

Adoção por casais homoafetivos: análise sobre aspectos jurídicos

Vitória Machado da Silva¹
Christiane Lacerda Bejas²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata-se de uma análise jurídica, sobre a adoção por casais homoafetivos. Previamente é salutar enfatizar que a exegese da adoção é o reconhecimento do vínculo de relação por ato jurídico, já baseado em lei, independentemente da germinação biológica. Assim, a adoção ocorre quando não se tem nenhuma ligação biológica e após a realização desta, não se fará distinção da relação biológica.

Em pleno século XXI, a nossa sociedade patriarcal e machista ainda considera como a família ideal aquela formada por um casal heterossexual. No entanto, a cada dia torna-se mais evidente que casais homossexuais, podem constituir famílias afetuosas e estruturadas. Diante da presente realidade social, pergunta-se: no cenário jurídico atual, os casais homossexuais têm o mesmo direito em relação ao processo de adoção comparados aos casais heterossexuais?

Diante deste questionamento, surgem algumas constatações restaram evidenciadas: I) a falta de normas jurídicas positivadas para garantir de forma direta a adoção por casais homoafetivos; II) considerando o mandamento constitucional de que não há distinção entre as pessoas, a adoção por casais homossexuais deve ser objeto de previsão legal; e, III) a ideia de família se transformou ao longo dos tempos e essa nova construção social, embasado no ordenamento jurídico tem possibilitado a adoção por casais homoafetivos.

A Constituição Federal de 1988, disciplina que filhos, havidos ou não da relação de casamento ou ainda por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, vedando designações discriminatórias coniventes à filiação. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) possui a competência para disciplinar sobre a adoção, posto que, conforme preconiza o Código Civil Brasileiro, o mesmo tem por missão regulamentar acerca do tema, todavia o ECA silencia sobre a adoção por casais homoafetivos.

Considerando o preceito constitucional de que todas as pessoas são iguais, e que segundo algumas definições, casal é a união de duas pessoas, é importante frisar que tanto um casal homoafetivo quanto um heterossexual, podem proporcionar a mesma segurança e afeto a uma criança ou

¹Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba-FIPAR, 2023 vitoria15silvva@gmail.com

² Advogada, graduada em Direito pela Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE) e em CIÊNCIAS SOCIAIS pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS), pós-graduada (Mestre), no curso de Educação na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS); e-mail. chrislacerda1973@hotmail.com

adolescente. Assim, a presente pesquisa é de grande relevância, pois, tem como objetivo buscar na literatura jurídica bases teóricas que declarem e validem que a adoção é um ato de amor que pode ser exercido por casais, sejam héteros ou homoafetivos.

No Brasil, quando se trata de adoção homoafetiva, ainda existem falhas que se transformam em barreiras, prejudicando o processo de adoção de forma efetiva, condenando muitas vezes estas crianças e adolescentes a viverem em abrigos e lhes impedindo de terem um lar com afeto e segurança, simplesmente por omissões contidas na nossa legislação atual.

Utilizando-se de fatores como a falha legislativa na normatização da adoção homoafetiva, assim como na resolução do melhor interesse da criança e do adolescente, é necessário falar sobre a socioafetividade, temática muito abordada no mundo jurídico.

Inicialmente serão descritos os objetivos e a metodologia utilizada para a realização do artigo, posteriormente, será abordado a história e finalidade da adoção, tecendo breves comentários sobre a história mundial e particularmente no Brasil: os conceitos, requisitos e espécies de adoção; o conceito de família no contexto histórico e as novas construções sociais surgidas na modernidade; o princípio do melhor interesse do menor, o princípio da busca pela felicidade e do afeto e ao final os resultados da pesquisa serão apresentados na conclusão após discussão teórica.

2. HISTÓRIA E FINALIDADE DA ADOÇÃO

Assim como a história da humanidade progrediu ao longo do tempo, o histórico da adoção acompanhou esse processo, apesar de que no início, ainda não houvesse um conceito a ser adotado. Desde a Antiguidade era costumeiro entregar as crianças para que outras famílias fossem responsáveis pelas suas respectivas criações, isso poderia acontecer sob diversas condições, sendo mais comum,

no caso da morte ou abandono pelos genitores (GRANATO, 2013).

Tanto na Grécia quanto na Roma antiga, o interesse do adotante havia maior peso, uma vez que predominava a crença de que o adotado poderia figurar o renascimento de um ente falecido. A adoção também era realizada por homens que, na falta de uma sucessão, necessitavam ver a continuidade de seu legado e de seus feitos. Ainda que a sociedade impusesse a formação da família para sua existência, a adoção era justificada também na religião, uma vez que somente pela geração é que se aceitava a propagação dos preceitos religiosos. Mesmo não tendo nascido de uma figura paterna, uma criança representava a possibilidade de que os ritos fincados pudessem ser executados corretamente. Se este não pronunciar as devidas orações, o legado familiar pode extinguir - se com a morte do pai. (OLIVEIRA, 2014).

