessoas se converterem em seres socialmente úteis. (DIAS, 2015, p. 143)

Assim, o princípio eudemonista ou princípio da busca pela felicidade seria a base para o reconhecimento do pluralismo das entidades familiares, haja vista as inúmeras possibilidades de arranjos familiares, principalmente aquelas ainda não juridicamente tuteladas.

3.2.1 Princípio da solidariedade familiar

Flávio Tartuce (2014, p.828) leciona que “a solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3.º, I, da CF/1988, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária.”

A solidariedade familiar deve ser entendida num sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral e patrimonial. O Código Civil de 2002 deu destaque à solidariedade moral e material recíproca entre os cônjuges e companheiros, e a solidariedade em relação aos filhos que serão instruídos e educados até atingirem a idade adulta.

Paulo Lobo (2011, p. 85) reforça que os tribunais brasileiros com fundamento no princípio da solidariedade “asseguram aos avós, tios, ex-companheiros homossexuais, aos padrastos e madrastas o direito de contato, ou de visita, ou de convivência com as crianças e adolescentes uma vez que, no melhor interesse destas e da realização afetiva daqueles, os laços de parentesco ou os construídos na convivência familiar não devem ser rompidos ou dificultados.” Ainda, nas palavras do autor:

A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros,

principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no ECA (art. 4º). (LOBO, 2011, p.64)

Dessa forma o princípio da solidariedade familiar é dever imposto à sociedade e ao Estado para a proteção do grupo familiar, à criança e ao adolescente e à pessoa idosa. A solidariedade é dever social e abrange todos os tipos de família e todos os tipos de relações familiares.

3.2.2 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros

O direito à igualdade está expressamente contido na Constituição no enunciado do §5º, do artigo 226 “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” e no artigo 1.511 do Código Civil “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Essa igualdade deve ser exercida não só aos cônjuges, mas também aos companheiros, viventes em união estável.

Segundo Paulo Lobo (2011, p.65) “Nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares.”

A igualdade entre os cônjuges extingue por completo a figura da hierarquização, do patriarcalismo que perdurou durante muitos anos, vindo a acabar com o poder marital. Agora todos os direitos são exercidos pelo casal, é o regime do companheirismo.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2015, p. 48) o princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras.

Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. Em nome do princípio da igualdade, é necessário que assegure direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos a todas as situações merecedoras de tutela. O grande exemplo são as uniões homoafetivas, que, ignoradas pela lei, foram reconhecidas pelos tribunais. (DIAS, 2015, p. 48)

O princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros se estenderá às uniões homoafetivas, pois nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2015, p. 62) “trata-se de simples projeção do princípio da pluralidade das entidades familiares, reconhecendo que sua base fundante é a mesma das relações heteroafetivas, como o casamento e a união estável”.

A família homoafetiva deve ser entendida como entidade familiar merecendo especial proteção do Estado, apesar de não estarem regulamentadas em nosso ordenamento jurídico há posições jurisprudenciais nesse sentido.

3.2.3 Princípio da não intervenção ou da liberdade

O artigo 1.513 do Código Civil dispõe “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha, da constituição e extinção da entidade familiar, livre aquisição e administração do patrimônio familiar, livre planejamento familiar, livre formação e educação aos filhos, devendo o Estado apenas intervir para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito, conforme preceitua o §7º, do artigo 226, da Constituição Federal.

Flávio Tartuce (2014, p. 830) leciona que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família. Porém, o Estado poderá incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas.

A CF/1988 consagra a paternidade responsável e o planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas (art. 226, § 7.º, da CF/1988). Ademais, o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, § 8.º, da CF/1988). (TARTUCE, 2014, p.830)

O princípio da liberdade está ligado não só a criação e à extinção da entidade familiar, mas também a sua reinvenção e constituição, pois a família vem se desligando de suas funções tradicionais e não pode o Estado intervir na intimidade e na vida privada das pessoas. É assegurado o direito de constituir uma relação

conjugal, uma união estável hétero ou homossexual. Segundo Maria Berenice Dias (2015, p. 46) deve haver liberdade e isonomia entre os cônjuges ou conviventes:

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. (DIAS, 2015, p. 46)

O princípio da liberdade e da igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como fundamentais, garantindo a liberdade individual de cada um, estabelecendo a entidade familiar como lhe aprouver, seja pelo casamento ou em união estável, hétero ou homossexual, ou até mesmo entre um dos pais e os filhos, consanguíneos ou adotivos.

