

**FACULDADE DE TRÊS PONTAS – FATEPS**  
**DIREITO**  
**SAMANTHA DE OLIVEIRA NUNES**

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS NO DIREITO BRASILEIRO**

**TRÊS PONTAS**  
**2017**

**SAMANTHA DE OLIVEIRA NUNES**

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS NO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel, sob a orientação da Prof. Fabiana Miranda Muniz.

**TRÊS PONTAS**  
**2017**

**SAMANTHA DE OLIVEIRA NUNES**

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Direito pela Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em    /    /    /

---

Prof. Fabiana Miranda Muniz

---

Prof.

---

Prof.

OBS:

Dedico este trabalho à minha mãe, Luciene que me apoiou durante esses 5 anos e a minha vó, Maria Rita, que esteve olhando por mim junto aos anjos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a minha família e amigos pelo apoio, agradeço, também, a minha orientadora pela contribuição para a conclusão deste trabalho.

“Aos outros dou o direito de ser como são, a mim dou o dever de ser cada dia melhor”.

(Chico Xavier)

## RESUMO

Este trabalho aborda a possibilidade da adoção por casais homossexuais no direito brasileiro, sendo que não há vedação para que essa adoção ocorra, o que acontece é a falta de lei específica para com o tema, deixando abertura para o debate. Aborda também como funciona o instituto da adoção e quais os seus princípios norteadores, assim como os requisitos que o indivíduo precisa para conseguir realizar a adoção, da habilitação e dos efeitos que essa forma de família produz no ordenamento jurídico. Versa sobre as relações homossexuais e a homossexualidade, da união homoafetiva que passou a ser equiparada a união estável heterossexual a partir de julgado do STF e por fim discorre sobre a possibilidade de casais do mesmo sexo adotar e da problemática da falta de lei específica que regule a adoção por esses casais.

**Palavras-chave: Adoção. Homossexuais. Afetividade. Leis.**

## ***ABSTRACT***

This work deals with the possibility of adopting homosexual couples in Brazilian law, and there is no prohibition for this adoption to occur, what happens is the lack of a specific law on the subject, leaving room for debate. It also talks about how the institute of adoption works and what its guiding principles, as well as the requirements that the individual needs in order to achieve the adoption, habilitation and effects that this form of family produces in the legal order, also deals with the relationships homosexuality and homosexuality, from the homoffective union that came to be equated with the stable heterosexual union from the judgment of the STF. And finally, it discusses the possibility of same-sex couples to adopt and the problem that is the lack of specific law that regulates the adoption by these couples.

**Keywords: Adoption. Homoxessuais. Affectivity. Laws.**

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A ADOÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2.1</b>	<b>Contexto Histórico.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2</b>	<b>Natureza Jurídica.....</b>	<b>20</b>
<b>2.3</b>	<b>Espécies de Adoção e Requisitos.....</b>	<b>21</b>
<b>2.4</b>	<b>Procedimento Judicial para a Adoção.....</b>	<b>24</b>
<b>2.4.1</b>	<b>Procedimento Judicial para a Adoção de Menor .....</b>	<b>25</b>
<b>2.4.2</b>	<b>Procedimento Judicial para a Adoção de Maior .....</b>	<b>28</b>
<b>2.5</b>	<b>Habilitação.....</b>	<b>29</b>
<b>2.6</b>	<b>Efeitos da Adoção.....</b>	<b>31</b>
<b>3</b>	<b>RELAÇÕES HOMOAFETIVAS .....</b>	<b>34</b>
<b>3.1</b>	<b>Homossexualidade.....</b>	<b>35</b>
<b>3.2</b>	<b>União Homoafetiva.....</b>	<b>36</b>
<b>4</b>	<b>ADOÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS.....</b>	<b>43</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>52</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>53</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade a adoção sofre transformações, adaptando-se as alterações que a sociedade vem sofrendo. O que antes era apenas para preservação da igreja, nome e do patrimônio das famílias e que funcionou também como meio de incluir na sociedade familiar filhos bastardos, transformou-se em um dos institutos dos mais humanos e importantes, onde a prioridade é o bem-estar do adotado.