Somente homens sem filhos poderiam aproveitar os benefícios da adoção na antiguidade. Os filhos dispensáveis, como acontecia com as filhas, não contavam como forma de continuidade familiar; assim, quando não havia filhos, os sacerdotes aconselhavam a adoção. Independentemente de haver registros específicos que expliquem como se dava o processo de adoção, segundo Granato (2013), a melhor explicação é dada por analogia aos ritos comuns da época.

A forma de se proceder a adoção era, inicialmente através da iniciação no culto, no conhecimento da religião doméstica. Realizava-se uma cerimônia sagrada, oportunidade em que o recém-chegado era admitido no lar. Orações, ritos, objetos sagrados e deuses passavam a pertencer-lhe, juntamente com o pai adotivo. (GRANATO, 2013, p.34)

A mesma autora destaca que após a conclusão desta cerimônia, o filho adotivo era totalmente desligado da família biológica, tendo suas origens redesenhadas. Caso o adotado, ao constituir família, tivesse um filho e desejasse retornar às vias biológicas, isso seria possível por meio da anuência do sacerdote.

Na Roma antiga, de forma mais específica, houve a adoção gerida por uma disciplina (GONÇALVES, 2017). Nesse contexto, a adoção era tratada como um direito privado, semelhante à justificativa para naturalização e concessão de cidadania a estrangeiro. Vale destacar que o conceito de adoção está vinculado ao ato de “[...] resguarda o estranho alheio ao seio da família romana, ressaltando direitos e deveres de filho-família. No entanto, seu principal objetivo era preservar o culto doméstico e o nome da família [...]” (CHAVES, 2005, p. 49).

Destaca-se que no antigo direito romano a adoção era descrita como um ato solene que envolvia considerações sociais e religiosas, em que era admitida uma criança não nascida na família ou, melhor ainda, não descendente natural do prole (RODRIGUES, 2015). Assim “[...] ocorria em relação ao *alieni juris*, determinando a submissão do filho adotivo à pátria protestas do adotante. Efetuava-se por um destes três processos: 1º) a mancipatio; 2º) o contrato; 3º) o testamento.” (GOMES, 2002, p.369).

Apesar do seu significado religioso, a adoção tinha implicações políticas e econômicas na Roma antiga, pois era um dos métodos utilizados pelos romanos para conferir a cidadania, bem como para regularizar a transmissão de bens entre famílias. (SILVA FILHO, 2017).

Na Idade Média, o instituto da adoção diminuiu significativamente, porque, com a expansão do poder da Igreja Católica, a política sucessória não poderia ser prejudicada por filhos que não pertencessem a prole, como acontecia com os filhos nascidos fora do casamento. Destaca-se que as famílias que não constituíssem a prole, deveriam deixar seus pertences para a igreja, o que explica o fato de não serem aceitas adoções (MARCÍLIO, 2018).

Conforme descreve a autora mencionada, no direito hispano lusitano o instituto da Adoção era inexistente. Em seu lugar, havia o perfilato que embora se assemelhasse à adoção, era voltado para as questões patrimoniais, porque conferia direitos sucessórios ao instituir o parentesco.

Enquanto a Idade Média é descrita como um período de obscurantismo para a Adoção, o instituto tem sua retomada com o Código Civil Francês, ou o Código de Napoleão, datado de 1804. Conforme discorrem Veronese e Petry (2013)

[...] só admitia a Adoção dos maiores de idade (art. 346), com a reforma de 1923 passou-se a admitir a Adoção de menores. Em 1939, ocorreu outra profunda reforma com a criação do instituto da 'legitimação adotiva', dando tal modificação nova redação ao art. 343, do Código Civil Francês: A Adoção não pode ter lugar a não ser que haja justos motivos e que apresente vantagens para o adotado (VERONESE; PETRY, 2013, p. 17).

Considera-se essa regulação como um marco, porque protege os interesses dos adotados e não dos adotantes, como acontecia anteriormente. No Brasil, a adoção foi instituída a partir das Ordens Filipinas, apesar de sua ocorrência não ter sido sistematizada. Nesse sentido, os juízes apoiaram o direito romano de deliberar sobre os requisitos do instituto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

No Código Civil de 1916 os dispositivos de adoção ganharam relevância jurídica como tradução do ideal republicano, que defendia a secularização da vida familiar. Dessa forma, a adoção passa a ser sistematizada, a começar pelo modelo *minus plena*, oriundo do direito romano (LÔBO, 2011).

No referido código, a adoção encontrava regulamentação nos artigos 368 ao 378, com atenção especial aos interesses dos adotantes, em detrimento dos adotados. De forma resumida, os dispositivos dispunham que somente maiores de 50 anos poderiam adotar, sendo que a adoção só poderia ser realizada entre adultos, observando-se a diferença de 18 anos entre adotante e adotado. Outro aspecto é que a adoção somente poderia ocorrer entre pessoas de gênero diferente. Nos casos em que o adotado fosse menor ou interdito, havia o imperativo do consentimento da pessoa que tivesse a guarda do adotado. Em relação à curatela ou tutoria, somente haveria autorização para que os pupilos ou curatelados fossem adotados se as contas da administração dos bens fossem aprovadas (MADALENO, 2013).