3.2.4 Princípio da afetividade

Conforme assevera Maria Berenice Dias (2015, p. 52) “a afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

Afirma Paulo Lobo (2011, p. 71) “a afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações”.

Tal princípio se encontra interligado ao princípio da busca da felicidade devendo o Estado criar meios para o alcance da felicidade dessas pessoas, garantindo a dignidade a todos os cidadãos e assegurando o afeto

A afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. Na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. (LOBO, 2011, p.71)

O princípio da afetividade está implícito na Constituição Federal em seu artigo 227 e parágrafos, quando assevera que todos os filhos são iguais,

independentemente da origem, tendo a adoção como escolha afetiva, a garantia à criança e ao adolescente à convivência familiar.

3.2.5 Função social da família

O artigo 226, *caput*, da Constituição Federal preceitua que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado, tendo como sua principal função social a busca da felicidade, a realização dos desejos do próximo, afastando por completo uma compreensão individualista, o que se busca é a boa convivência e a integração social.

Flávio Tartuce aduz que as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade, devendo a socialidade ser aplicada aos institutos de direito de família.

A socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade socioafetiva. Pode servir também para a conclusão de que há outras entidades familiares, caso da união homoafetiva. Isso tudo porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações. (TARTUCE, 2015, p. 834)

A função social da família deve buscar os princípios constitucionais, todos com base na realidade de construção de uma sociedade que proteja a família como valor supremo da base constitucional e da dignidade da pessoa humana.

3.3 DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Maria Berenice Dias a maior defensora da homossexualidade, alega que a Constituição assegura proteção especial à família e ao casamento, no entanto, nada diz sobre a diversidade do sexo do par. O Código Civil, ao tratar de casamento, não exige que o casal seja formado por pessoas de sexo diferentes. Apesar disso as uniões homoafetivas não estão incluídas no sistema jurídico, entretanto, a ausência de lei não significa inexistência de direito, por construção da realidade jurisprudencial.

Nos dizeres da autora Dias (2015, p. 272) a Constituição estabelece garantias constitucionais a todos os cidadãos. “A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual”.

O compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado do respeito à dignidade humana e aos princípios da igualdade e da liberdade. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ao elencar os direitos e as garantias fundamentais, proclama (CF 5º): todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. (DIAS, 2015, p. 272)

Não se pode excluir a união homoafetiva do conceito de família, deixá-las fora do atual conceito de família, quando da existência de duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo, com o intuito de manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formando um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem. A inexistência da possibilidade de gerar filhos, não serve de fundamento para não serem reconhecidas como entidade familiar.

Apesar de haver omissão do legislador e a existência de lacunas no sistema legal ao que tange a união homoafetiva tem havido avanços jurisprudenciais, no reconhecimento dessas uniões como entidade familiar. Entretanto, em um primeiro momento o legislador não reconhecia como união, mas sim como vínculo empregatício, deferindo-se indenizações por prestação de serviços, passando-se após a reconhecê-las apenas com efeito de ordem patrimonial, denominando-as como sociedade de fato, conforme atesta Maria Berenice Dias:

Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Visualizava-se exclusivamente um vínculo negocial e não uma relação afetiva com características de uma família. Chamar as uniões de pessoas do mesmo sexo de sociedade de fato, as insere no direito obrigacional, com conseqüente alijamento do manto protetivo do direito das famílias, o que acaba por afastar os direitos sucessórios e previdenciários. (DIAS, 2015, p. 274-275)

Após anos de luta, a união homoafetiva finalmente foi reconhecida como entidade familiar, após o STF ter acolhido duas ações declaratórias de inconstitucionalidade em 2011, a ADI 4.277 e a ADPF 132, tendo como relator o Ministro Ayres Brito, passando a ter os mesmo direito e deveres da união estável. A partir dessa decisão abriram-se as portas para que todo o Brasil reconhecesse a união homoafetiva e lhes aplicassem os mesmos efeitos da união estável, inclusive na sua conversão em casamento.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 63) ensinam que “as uniões homoafetivas, em nosso sistema jurídico, são entidades familiares, autonomamente compreendidas, merecendo especial proteção, ao lado do casamento, da união estável, da família monoparental, dentre outros núcleos”.

Finalmente em 2013 o CNJ através da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, admitiu a habilitação direta para o casamento, proibindo, inclusive, as autoridades competentes de recusarem a habilitação, a celebração do casamento civil ou a conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Para Paulo Lobo as uniões homoafetivas são entidades familiares constitucionalmente protegidas, enquanto preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família.