No âmbito jurídico, a adoção é um negócio jurídico celebrado com base na manifestação de vontade dos pais, onde forma-se uma família através de uma decisão judicial.

Com a adoção acontece a inserção em um núcleo familiar de um novo indivíduo, este será considerado filho mesmo não possuindo laços de sangue com os adotantes, criando vínculo jurídico e afetivo.

A sociedade, historicamente, estabeleceu que a família seria o modo mais adequado para a sobrevivência humana.

No entanto, com a evolução que a sociedade sofreu com o passar dos anos, criou-se novas formas de família, cujo pilar é a afetividade.

Dentre essas famílias da atualidade, surgiu a família fundada por pessoas do mesmo sexo, isto é: as famílias homoafetivas.

Com o intuito de constituir família compostas por homossexuais passaram a adotar, porém de forma unilateral, vez que o artigo 42 da Lei nº. 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que tanto homens quanto mulheres podem adotar independente de seu estado civil. Já a adoção conjunta não era possível vez que a mesma lei, artigo 42 §2º, exige ser indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, o que ainda não era permitido a casais homossexuais, o que trazia um problema vez que a adoção unilateral não traz benefício para o adotado, pois este era filho de ambas as partes, entretanto, só possuíam vínculo jurídico com uma delas.

Em 2011 o STF deu a decisão histórica em que equiparou a União Homoafetiva a União Estável Heterossexual, visando o princípio da igualdade trazido na Constituição Federal, dando aos homossexuais o direito em ter uma família, assim como qualquer outra.

Não há no ordenamento jurídico lei específica que regule a relação entre pessoas do mesmo sexo, então a decisão é aplicada equiparando as normas que versam sobre a União Estável Heterossexual a União Homoafetiva.

Desta forma, diante o cenário que amplia a visão de família cuja fonte primária é a afetividade, que resguarda os direitos do indivíduo e que visa a igualdade e o melhor interesse do adotado, nos dias atuais há possibilidade de adoção conjunta por casais homossexuais, conforme aborda o presente trabalho.

O primeiro capítulo versará sobre a adoção, como surgiu o instituto da adoção, quais seus princípios reguladores, qual a sua natureza jurídica, assim como quais as espécies de adoção e seus requisitos. Abordará também sobre o cadastro, sobre o procedimento judicial para a adoção, este que se subdivide em dois, procedimento judicial para a adoção de menor e procedimento judicial para a adoção de maior. Disporá também sobre a habilitação para a adoção e seus efeitos no ordenamento jurídico.

Em complementação ao primeiro capítulo, o segundo capítulo discorrerá sobre as relações homoafetivas, como elas foram ganhando espaço nos dias atuais, assim como explanará sobre a homossexualidade e a união homoafetiva, esta última que antes não havia regulamentação e agora, com a decisão de 2011 do STF, passou a ser equiparada a união estável heterossexual.

O terceiro capítulo discorre sobre a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo, a falta de lei específica, a equiparação aos casais heterossexuais e o direito de adotar destes casais com base na afetividade.

Em síntese, o trabalho se realizou por pesquisas a doutrina, jurisprudência e legislação, com a finalidade de analisar toda a temática que é a adoção por casais homossexuais no direito brasileiro.

## 2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A ADOÇÃO

A adoção é um instituto onde um indivíduo é inserido em uma família da qual ele não tem vínculo sanguíneo. Fato este que ocorre quando se esgota as possibilidades de que o indivíduo permaneça em sua família biológica, visando sempre o seu bem estar.

Com a adoção, o adotado é inserido na família e passa a ter os mesmos direitos dos filhos naturais.