O que marca o instituto da adoção no Código Civil de 1916 está no fato de ser dissolvida em dois casos, o primeiro se o adotado cometesse ato de ingratidão contra o adotante, e o

segundo, no que se refere ao menor ou interdito, quando estes atingissem a maioridade ou finalizasse a interdição. No que concerne aos procedimentos adotados, bem como seus efeitos, o processo de adoção se dava por meio de escritura pública. Conforme menciona Lôbo (2011), o parentesco estabelecido com a adoção somente perderia seus efeitos no caso do matrimônio e concepção de prole. Ademais, tanto os direitos, quanto os deveres resultantes da família natural perduravam, embora o pátrio poder natural fosse transferido ao pai adotivo.

Outra evolução do instituto da adoção adveio com a Lei 3.133/ 1.957, alterando a redação de cinco artigos do Código Civil, diminuindo os transtornos e obstáculos impostos aos que desejavam adotar. O diferencial maior em relação ao disposto no Código de 1916 foi a redução da idade para o adotante, passando de 50 para 30 anos. O mesmo ocorreu em relação à idade, uma vez que a diferença de 18 anos entre adotante e adotado passou para 16 anos. Assim, conforme descreve Rodrigues (2015), a lei:

[...] trouxe transformações tão profundas à matéria que se pode afirmar sem receio de exagero, que o próprio conceito de adoção ficou, de certo modo, alterado. Isso porque, enquanto, dentro de sua estrutura tradicional, o escopo da adoção era atender ao justo interesse do adotante, de trazer para a sua família e na condição de filho uma pessoa estranha, a adoção (cuja difusão o legislador almejava) passou a ater, na forma que lhe deu a lei de 1957, uma finalidade assistencial, ou seja, a de ser, principalmente, um meio de melhorar a condição do adotado (RODRIGUES, 2015, p.333-334).

Com a ampliação da possibilidade de adoção, houve uma significativa melhora nos direitos do adotado. Se anteriormente, o fulcro da lei estava no adotante, com o advento da Lei 3.133/1957, o adotado passou a ser visto como filho, o qual não teria a obrigatoriedade de manter laços com a família natural, ampliando a possibilidade de o casal adotante ter filhos e ainda assim poder adotar.

Conforme discorre Granato (2013), com a referida inserção, a ideia da esterilidade foi desvinculada da adoção, ou seja, somente a estabilidade conjugal por, pelo menos, cinco anos, passou a ser exigência. Na dissolução do vínculo da adoção, ainda persistiu o dispositivo previsto no Código Civil de 1916, sendo este o mútuo consenso das partes. Além disso, a adoção poderia ser dissolvida no caso de deserdação, além de se incluir as ofensas físicas, injúrias graves, desonestidade da filha vivente na casa paterna, relações ilícitas com a madrasta ou padrasto, além dos casos em que ficasse comprovado desamparo ao adotante que apresente grave enfermidade ou problemas mentais.

Por sua vez, o artigo 2º da Lei 3.133/1957 traz um interessante dispositivo, conforme

segue:

Art. 2º No ato da adoção serão declarados quais os apelidos da família que passará a usar o adotado.

Parágrafo único. O adotado poderá formar seus apelidos conservando os dos pais de sangue; ou acrescentando os do adotante; ou, ainda, somente os do adotante, com exclusão dos apelidos dos pais de sangue (BRASIL, 1957, s.p.).

Em decorrência do exposto, o adotado passou a ter a opção de incluir em seu cadastro os nomes dos pais adotantes. Assim, tanto os nomes dos consangüíneos quanto os dos adotantes eram registrados no registro civil no mesmo documento, e se os adotados assim o desejassem, restavam apenas os nomes dos adotantes. "Essa novidade serviu aos olhos dos que estavam de fora, deixando assim o grande preconceito que transitava em torno dos filhos adotados". (GRANATO, 2013, p. 87).

Em 1965 foi promulgada a Lei nº 4.655, sendo considerada o marco da legislação pátria no que concerne à igualdade de direitos entre filho adotado e filho legítimo. Nessa legislação, denominada legitimação adotiva, os direitos seriam diferenciados somente nos casos de sucessão, uma vez que o adotivo seria excluído desse processo caso houvesse litigância com o filho consanguíneo.