A ausência de lei que regule essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação. As uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria. Como a legislação ainda não disciplinou seus efeitos jurídicos, como fez com a união estável, as regras desta podem ser aplicáveis àquelas, por analogia (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), em virtude de ser a entidade familiar com maior aproximação de estrutura, nomeadamente quanto às relações pessoais, de lealdade, respeito e assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos. (LOBO, 2011, p. 90-91)

Para muitos doutrinadores, se trata de mero preconceito por expressar na Constituição somente as uniões estáveis entre homem e mulher, o legislador deve acompanhar a evolução da sociedade, a omissão de referida evolução constitui lesão a direito fundamental, como da igualdade, proteção integral da família, na realidade do direito de família na estrutura do Estado brasileiro.

4 DA ADOÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO DOLESCENTE

Por muitos anos predominou no Brasil o preconceito com aqueles que se diziam homossexuais, dando a estes apenas o desprezo de uma sociedade intolerante. A verdade que durante os anos houve evolução através dos gritos de uma minoria oprimida, que apenas buscam ver seus direitos garantidos e reconhecidos. A Constituição Federal de 1988 promoveu a igualdade entre o homem e a mulher, rompendo o conceito retrógrado de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros, reconheceu o instituto da união estável como entidade familiar, dando total proteção, devendo ser facilitado sua convolação em casamento.

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, a união homoafetiva foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como entidade familiar, possuindo as mesmas características, direitos e deveres da união estável, apesar de não estarem disciplinadas no ordenamento jurídico, não pode ser empecilho para seu reconhecimento. Através da Resolução nº 175 de 2013, do CNJ foi possível a celebração do casamento ou conversão da união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo, o que depois de anos de grande esforço e empenho foi uma grande conquista e reconhecimento dos direitos dos que vivem em união estável homoafetiva.

Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hetero ou homossexual. Há a liberdade de extinguir ou dissolver o casamento e a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. O direito a tratamento igualitário independe da tendência sexual. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual, o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outro direito fundamental. A orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições, o que configura afronta à liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano, no que diz com sua condição de vida. (DIAS, 2015, p. 04)

Apesar de ser uma conquista, ainda está longe de exterminar com todos os preconceitos de uma sociedade, que apesar de reconhecer tais direitos, não os disciplinou e tampouco se preocupou em fazê-lo. Os pares homoafetivos, formados normalmente por duas mulheres ou dois homens, buscam através da adoção o direito de continuarem sua descendência, ante a impossibilidade biológica de gerarem um filho, ou de adotarem o filho biológico de um dos parceiros, através da paternidade ou maternidade socioafetiva.

No Brasil a adoção é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, e pelo Código Civil de 2002, ambos com as alterações trazidas pela Lei 12.010/2009, a Lei de Adoção. Dentre os requisitos exigidos pelo ECA, é que na adoção conjunta deve haver a necessidade de os adotantes viverem em união estável ou serem casados, o que durante muito tempo impossibilitou a adoção por pares do mesmo sexo, por não serem estes reconhecidos como entidade familiar, o que atualmente não condiz mais com a realidade, ante o reconhecimento da união estável homoafetiva e a possibilidade de sua conversão em casamento, na forma de interpretação extensiva dos ditames constitucionais pela Suprema Corte.

Segundo o ECA e a Constituição não pode haver quaisquer requisitos de origem, podendo adotar todos aqueles que preencherem os requisitos estabelecidos pela legislação, independentemente de raça, cor, sexo, religião e estado civil, apesar de a lei não fazer qualquer menção quanto à adoção homoafetiva, esta não deve sofrer preconceitos, pois a própria Constituição veda qualquer tipo de discriminação, em seu art. 5º, caput, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” (BRASIL, 1988).