O projeto de lei inicial que resultou na aprovação da Lei 12.010/09 trazia em seu texto original a seguinte definição de adoção:

(...) a inclusão de uma pessoa em família distinta da sua natural, de forma irrevogável, gerando vínculos de filiação, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-a de quaisquer laços com pais e parentes biológicos, salvo os impedimentos matrimoniais, mediante decisão judicial. (CURY, 2013, p. 190)

O instituto da adoção, antes de ser regulamentado pela Lei nº. 8.069/1990, era regulamentado pelo Código Civil de 1916 que permitia que a adoção fosse realizada por escritura pública, caracterizada como de “caráter negocial”, que servia para satisfazer o interesse dos adotantes, ou seja, excluía-se o interesse do adotado e passava a tratá-los como se fossem objetos. (CURY, 2013, p. 190)

Nesse sentido, a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente serviu para regulamentar a adoção de crianças e adolescentes e assim proteger seus interesses, visando sempre a melhor condição de vida para o adotado. Porém, a adoção de adultos ainda era regulamentada pelo Código Civil de 1916.

O Código Civil de 2002 passou a tratar do tema, tanto de adultos como de crianças e adolescentes em um capítulo exclusivo para a adoção, do artigo 1618 a 1629, quando a adoção surgiu como ato do poder judiciário, sendo possível somente através de um processo judicial, excluindo completamente qualquer tipo de adoção por outro meio. (CURY, 2013 p. 191)

Posteriormente foi criada a Lei 12.010/2009, que fez algumas alterações ao Estatuto da Criança e do Adolescente, uma delas de dar exclusividade ao Estatuto para regular a adoção de crianças e adolescentes, deixando o Código Civil fazer menção apenas aos maiores de 18 anos onde propõe que estes dependerão de assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras

gerais do Estatuto da Criança e do Adolescente. A mesma lei também revoga, em seu artigo 8º, os artigos 1620 a 1629 do Código Civil, onde tratava da adoção em geral e modificou o texto dos artigos 1618 e 1619 do mesmo Código. (CURY, 2013 p. 191)

Para Cury esse contexto normativo ficou mais organizado, conforme traz em sua obra.

A sistemática resultante ficou mais adequada, pois não deixa dúvida de que a adoção de crianças e adolescentes está sujeita tão somente às normas e, acima de tudo, aos princípios consagrados pela Lei 8.069/1990, minimizando assim possíveis erros de interpretação e distorções na aplicação da lei. (CURY, 2013, p.191)

Alguns autores trazem em suas obras conceitos de adoção:

Maria Helena Diniz – A adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, previstos na Lei 8.069/90, arts. 39 a 52-D, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Sílvio de Salvo Venosa – A adoção é modalidade artificial de filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, conforme o atual sistema.

Maria Berenice Dias – A adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica. (TARTUCE, 2013, p. 1213)

Pode-se concluir através desses conceitos que a adoção é um ato jurídico com efeitos denominados em lei. Dá-se a adoção mediante de um ato judicial, seja de maiores quanto de menores, sendo escrita no registro civil mediante mandado, conforme emana o artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”. (BRASIL, 1990)

O processo de adoção sempre terá a intervenção do Ministério Público e correrá nos casos de menores na Vara da Infância e Adolescente e se tratando de maiores na Vara de Família, sendo questão relativa ao estado de pessoas e de ordem pública. (TARTUCE, 2013 p. 1214)

Vale ressaltar que a adoção, como traz o artigo 39 § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, é uma medida excepcional e irrevogável, pois só pode se falar em adoção quando se esgotam os meios de manutenção do adotado na sua família natural.

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

[...]

§ 1 A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (BRASIL, 1990).