No que se refere à legitimação adotiva, o artigo 1º da Lei 4.655/1965 impõe que essa somente poderia ser aceita nos casos em que o menor até sete anos de idade sofresse abandono, ou no caso dos órfãos não reclamados por um parente, considerando o tempo necessário de um ano, ou aos indivíduos cujos pais não tivessem mais o pátrio poder, e ainda quando se tratasse de filho natural reconhecido somente pela mãe que se mostrasse impossibilitada de assumir a criação. Complementando esse contexto, Diniz (2015) reforça que:

Quanto às características atinentes ao adotante permaneceram, praticamente iguais, ao que já vinha sendo aplicado no ordenamento jurídico brasileiro naquele período. Porém no caso de adoção conjunta havia a previsão de dispensa do prazo de 5 (cinco) anos de matrimônio desde que provada a esterilidade de um dos cônjuges, por perícia médica, e a estabilidade conjugal (DINIZ, 2015, p.574).

Cumprido salientar que a Lei 4.655/65 estabeleceu que a legitimação adotiva seria irrevogável. Isso é posto no artigo 7º, assim descrito "Art. 7º A legitimação adotiva é irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos legítimos, aos quais estão equiparados aos legitimados adotivos, com os mesmos direitos e deveres estabelecidos em lei." (BRASIL, 1965, s.p.).

De acordo com Granato (2013), os acréscimos positivos da referida lei ao Instituto da

Adoção podem ser destacados da seguinte forma:

O rompimento da relação de parentesco com a família de origem, importante medida que não havia sido prevista nas leis anteriores, foi determinado no §2º do art. 9º e o vínculo se estendia à família dos legitimantes, desde que os seus ascendentes tivessem aderido ao ato da adoção. (GRANATO, 2013, p. 46).

Vale ressaltar que, segundo a interpretação da lei, os direitos e obrigações da família consanguínea cessavam com a adoção. Isso se apresenta como uma inovação na literatura jurídica por entender que não fazia sentido manter qualquer tipo de relação com a família biológica do adotado.

Mais à frente, com a Lei 6.697 de 1979, também chamada de Código de Menores, houve significativo avanço em relação à proteção da criança e do adolescente, consoante ao tratamento consignado à adoção. A partir dessa legislação, a finalidade da adoção passou a ser fundamentada na proteção integral do menor destituído de família. “O Código de Menores introduziu a adoção plena, suprimindo, dessa maneira, a legitimação adotiva da Lei 4.655/65, todavia manteve a adoção regulamentada pelo CC/16, que era a adoção tradicional, chamada de simples (DINIZ, 2015, p.530).

Sendo distinta, a adoção simples envolve apenas o adotante e o adotado, e é determinada unicamente pela vontade das partes, sem respeito pelos direitos e obrigações da família. Sobre a adoção plena, Diniz (2015) descreve que:

“era a espécie de adoção pela qual o menor adotado passava a ser, irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho dos adotantes, desligando-se de qualquer vínculo com os pais de sangue e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Essa modalidade tinha por fim: atender o desejo que um casal tinha de trazer ao seio da família um menor que se encontrasse em determinadas situações estabelecidas em lei, como filho e proteger a infância desvalida, possibilitando que o menor abandonado ou órfão tivesse uma família organizada e estável” (DINIZ, 2015, p.534).

A distinção entre adoção plena e adoção simples é apresentada por Gonçalves (2017) o qual discorre que:

Enquanto a primeira dava origem a um parentesco civil somente entre adotante e adotado sem desvincular o último da sua família de sangue, era revogável pela vontade das partes e não extinguiu os direitos e deveres resultantes do parentesco natural, como foi dito, a adoção plena, ao contrário, possibilitava que o adotado ingressasse na família do adotante como se fosse filho de sangue, modificando-se o seu assento de nascimento

para esse fim, de modo a apagar o anterior parentesco com a família natural (GONÇALVES,2017, p.127).

É importante observar que tanto a adoção simples quanto a integral agregam características completamente diferentes. Isso se explica pelo fato de que se não houvesse o distanciamento natural da família, esse vínculo deixaria de existir, o que caracteriza o melhor para o adolescente, principalmente quando considerados os diversos problemas que podem surgir na família. Uma desvantagem tanto da adoção plena quanto da simples é que houve discriminação contra os filhos adotivos, principalmente devido ao perfil natural dos adotantes.

A distinção entre filhos adotados e consanguíneos somente foi suprimida a partir da Constituição Federal de 1988. O artigo 227, §5º e 6º, impôs que os filhos, originados ou não do casamento, incluindo-se os adotados, pudessem usufruir dos mesmos direitos e qualificações, não sendo permitidas qualquer forma de discriminação quanto à filiação, se tornando irrevogável. Desse modo, as disposições contidas no Código Civil, referentes ao instituto da adoção passaram a ser obsoletas, uma vez que nessas se encontravam estabelecidas as distinções entre filhos naturais e adotados.

“ passou a atribuir ao adotado a condição de filho, sem qualquer diferença com os filhos consanguíneos, com o advento da Constituição Federal de 1998. Lembre-se que, no regime do Código Civil de 1916, a adoção era revogável até mesmo por distrato, quando as duas partes conviessem, sendo que o parentesco se limitava ao adotante e ao adotado, sem que se estendesse aos respectivos parentes. (MENDES, 2011, s.p.)