A adoção tem por finalidade inserir a criança e o adolescente em um novo ambiente familiar, a fim de estabelecer novo vínculo de filiação, proporcionando-o condições de vida adequada ao seu desenvolvimento, é medida de caráter excepcional, devendo primeiramente ser esgotados todos os meios para a manutenção da criança e adolescente na família natural ou extensa. Nesse sentido a legislação prioriza o melhor interesse da criança e do adolescente devendo a adoção ser deferida quando apresentar reais vantagens para a criança e o adolescente e for regulada por motivos legítimos, conforme o artigo 43 do ECA.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente não se encontra expresso em nosso ordenamento jurídico, mas se encontra arraigado pela Constituição Federal em seu artigo 227, e pelo Estatuto da Criança e do adolescente

em seu artigo 1º. Deve o Estado promover a proteção integral da criança e do adolescente, com a colaboração conjunta da sociedade e da família, sempre em prol do maior benefício do menor para que seus direitos sejam concretizados. Nesse diapasão, a adoção deve sempre atender o melhor interesse da criança e do adolescente, buscando a proteção integral ao menor desamparado que necessita da referência de um lar para o desenvolvimento de seu caráter e a oportunidade da convivência familiar.

O primeiro ordenamento jurídico que disciplinou o instituto da adoção foi o Código Civil de 1916, entretanto, tinha apenas o objetivo de que casais estéreis tivessem a oportunidade de terem filhos e dar continuidade ao legado da família. Entretanto, com o passar do tempo, principalmente após a Constituição de 1988, o objetivo se tornou o bem estar da criança e do adolescente, a necessidade de dar-lhes um lar, de torná-los sujeitos de direitos, de dá-los proteção integral.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, não há motivos para que não seja deferida a adoção de criança ou adolescente à casal homoafetivo que tenha a intenção de constituir uma família, mesmo não existindo legislação específica, pois a adoção será sempre deferida desde que preenchidos os requisitos do artigo 42 do ECRID e atendidos o artigo 43 do mesmo diploma legal. Para os doutrinadores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 921), o sistema jurídico brasileiro ao estabelecer a proibição da adoção simultânea por duas pessoas, salvo se casadas ou em união estável, cria obstáculos para a adoção pelo casal homoafetivo, afirmando ainda que não se deve negar o caráter familiar das uniões homoafetivas.

Sedimentada no afeto e na solidariedade recíproca, a união homoafetiva é entidade familiar e conta com especial proteção do Estado, a partir da compreensão do caput do art. 226 da Carta Constitucional. Em sendo assim, a entidade familiar homoafetiva produzirá efeitos comuns do Direito das Famílias, como o direito a alimentos, o direito à herança e acréscimo de sobrenome e, por

igual, a possibilidade de adoção, formalizando uma relação filiatória. (CHAVES, ROSENVALD, 2015, p. 921-922)

O que deve ser observado é o melhor interesse da criança e do adolescente, não podendo criar qualquer empecilho para uma adoção pelo par homossexual, pois tal condição não pode ser elemento definidor para um bom ou mau exercício da paternidade ou maternidade. Aliás, a indagação mais frequente é acerca da possibilidade da orientação sexual dos pais interferir no desenvolvimento dos filhos, alegando que a convivência pudessem também os tornar homossexuais, bem como a necessidade de referência básica, ou seja, de referencial paterno e materno.

Para muitos a família é formada pelo pai, pela mãe e pelos filhos, sendo direito da criança ter uma referência masculina na formação de seu caráter, o que seria impossível no caso dos pares homossexuais serem mulheres, bem como no caso dos pares serem homens, perdendo assim, a criança e o adolescente a referência materna. Não se pode olvidar de que tal pensamento é totalmente preconceituoso, pois a orientação sexual dos pais em nada influenciaria no comportamento dos filhos. Segundo Maria Berenice Dias:

São suscitadas dúvidas quanto ao sadio desenvolvimento da criança. Há a equivocada crença de que a falta de referências comportamentais de ambos os sexos possa acarretar sequelas de ordem psicológica e dificuldades na identificação sexual do adotado. É sempre questionado se a ausência de modelo do gênero masculino e feminino pode eventualmente tornar confusa a própria identidade sexual, havendo o risco de o adotado tornar-se homossexual. Também causa apreensão a possibilidade de o filho ser alvo de repúdio no meio que frequenta ou vítima do escárnio por parte de colegas e vizinhos, o que poderia lhe acarretar perturbações psicológicas ou problemas de inserção social. (DIAS, 2015, p. 10-11)

Não só quanto ao desenvolvimento sadio, e nas sequelas psicológicas pela suposta falta de referências de ambos os sexos, mas também é indagado sobre os preconceitos que a criança sofreria no meio social que frequenta, podendo acarretar problemas psicológicos ou de inserção social. Tais indagações devem ser dirimidas pelos adotantes e adotado desde cedo, para que assim, a criança possa compreender quanto a opção sexual dos pais.