Quanto à capacidade para adotar, o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente assevera que a pessoa maior de 18 anos pode adotar, independente do estado civil, pode adotar. (BRASIL, 1990)

Há que se falar no ordenamento Jurídico em “adoção unilateral”, que é aquela em que somente um indivíduo adota, no entanto há também a “adoção bilateral”, denominada como “adoção conjunta”, que é a adoção realizada por duas pessoas, nessa segunda hipótese é necessário que as duas pessoas sejam casadas ou que tenham união estável, comprovando também a estabilidade da família, conforme artigo 42§ 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. (TARTUCE, 2013, p. 1215)

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

[...]

§ 2 Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (BRASIL, 1990)

O parágrafo 4º do mesmo artigo traz a possibilidade em adotar em conjunto os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros, veja-se:

§ 4 Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. (BRASIL, 1990).

Para os doutrinadores esse artigo de lei abre caminho para a adoção homoafetiva, observa-se:

Luciano Alves Rossato e Paulo Eduardo Lépre já viam com bons olhos a inovação, pois, “ainda que possa parecer ínfima, trata-se de alteração substancial empreendida no instituto da adoção e que abre espaço, por exemplo, para a adoção por casais homossexuais, uma vez que não exige mais a formalização de uma união pelo casamento ou pela união estável em

curso, para que se possa reconhecer a possibilidade de adoção bilateral”. (TARTUCE, 2013, p. 1216).

Sobre o assunto, há decisão do Superior Tribunal de Justiça, publicada no informativo nº 432, que admite a adoção por homossexuais, *in verbis*:

#### MENORES. ADOÇÃO. UNIÃO HOMOAFETIVA.

Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como adotante, do nome da companheira de igual sexo nos registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores. Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo da estabilidade da família, pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificou cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfiliação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles. (BRASIL,

Superior Tribunal de Justiça. REsp 889.852 RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 2010).

Na doutrina, o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente é usado como fundamento para determinada adoção, no qual traz em seu texto: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. (BRASIL, 1990)

A decisão do Supremo Tribunal Federal, publicada no dia 5 de maio de 2011, parece ter afastado o debate sobre a união homoafetiva. No que diz respeito aos prejuízos psicológicos e sociais que o adotado pode sofrer por ter pais homossexuais, vale ressaltar, conforme o entendimento doutrinário:

De fato, as pesquisas psicológicas revelam que casais homossexuais não diferem de casais heterossexuais no que diz respeito à criação de seus filhos, além de rejeitar as hipóteses de confusão de identidade de gênero, de tendência à homossexualidade e de dificuldade no desenvolvimento psíquico e nas relações sociais de crianças cuidadas por casais homossexuais.

Quanto à parentalidade, constata-se que Estudos como esses levaram a Associação Americana de Psicologia (APA) e a Associação Americana de Psicanálise a declararem apoio irrestrito às iniciativas de adoção por casais de pessoas do mesmo sexo, e a repudiar a negligência por parte das decisões legais às pesquisas a respeito de homoparentalidade. No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia reforça que ‘inexiste fundamento teórico, científico ou psicológico condicionado a orientação sexual como fator determinante para o exercício da parentalidade’.

Dado que a finalidade da adoção é propiciar ao adotado as melhores condições de desenvolvimento humano e de realização pessoal, rejeitar esta possibilidade por casais homossexuais é restringir de modo injustificado o instituto da adoção. Esta diminuição das chances de encontrar ambiente familiar positivo viola frontalmente os deveres de cuidado e de proteção que a Constituição exige do Estado e da sociedade. Mais grave ainda: invoca-se a proteção da criança como pretexto para, em juízo dela mesma, fazer prevalecer mais uma das manifestações do preconceito heterossexista. (TARTUCE, 2013, p. 1216-1217)

Passada as considerações iniciais sobre o tema, aprofunda-se nas questões principais.

## **2.1 Contexto Histórico**

No contexto histórico a adoção sofreu inúmeras alterações com o passar dos anos e evolução da sociedade.