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente substituiu o Código de Menores, passando a ser considerado o mais completo no que se refere à criança e ao adolescente.

“A Lei Federal nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente, substituiu o antigo Código de Menores (Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979), dando novo tratamento aos pequenos, que passaram a ser divididos em “crianças”, assim entendidas as pessoas com idade de até 12 anos incompletos, e “adolescentes”, as que, tendo mais de 12 anos, ainda não completaram 18”. (MENDES, 2011, s.p.)

Com as regras impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a adoção de menores passou a ser um direito legal, enquanto a adoção de adultos é regida pelo Código Civil. Ressalte - se que com o ECA foi necessária sentença judicial para a efetivação da adoção. O Poder Público participou ativamente dos Processos de Adoção em 2002, com o Novo Código Civil, tendo como inovação a redução da maioridade civil para 18 anos, tornando-a a idade mínima exigida para

ser adotante. (WALD, 2014).

Em síntese, a adoção tem por objetivo a inclusão da criança ou do adolescente no ordenamento jurídico, sendo descrita como ato jurídico solene que aproxima adotante e adotado em relação de paternidade e filiação para todos os fins de direito. Atualmente é regido pela Lei da Criança e do Adolescente, mas a adoção de casais homossexuais ainda é debatida.

2.1 CONCEITOS, REQUISITOS E ESPÉCIES DE ADOÇÃO

Segundo Schlossarecke (2015), Os adotantes devem ser colocados em um papel de requisitos para poder se adaptar. O primeiro e mais óbvio é a maior idade, ou seja, ter pelo menos 18 anos; ser mais velho que o adotado pelo menos 16 anos e conexão de natureza e ambiente familiar. Exceto no caso de pais adotivos suspeitos, o filho adotivo não deve ter mais de doze anos.

Se a criança ou adolescente que estiver no âmbito da adoção tiver pais biológicos ou representante legal estes deverão anuir ou serem destituídos do poder familiar. O artigo 45, § 2º, do ECA, dispõe que o adotado maior de 12 anos deverá ser conivente com a adoção, porém isto não é requisito de extrema importância, mas sim um norteador ao magistrado responsável por analisar o pedido, se consiste em um benefício eficaz essa adoção.

Há ainda a exigência de coabitação temporária antes da adoção definitiva, conforme determinação do juiz da causa. A adoção por irmãos e ascendentes é proibida, embora redes possam ser adotadas posteriormente.

A adoção pode ocorrer de três formas, segundo Des. Artur: conjunto, singular ou unilateral. Quando há dois adotantes, ela é unida; quando há apenas uma adotante, ela é singular; em ambos os casos, rompe-se o vínculo de consanguinidade entre o adotando e sua família biológica, removendo-se quaisquer barreiras ao casamento. Já a unilateral ocorre o menor é filho do cônjuge ou companheiro do adotante, por esta via admite-se, por exemplo, que o(a) enteado(a) seja adotado(a) por seu padrasto ou madrasta.

Vale destacar a adoção adiada, que pode ocorrer quando um dos adotados morre durante o processo de adoção. A adoção para o Brasil, em que alguém registra como filho de outro, usando dolo e má-fé, também é apontada como ato criminoso pelo sistema judiciário, conforme reza o artigo 242, do Código Penal Brasileiro.

2.2. FINALIDADE DA ADOÇÃO

A adoção está regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo, todavia em pleno século XXI, ainda é centro de múltiplos preceitos; por meio dela o Estado proporciona a crianças que estão em instituições próprias onde vivem por terem sido abandonadas, rejeitadas, dentre outras razões pelas quais ficaram sem seus pais e possuem o direito de ter um lar com amor e dignidade. O método para esta autorização é um tanto quanto burocrático, mas se faz essencial, para obstar o tráfico de crianças e a criminologia em geral.

Neste sentido o Desembargador do TJSP, Arthur Marques da Silva Filho desenvolveu artigo citado o aprimoramento da adoção, conforme ele antes da Primeira Guerra Mundial, no século XX, a adoção era entendida apenas como meio de assegurar a existência de herdeiros, o interesse do menor não era primazia do propósito. Depois dessa guerra que foi o advento crucial, os legisladores verificavam que a adoção tinha como objetivo principal o de dispor apoio aos órfãos da guerra, ou seja, aqueles que perderam seus pais naturais durante e por causa desse período. (SILVA FILHO, 2009).

Na Segunda Guerra mundial a adoção conseguiu mais força, promovendo com maior vigor o que fora feito após a primeira, nesse período constatou-se a orfandade com maior aceitação. (SILVA FILHO, 2009).

Nas constituições que antecederam a atual identificava-se trato distinto entre filhos legítimos, ou seja, aqueles biológicos dos adotados, com promulgação da Carta Magna válida a distinção fora eliminada assando a prezar apenas filhos, independente se biológico ou adotivo.