Segundo Salvo Venosa (2014, p. 466) o interesse do menor adotando deve ter sempre prioridade, não havendo no ordenamento qualquer proibição expressa acerca da adoção por duas pessoas homoafetivas.

Sob o ponto de vista dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa não há que se ver óbice para essa adoção. É fato que uma vez reconhecida a união de homoafetivos como modalidade de união estável, o passo seguinte é a permissão da adoção. Nesse campo, com maior incidência, é fundamental o apoio de operadores de ciências auxiliares, como pedagogos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos, etc. não há nada que indique a priori que a adoção por um casal homoafetivo seja inconveniente, degradante ou dificultoso para a formação do menor adotado, como também não há certeza alguma a esse respeito quando os adotantes são heterossexuais. (VENOSA, 2014, p. 466)

Tendo em vista a falta de regulamentação legal sobre a adoção por casais homossexuais, os juízes têm recorrido à analogia, como forma de suprir a lacuna, pois o Poder Judiciário tem-se mostrado favorável à adoção homoafetiva, pois está sendo reconhecida como entidade familiar, não teria razão para que não pudessem dar amor e um lar a uma criança ou adolescente que necessitasse.

A grande questão ficaria no registro de nascimento da criança, onde constaria o nome de dois pais ou duas mães, a polêmica se daria quanto a Lei de Registros Públicos, lei 6.015/1973 por ser anterior à Constituição de 1988 impediria o registro civil em nome de dois homens ou duas mulheres, todavia, deve ser entendido que a ausência de previsão normativa não impede o registro em nome de pares do mesmo sexo, pois a lei possui exigências meramente formais, não podendo impedir o registro da filiação por pessoas do mesmo sexo.

Como mencionado anteriormente, apesar de não possuir regulamentação legal, a jurisprudência vem crescendo quanto a adoção por pares homossexuais. O primeiro Estado brasileiro a ser favorável com a adoção por casais do mesmo sexo foi o Tribunal do Rio Grande do Sul, depois disso vários Tribunais passaram a reconhecer a adoção de criança e adolescentes por pares homoafetivos.

Ementa: Apelação Cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos

direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC 70013801592. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Julgado em 05 abr. 2006).

Ementa: Apelação cível. Pedido de habilitação à adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo. Adoção homoparental. Possibilidade de pedido de habilitação. Embora a controvérsia na jurisprudência, havendo possibilidade de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante precedentes desta Corte, igualmente é de se admitir a adoção homoparental, inexistindo vedação legal expressa à hipótese. A adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança. Estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitandas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos do § 2º do art. 42 do ECA, com a redação dada pela Lei 12.010/2009. Deram provimento à apelação. (Segredo de justiça) (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70031574833. Relator: Desembargador André Luiz PlanellaVillarinho. Julgado em 14 out. 2009).

Após os julgados de vários Tribunais o STJ se manifestou favoravelmente à adoção por pares homoafetivos:

Ementa: Direito Civil. Família. Adoção de menores por casal homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da família. Presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a requerente. Imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores. Relatório da assistente social favorável ao pedido. Reais vantagens para os adotandos. Artigos 1º da lei 12.010/09 e 43 do estatuto da criança e do adolescente. Deferimento da medida.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

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

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

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.
5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.
6. Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".
7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.
8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.
9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.
10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.
11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.
12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.
13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.
14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à

conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889.852. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão)

Disso pode-se concluir que não mais se pode admitir paternidade exclusiva do casamento, pois a união estável adquiriu status de família e as uniões homoafetivas foram reconhecidas como entidade familiar. A partir da Constituição Federal de 1988 houve expressa proibição da distinção dos filhos, sejam havidos pelo casamento ou por adoção, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias.

Bem assim, deve ser proporcionado aos pares homoafetivos o direito da filiação, pela adoção conjunta, a adoção individual dos filhos de um dos pares, ou por técnicas de fertilização, sendo-lhes garantidos os princípios da dignidade da pessoa humana, a proibição de discriminação, da liberdade e da igualdade.

Ao mesmo tempo não se pode negar à criança ou adolescente que esteja em situação de abandono, um lar, cheio de amor e afetividade, mesmo que os adotantes sejam pessoas do mesmo sexo, pois impossibilitados de adotar pela mera opção sexual mostraria preconceito não social, mas da própria norma legal, já que por ferramentas constitucionais e de direitos humanos a legitimidade de ser pai-adotante, não se restringe ao simples fato do sexo e da opção sexual. Desta feita, a proposição do Conselho Nacional de Justiça em determinar que os registros civis devem vir com a expressão filiação e não mais pai e mãe, demonstra a característica evolutiva do Estado do Direito brasileiro em sua ordem jurídica.