Antigamente poderia se falar em adoção por quase todos os povos, hindus, egípcios, persas, hebreus, gregos, romanos, que pegavam para si crianças de outras

famílias e colocavam nas suas como se fossem seus filhos naturais, grande exemplo é, no Egito, a adoção de Moises pela filha do Faraó. (SENADO FEDERAL, 2013)

O instituto da adoção era um ato utilizado apenas para perpetuar a prole, preservar do nome da família e o culto religioso, porém caiu em desuso na Idade Média, onde o direito canônico defendia a ideia de pureza e linhagem dos filhos. Com o passar dos anos, evoluiu para a inclusão de filhos “bastardos” na família, fato este que logo evoluiu para um instituto de caráter humanitário.

Para Maria Regina Fay de Azambuja, procuradora de Justiça do Rio Grande do Sul “As crenças primitivas impunham a necessidade da existência de um filho, a fim de impedir a extinção do culto doméstico, considerado a base da família”. (SENADO FEDERAL, 2013)

Desta forma, o filho adotivo era inserido na religião da família adotiva cortando qualquer laço com sua família de origem.

Vale lembrar que, em Roma, falava-se em três espécies de filiação, sendo: os advindos das justas núpcias, os adotivos e os legitimados. Na adoção, procuravam um indivíduo para que este gerasse descendentes e perpetuasse o culto doméstico, fato este, considerado pelos romanos uma necessidade material dos que faleciam. (MALUF; MALUF, 2013 p. 562)

A doutrina defende que a adoção é quando o indivíduo sai de sua família originária e é inserido em uma família substituta com a qual não possui laços de sangue.

Em Roma havia duas formas de adoção, a chamada “ad-rogação” e a propriamente dita.

A adoção por “ad-rogação”, *arrogatio*, adotavam-se pessoas *sui juris* (pessoa independente do pátrio poder) e seus dependentes. Nesse caso, exigia a intervenção do Poder Público, o consentimento do adotante e adotado e de anuência do povo. Esse tipo de adoção era um ato pelo qual um *pater familias* (chefe da família) inseria outro *pater familias* na qualidade de filho em sua família, sendo este instituto aplicável apenas para homens. Já a segunda, adotavam-se apenas o *alieni juris* (pessoa dependente subordinada ao poder de um pater familias), nesse caso, o povo, o qual era requisito para a primeira adoção, era substituído pelo magistrado, onde primeiro era extinto o pátrio poder do pai biológico e depois fazia a transferência para o adotante. (MALUF; MALUF, 2013, p. 563)

Desta forma nota-se a importância do instituto da adoção no direito romano, cumprindo sua função social, seja para dar filhos a quem não poderia ter, seja para dar herdeiros ou até mesmo para dar sucessores a família real.

Ainda podia se falar em uma terceira forma de adoção, sendo ela a adoção testamentária, onde o adotante efetuava a adoção por meio de testamento. A doutrina emana que foi assim que surgiu a ideia de testamento, onde o indivíduo escolhia seu herdeiro, pois não possuía filhos.

Porém na Europa Ocidental, não há o que se falar em adoção na antiguidade, Idade Média e Idade Moderna, pois lá eles priorizavam os laços sanguíneos, pois para eles não era comum ter no seio familiar a figura de um indivíduo estranho a família. (MALUF; MALUF, 2013, p. 564)

Porém, desde a Revolução Francesa, mediante a ideia de igualdade, a adoção foi vista com outros olhos, tendo, desta forma, um cenário mais favorável, foi quando Napoleão resgatou o instituto da adoção ao elaborar o Código Civil francês, onde passou a regulamentar o assunto. No entanto, a Assembleia Geral colocou várias restrições, como a idade mínima de 50 anos do adotante e adotante não poderia ter tido nenhum filho, assim as adoções não eram tão frequentes. Em 1940 o processo de adoção foi simplificado, modificando o cenário da adoção na Europa. (MALUF; MALUF, 2013 p. 564)

O instituto da adoção, em todo o contexto histórico, foi encarado com certa reserva, uma vez que o instituto transfere direitos ao adotado e também podiam ser inseridos no ente familiar pessoas incestuosas e adúlteras, fato que, na época ia contra os princípios de família denominada legítima. (MALUF; MALUF, 2013 p. 564)

Na antiguidade a adoção tinha a função de conceder filhos ao casal que não podia ter, satisfazendo a finalidade do casamento, que era ter filhos. Hoje em dia tem por fim o bem estar do adotado.