A adoção tem por propósito incluir a criança ou adolescente ambiente familiar, estabeleceu Pontes de Miranda como sendo como um ato jurídico solene que buscam adotantes e adotado, envolvidos numa relação de paternidade e filiação para todos os fins de Direito. Nos dias atuais é regida pelo ECA, mas ainda é contestada a adoção por casais homoafetivos. (PONTES DE MIRANDA,2001).

3. CONCEITO DE FAMÍLIA NO CONTEXTO HISTÓRICO

O modelo familiar brasileiro traz consigo símbolos que podem ser encontrados nos princípios da família romana, dentre esses a autoridade emanada do chefe de família. Da Idade Medieval, foi herdado o sacramento matrimonial como forma de legitimar a prole. Assim, compreende-se que embora tenha havido mudanças significativas nos princípios familiares, ainda é comum núcleos onde impera a submissão da esposa, bem como dos filhos ao marido (ALMEIDA, 2017).

O homem, quando chefe da família, exerce a herdade do direito romano, o de pater

família. Conforme descreve Corrêa (2018) e Almeida (2017), na sociedade contemporânea a família somente era constituída a partir das relações matrimoniais. Estas, por sua vez, serviam para dar legitimidade à posse do homem sobre a esposa e a prole. Almeida expõe que na sociedade contemporânea a família e seus conceitos tem sofridos diversas transformações. Nesse sentido, o que no pretérito não passava apenas da relação matrimonial entre homem e mulher com a concessão de filhos tem sofrido alterações relevantes e de grande envergadura. Isto se deu principalmente com a ascensão da Constituição Federal vigente em que foram lançados ao escanteio dogmas como o de que o homem seria o titular da família e que a mulher somente teria o encargo de cuidar da casa e dos filhos. (ALMEIDA, 2017).

Dentre as variadas e atuais formas de família, tem-se a monoparental que é composta por um dos pais e seus descendentes. Tem-se as anaparentais, nas quais há ausência dos pais, compondo assim por parentes que convivam juntos constituindo família. Um novo modelo bem atual é o socioafetivo que se envolve totalmente em formar vínculo através da afetividade. E temos as famílias homoafetivas que são destaque neste trabalho, são formadas por casais do mesmo sexo, que podem ter ou não filhos, sejam adotados ou filho de qualquer um dos cônjuges ou companheiros. (ALMEIDA, 2017).

3.1 AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Joyce França de Almeida evidencia que nos dias atuais na sociedade contemporânea temos visto a cada dia expandir-se o conceito de família, aquilo que no pretérito não passava apenas da união matrimonial entre homens e mulheres com a concessão de filhos tem sofrido alterações importantes e de grande tamanho. Isto se deu especialmente com a ascensão da Constituição Federal vigente em que foram lançados ao escanteio dogmas como de que o homem seria o titular da família e que a mulher somente teria o compromisso de cuidar da casa e dos filhos. (ALMEIDA, 2017).

No meio das variadas e atuais formas de família, temos a monoparental que é aquela constituída por um dos pais e seus descendentes. Temos as anaparentais, onde há ausência dos pais, constituindo assim por parentes que vivam juntos compondo uma família. Um novo modelo bem contemporâneo é o socioafetivo que se compreende totalmente em formar relação através da afetividade. E temos as famílias homoafetivas que são ênfase neste trabalho, são feitas por casais do mesmo sexo, que podem ter ou não filhos, sejam adotados ou filho de qualquer um dos cônjuges ou companheiros. (ALMEIDA, 2017).

4. DO INTERESSE DO ADOTADO

4.1 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Cogitando que nos dias atuais a paternidade equivale em um elo formado pela afetividade, independente da forma de obtenção, seja biológica ou adotiva, deve-se sempre zelar pelo bem-estar do menor. A razão do melhor interesse da criança e do adolescente procura assegurar que tal elo seja sempre o mais favorável, constituindo família onde haverá amor, plena segurança, além de garantir provedores.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PREPONDERÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DA ESTABILIDADE FAMILIAR. A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido considerada a sua imutabilidade nesta via recursal, registrou filha recém nascida de outrem como sua. A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ/SP acerca do disposto no art. 348 do CC/16, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao investigante vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Com o foco nessa premissa – a da existência da socioafetividade –, é que a lide deve ser solucionada. [...] A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade. Mantém-se o acórdão impugnado,

impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar. Recurso Especial não provido. (STJ – Resp. 1.000.356; Proc. 2007/0252697-5; SP; Terceira Turma; Rel^a Min.^a Fátima Nancy Andrichi; Julg. 25/05/2010; DJE 07/06/2010).

Neste sentido constata-se que o julgado supracitado privilegia o melhor interesse do menor que está em jogo por meio de uma ligação socioafetiva.