CONCLUSÃO

Desde o início dos tempos a família é a base da sociedade, inicialmente com o modelo patriarcal, hierarquizada, tendo sempre o homem como o chefe da família, aquele que decidia os destinos de todos, esposa, filhos e até mesmo empregados.

Com as Revoluções Industriais que contribuiu com o trabalho fora do lar, o cargo de chefe de família perde um poder significativo, e a família passou a não possuir mais função exclusivamente econômica. O Código Civil de 1916 reconhecia a família unicamente pelo casamento, aquela formada entre marido, mulher e filhos, impedia sua dissolução e não reconhecia os filhos frutos de relações extraconjugais.

A Constituição Federal de 1988 surge dando total proteção à família, instaurando direitos iguais entre homens e mulheres, reconhecendo a união estável e a possibilidade de sua dissolução, promoveu a igualdade entre os filhos havidos ou não pelo casamento ou por adoção.

De acordo com a Constituição Federal a família é decorrente do casamento civil, da união estável entre homem e mulher, podendo esta ser convertida em casamento e a família monoparental. Entretanto, para a doutrina majoritária a Constituição apresenta apenas um rol exemplificativo, sendo admitidas outras manifestações familiares, entre elas, a homoafetiva.

A união de duas pessoas do mesmo sexo sofreu e ainda sofre grande discriminação e preconceito pela sociedade, mas para a maioria da doutrina a ausência de norma regulamentadora não significa inexistência de direito. Em 2011 a união de duas pessoas do mesmo sexo foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como entidade familiar, passando a ter os mesmos direitos e deveres da união estável, devendo ser reconhecidas através de escritura pública, podendo ser convertida em casamento.

Em 2013, através da Resolução nº 175 o Conselho Nacional de Justiça admitiu a habilitação direta para o casamento de pares homoafetivos, proibindo a recusa da habilitação e da celebração ou conversão do casamento. Assim, passam as uniões homoafetivas a serem constitucionalmente protegidas, uma vez reconhecidas como entidade familiar.

Apesar do avanço, não existe em nosso ordenamento jurídico norma para regulamentar a união homoafetiva, nem mesmo os direitos e deveres, como os sucessórios, alimentos, filiação, entre outros, no entanto, os Tribunais vêm se utilizando da analogia e aplicando-lhes os mesmos direitos e deveres da união estável entre o homem e a mulher, inclusive a da adoção, ante a impossibilidade de gerar filhos biológicos entre o par.

Segundo o ECRID para adotar basta preencher os requisitos da lei, independentemente de cor, raça, sexo, estado civil, religião, posição política ou econômica, assim, impedir a adoção de criança ou adolescente por par homoafetivo seria um gesto de discriminação e preconceito, inadmissível na sociedade atual.

A adoção é um ato de amor, a criança ou adolescente merece ter um lar, uma família disposta a dar-lhes carinho, uma vida saudável e uma educação digna. Desde que preencham os requisitos da lei, o casal homoafetivo possui plena capacidade para adoção, não podendo ser impedido por sua opção sexual.

A jurisprudência vem admitindo a adoção por pessoas do mesmo sexo, analisando o melhor interesse da criança e do adolescente, possibilitando a esses infantes uma família que lhes conceda abrigo, carinho e segurança, não sendo admitidas as diferenças entre casais de sexos opostos ou iguais, desde que possuam relacionamentos estáveis e possam dar o lar que elas esperam ter.

Adotar é um ato de amor, livre de preconceitos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990**. Coleção Leis Especiais para Concursos. 6 ed., rev., ampl. e atual. Bahia: Ed. JusPodivm. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 nov. 2016.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituto o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. V. 5. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2015.

_____. Maria Berenice. **Homoafetividade e Direito Homoafetivo**. 2010. Disponível em: <www.mariaberenice.com/artigos>. Acesso em 20 out 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, Famílias**. v. 6. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Atlas S/A, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 9ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2012.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011.

PARÁIBA (ESTADO). **Cartilha passo a passo: Adoção de Crianças e adolescentes no Brasil**. 2014. Disponível em <http://www.defensoria.pb.gov.br/cartilhas.php>. Acesso em 01 out. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Método. 2014.

VENOSA. Silvio Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 14 ed. São Paulo: Ed Atlas S.A. 2014