[...] no direito moderno a função da adoção era garantir descendência às famílias estéreis. Essa concepção, entretanto, foi modificada, pela insurgência das ideias de cunho assistencial e com o incremento da noção de solidariedade entre os homens. (DANTAS, 1991, p. 388)

No Brasil, o Decreto n. 181/1890 recepcionou o instituto da adoção no país. No início a adoção era pouco valorizada e falava-se em duas modalidades de adoção, sendo

a adoção em sentido estrito e a adoção adrogatio, a primeira era destinada a adoção de incapazes e a segunda da adoção de pessoas capazes.

Como as leis que tratavam da adoção ficavam espalhadas pela legislação, o Código Civil de 1916 trouxe em seus artigos 368 a 378 os dispositivos legais para a adoção, no entanto a ideia de adoção ainda era satisfazer o interesse do adotante e não o do adotado. No primeiro momento, só poderia adotar os maiores de 50 anos que não tinham filhos, porém a Lei n. 3.133/57, modificou esse requisito passando para 30 anos de idade, entretanto que fossem casados, devendo esperar cinco anos para adotar. Posteriormente foi criada a Lei n. 4.655/65 que introduz a legitimação ao adotado, estabelecendo um laço mais forte entre o adotante e adotado, equiparando-se a filhos naturais, e enfim o Código de Menores, Lei n. 6.687/79, substituiu a anterior pela adoção plena, na qual consiste na integração do adotado na nova família, como se filho biológico fosse. Dessa forma poderia se falar em duas espécies de adoção no Brasil, a adoção simples, regulamentada pelo Código Civil de 1916 e a plena regulamentada pelo Código de Menores, mais tarde foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente, desse modo a adoção passou a ser permitida ao maior de 21 anos, independente de estado civil, com ou sem prole, conforme seu artigo 42. Hoje em dia, com o Código Civil de 2002 não mais se distinguem as formas de adoção. (MALUF; MALUF, 2013 p. 565, 566)

A Constituição Federal modificou a visão de adoção no país, igualou o filho adotivo ao filho natural, não sendo permitida nenhuma distinção.

A adoção é considerada medida excepcional, onde o adotado rompe os vínculos com a sua família biológica após esgotar os recursos de manutenção na família originária e o introduz em uma família socioafetiva, assim como emana o artigo 39§1º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (BRASIL, 1990)

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 25 conceitua família natural, veja-se: “entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”. (BRASIL, 1990)

Já o conceito de família extensa se encontra na Lei n. 12.010/09 no parágrafo único do aludido dispositivo, *in verbis*:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL, 2009)

Vale ressaltar que a adoção será deferida apenas em visando o bem estar do adotando, conforme artigo 43 do ECA: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. (BRASIL, 1990)

## 2.2 Natureza Jurídica

Pode-se dizer que a adoção é um contrato de direito de família, que se realiza a partir da manifestação de vontade de uma das partes envolvidas, podendo ser dos pais ou representantes legais do menor adotado, do próprio adotado se tiver mais de 12 anos de idade, do adotando capaz, assim como do adotante, podendo ainda ser uma instituição de ordem pública com intervenção do órgão jurisdicional, este último, cria entre as partes uma relação de parentesco próximo à relação de família natural. (MALUF; MALUF, 2013 p. 567)

Porém, há também a possibilidade de ser interpretada como um negócio jurídico bilateral, que envolve a manifestação de vontade de ambas as partes (adotante e adotado). Essa manifestação de vontade pode ser direta ou indiretamente, esta última, por representante legal.