4.2 PRINCÍPIO DA BUSCA DA FELICIDADE E DO AFETO

O Princípio da Busca da Felicidade e do Afeto não se encontra situado na Constituição Federal de 1988, mas há uma concordância de que se relacione diretamente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse pressuposto, considera-se que a busca da felicidade é um princípio baseado na tutela protetiva das minorias, sendo determinado como dever Constitucional do Estado, e por isso pleno de sua proteção.

De acordo com Dias (2017), a felicidade deve ser reconhecida como um direito social, sendo diretamente associado à liberdade de escolha individual, no sentido de gozarem do direito de criar e viver de acordo com seus modelos e escolhas de vida. Ainda segundo a autora mencionada, o direito à felicidade é reconhecido a partir os princípios ajustados à Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse contexto, compreende-se que todos os indivíduos possuem o direito de buscar sua felicidade. E conforme defende Dias (2017, p.75):

“ mesmo não expresso explicitamente na Constituição Federal, o direito à felicidade existe e precisa ser assegurado a todos. Não só pelo Estado, mas por cada um, que além de buscar a própria felicidade, precisa tomar consciência que se trata de direito fundamental do cidadão, de todos eles”.

Interessante frisar que em relação à família, a busca pela felicidade torna-se seu maior objetivo. Isso quer dizer que o afeto entre seus membros é a maior justificativa para sua composição. Do mesmo modo, a felicidade é a base que torna relevante a união de entes em torno

da instituição família, e a falta desse, faz com a entidade familiar deixe de agregar seu objetivo. Sobre esse pensamento, Farias e Rosenthal (2012) discorrem:

“ 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 eudemonístra, 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” (FARIAS; ROSENTHAL, 2012, p.43).

O direito à felicidade é apresentado como um direito subjetivo, sendo que cada ser humano busca sua completude à sua forma. Nos casos das adoções, a busca pela felicidade é usufruída pelos que adotam, e complementada pelos adotados.

5. CASAIS HOMOAFETIVOS E A ADOÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente deixa claro a impossibilidade da adoção por casais do mesmo sexo. Todavia com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, a Suprema Corte do Brasil constatou a união estável de homossexuais, que segundo o Dicionário Priberam de Língua Portuguesa significa; “que ou quem sente atração sexual por pessoas do mesmo sexo ou tem relações sexuais ou afetivas com pessoas do mesmo sexo”. (PRIBERAM, 2020).

Acontece que, em que pondere a autenticação do direito, que além disso não se limita a união estável, permitindo inclusive que pessoas do mesmo sexo possam se casar civilmente, isso não lhes permite procriar descendentes, sendo notável que haja amparo em lei para que estes casais possam adotar. Nesse sentido Brito (2000, p. 55) ministra que:

“no tocante à possibilidade jurídica de adoção de filho por uma única pessoa homossexual, entendemos não haver impedimento, quer seja no Estatuto da Criança e do Adolescente, quer seja no Código Civil, visto que a capacidade de adoção nada tem a ver com a sexualidade do adotante”.

Assim se a sexualidade do adotante não tem relação com a capacidade para adoção por que influenciaria na sexualidade do adotado. Via de regra, na maioria quase absoluta dos casos, os homossexuais são filhos de casais “tradicionais”, ou seja, homem e mulher sofrendo assim grande interferência, por exemplo dos pais, em serem heterossexuais. Pode-se considerar esdrúxula a ideia

de que uma criança criada por pais de mesmo sexo tendesse a sentir atração por outra de mesmo sexo. É de suma importância ressaltar a inadequação de conceitos arcaicos e avanço no tocante a construções que anteriormente consideravam a homossexualidade como doença, e ainda descartou que a hipótese de ser mera escolha do indivíduo.

Viviane Girardi foi muito feliz em doutrinar que uniões homoafetivas estando sob o afeto, a solidariedade, e a assistência recíprocas de seus membros é considerada uma modalidade de família. Ante o exposto considera-se que, desde que respeitados os trâmites legais, as avaliações assistenciais e psicológicas, não há nenhum, impedimento para que um casal do mesmo sexo possa adotar um menor, e fazer deste um cidadão provido e honrado (GIRANDI,2005).

Em relação a esse quesito existe dificuldade e resistência por parte do Poder Legislativo em modificar leis que iriam assegurar essa adoção, todavia o Poder Judiciário se adiantou e regulamentou jurisprudencialmente a realização deste ato jurídico. No caso do REsp 889.852/RS, o STJ entendeu que:

“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. 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, 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 medida¹⁵”.

Em outro julgamento, no RESP. nº 1.281.093, a Ministra Nancy Andrichi observou que:

“ a plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável, se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são

abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios”.

Portanto, se a adoção for conceber benefício pleno ao adotando dever ser efetivada, dado a razão da proteção à criança e ao adolescente. O Direito, e sobretudo àqueles que o lidam, não podem manterem-se inertes, e devem amparar aos que o suplicam para que desta forma casais homoafetivos continuem adotando cada vez em maior número.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa elaborada teve como tema a adoção por casais homoafetivos e de que maneira se encontra disposta na legislação pátria. Nesse sentido, considerou-se as mudanças originadas pela Lei nº 12.010/09, bem como pelo Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A partir dos estudos feitos, entendeu-se que a família se alterou ao longo dos anos, criando espaço para novas formas de se compor o núcleo familiar. Entretanto, mesmo com o reconhecimento de que essa instituição não mais segue a referência do patriarcado, é notório o preconceito voltado aos casais homoafetivos que desejam adotar.

Ainda que outros ordenamentos jurídicos já tenham positivado a adoção homoafetiva, qual seja alicerçada no Princípio da Afetividade, o ordenamento brasileiro permanece com o discurso de que a família apenas será legítima se derivar de um casal formado por homem e uma mulher. Contudo, mesmo que não se encontre regulamentada no ordenamento pátrio, a atual jurisprudência concorda que casais homoafetivos podem adotar, tendo em consideração o Princípio do melhor interesse do menor. Isso demonstra a tendência de que no futuro, a sexualidade dos casais adotantes não terá tanto peso, em razão de que o que deverá ser observado e ser considerado como fator primordial será a vida digna, o afeto, o respeito e a segurança a ser oferecida a quem for adotado, que muitas vezes se encontra em situação de desemprego e vulnerabilidade.

De acordo com o estudo apresentado, conclui-se que a primeira hipótese, ou seja, a de que falta fundamento jurídico que garanta a adoção por casais homoafetivo, é um fato. No que se refere à segunda hipótese, restou evidenciado pelos entendimentos jurisprudências dos tribunais superiores que prevalece o Melhor Interesse do Menor, levando-se em consideração a segurança, o afeto e a dignidade garantida ao adotado.

Desta maneira analisando o texto apresentado, é possível concluir que ainda que a legislação pátria não tenha positivado o direito expresso e garantido em seu bojo a adoção por casais homoafetivos, verifica-se que os tribunais, têm proferido decisões no sentido de acompanhar as

mudanças sociais e as novas construções familiares. Porém, muito ainda precisa ser trabalhado, muitos preconceitos ainda precisam ser desconstruídos para que todas as famílias, com suas diferenças e especificidades possam ser acolhidas pela legislação pátria e serem realmente tratadas com equidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. F. de. Adoção por pares homoafetivos no Brasil. Revista Jus Navigandi. 2017. Não paginado.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: ed. Senado, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889852. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: L M B G. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 27 abr. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1281093. Recorrente: Ministério Público Estado de São Paulo. Recorrido: D H M E S. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 18 dez. 2012.

_____. Presidência da República. Lei nº 3.133 de 8 de maio de 1957. Atualiza o Instituto da Adoção prescrita no Código Civil.

Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 08 de maio.1957. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13133.>

_____. Presidência da República. Lei nº 4.655 de 02 de junho de 1965. Dispôs sobre a legitimidade adotiva. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 02 de junho. 1965. Disponível em < [>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14655.htm)

_____. Presidência da República. Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 10 de out. 1979.

BRITO, F. de A. União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos. São Paulo: LTr, 2000.

CHAVES, A. Adoção. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, M. H. Curso de direito civil brasileiro-direito de família. São Paulo: Saraiva, 2015

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. Curso de Direito Civil :Direito das Famílias. Vol. 6. Editora Juspodivm: 2012.

FINDLAY, E. A. G.; COSTA, M. A. GUEDES, S. P. L. C. Guia para elaboração de projetos de pesquisa. 2. ed. Joinville: Leitura, 2006.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. Novo curso de direito civil: Direito de família. As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIRARDI, V. Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, O. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2002 GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRANATO, E. F. R. Adoção: doutrina e prática. Curitiba: Editora Associada, 2013.

LÔBO, P. Código Civil comentado. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTI, J.; VIEIRA, T. P. Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós graduação lato sensu e stricto sensu. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.

MADALENO, R. Manual de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARCÍLIO, M. L. História social da criança abandonada. São Paulo: Hucetec, 2018.

MENDES, T. A evolução histórica do instituto da adoção. Revista Conteúdo Jurídico. 2011. Não paginado. Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/26739/a-evolucao-historica-doinstituto-da-adocao>>.

OLIVEIRA, E. G. de. Adoção: Uma Porta para a Vida. São Paulo: Servanda, 201.

RODRIGUES, D. A. V. Dicionário de brocardos jurídicos. São Paulo: Ateniense, 2015.

SCHLOSSARECKE, I. J. Requisitos para adoção no Brasil. Revista Jus Brasil. 2015. Não paginado. Disponível em: < <https://iedasch.jusbrasil.com.br/artigos/215397194/requisitospara-adocao-no-brasil>>.

SILVA FILHO, A. M. da. Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência e anulação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VERONESE, J. R.; PETRY, J. F. C. Adoção internacional e MERCOSUL: Aspectos jurídicos e sociais. 1 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2013.

WALD, A. Curso de Direito Civil Brasileiro. O Novo Direito de Família. São Paulo: Saraiva,

2014.