Ocorre que, a adoção acontece mediante sentença judicial.

A adoção decorre de sentença judicial constitutiva prolatada pelo Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude, quando envolver menores; ou Juízo de Direito de Família quando envolver maiores de idade. Seus efeitos são ex nunc, pois não alcançam os fatos pretéritos, anteriores ao processo de adoção. (MALUF; MALUF, 2013, p. 567)

A adoção também constitui uma ação de estado, onde um indivíduo passa a ser filho e os outros passam a serem pais, desvinculando-se com a família natural.

A adoção constitui uma ação de estado, uma vez que atribui o status de filho e de pais às partes envolvidas no processo, desvinculando o adotado de todo e qualquer vínculo com sua família biológica, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais. (MALUF; MALUF, 2013 p. 567)

A adoção tem a natureza jurídica mista de contrato com decisão judiciária, pois se trata de uma manifestação de vontade das partes seguida pela homologação do Juiz. Desta forma, pode-se dizer que é um ato de natureza mista.

### **2.3 Espécies de Adoção e Requisitos**

Há no ordenamento jurídico duas espécies de adoção sendo a adoção de criança e adolescente e a adoção de maiores, a primeira regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e a segunda pelo Código Civil e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que, a Lei 12,010, de 03 de agosto de 2009, revogou o regime de adoção de menores que havia no Código Civil a fim de unificar as normas referentes a adoção destes apenas em um instituto, portanto, remeteu-as ao Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo uma nova visão no âmbito jurídico para o instituto da adoção. (MALUF; MALUF, 2013 p. 568)

Com as mudanças sofridas decorrente da reforma trazida pelos novos dispositivos normativos, há que se destacar que a idade mínima para adotar é de 18 anos e não depende de estado civil como traz o artigo 42 caput do Estatuto da Criança e do Adolescente. O Código Civil de 1916 permitia a adoção apenas aos maiores de 50 anos que não tivessem filhos, veja-se: “podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil”. (BRASIL, 1990)

A cerca da adoção conjunta, exige que os adotantes sejam casados ou estejam em união estável conforme traz o artigo 42, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

[...]

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (BRASIL, 1990)

Já os divorciados, separados judicialmente e ex-companheiros poderão adotar em conjunto, porém deverão estabelecer o regime de guarda e visitação, e em hipótese

de adoção por casal dissolvido, uma vez demonstrado benefício para o adotado, será assegurada a guarda compartilhada, conforme artigo 42 e §§4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

[...]

§ 4 Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5 Nos casos do § 4o deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (BRASIL, 1990)

Outro requisito importante é o da diferença entre as idades do adotante e adotado, esta deve ser de 16 anos, sendo aplicáveis as duas espécies de adoção, nos moldes do artigo 42 § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

[...]

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

do estado civil.(BRASIL, 1990)

É requisito também, o consentimento das partes, sendo dos pais (ambos os pais) ou do representante legal, de acordo com o artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo desnecessário nos casos em que os pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar e a mesma regra também se aplica as duas espécies de adoção, conforme dispõe os parágrafos do mesmo artigo.

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder familiar.

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento. (BRASIL, 1990)

Se tratando do consentimento dos pais, o procedimento será o do artigo 166 do ECA, com audiência perante o Juiz da Vara da Infância e Juventude, com o Ministério

Público presente, onde os pais irão manifestar sua vontade a respeito da adoção. (CURY, 2013 p. 804)

Já na hipótese de que os pais sejam desconhecidos ou destituídos do poder familiar, não há necessidade de consentimento, exceto do adotando com mais de 12 anos. (CURY, 2013 p. 804)

No entanto as hipóteses de destituição do poder familiar, o disposto no artigo 1638 do Código Civil, levando em consideração os princípios trazidos no Estatuto da Criança e do Adolescente não será necessário o consentimento, apenas a perda do poder familiar.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:  
I - castigar imoderadamente o filho;  
II - deixar o filho em abandono;  
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;  
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.  
(BRASIL, 2002)

A respeito do consentimento do menor, este será necessário sempre que a criança for maior de 12 anos, assim como traz o artigo 28, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.  
§ 1 Sempre que possível a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. (BRASIL, 1990)

Quanto a nulidade por falta de consentimento, somente o interessado tem legitimidade para arguir. (MALUF; MALUF, 2013 p. 572)

É vedada a adoção por procuração, assim como emana o disposto no artigo 39, §2º do ECA: “A adoção de criança e de adolescente rege-se segundo o disposto nesta Lei. [...] § 2º É vedada a adoção por procuração. (BRASIL, 1990)

Assim como, também é vedado a adoção por ascendentes ou irmãos do adotado, conforme artigo 42 § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. [...] § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”. (BRASIL, 1990)

Caso o adotante venha a falecer antes de concluído o processo de adoção, a adoção só acontecerá se ele manifestar sua vontade de maneira inequívoca, caso em que a sentença produzirá seus efeitos sentido *ex tunc*, retroagindo até a data do óbito, conforme emanam os artigos 42, § 6º e 47, § 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 6 A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

[...]

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

[...]

§ 7 A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6o do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito. (BRASIL, 1990)

Vale ressaltar que a adoção conjunta é possível também por casais homossuais aplicando-se a regra a união estável. A adoção pleiteada por uma das partes da relação homoafetiva, desde que sejam resguardados os interesses do adotado, tem sido cabível no ordenamento jurídico. (MALUF; MALUF, 2013 p. 574)

## **2.4 Procedimento Judicial para a Adoção**

O procedimento judicial de adoção vai varear de acordo com a espécie de adoção, adoção de menores e adoção de maiores.

O primeiro passo é se inscrever no registro de pessoas interessadas em adotar. O artigo 50 do ECA trata sobre o cadastro de pessoas para adoção e seus procedimentos, o estágio de convivência com o menor, que confirma o interesse das partes, sendo assim, efetivado o processo de habilitação obrigatório. (MALUF; MALUF, 2013 p. 574)

O ECA também assegura a tramitação prioritária aos processos de adoção, sob pena de responsabilidade, também assegura que a ação de perda ou suspensão devem ser concluídas no prazo de 120 dias, conforme os artigos 152, parágrafo único, e 163.

Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

Parágrafo único. É assegurada, sob pena de responsabilidade, prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos nesta Lei, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes.

[...]

Art. 163. O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias. (BRASIL, 1990)

Após, dada a sentença, esta é averbada no Registro Civil, sendo vedada qualquer observação sobre a natureza do vínculo e proibido o fornecimento de cópia de certidão de nascimento, de acordo com artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”. (BRASIL, 1990)

Vale ressaltar que a vedação ao fornecimento da certidão de nascimento não impossibilita o adotado de ter acesso aos autos do processo de adoção. (CURY, 2013 p. 217)

#### 2.4.1 Procedimento Judicial para a Adoção de Menor

A adoção de menores é regida pelas normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, como traz o artigo 39, *caput*: “A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei”. (BRASIL, 1990)

Sendo o pedido de adoção formulado perante o Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude. O Estatuto estabelece procedimentos especiais para esse tipo de adoção em seus artigos 165 a 170. (MALUF; MALUF, 2013 p. 575)

A doutrina explica o que deve conter no pedido de adoção.

O pedido de adoção deverá conter: o nome e a qualificação do requerente e de seu cônjuge ou companheiro, que deverá apresentar expressamente sua concordância; mencionar o eventual parentesco do requerente, de seu cônjuge ou companheiro com o adotando, informando a existência ou não de parente vivo deste; o nome e a qualificação do adotando e de seus pais naturais, caso sejam conhecidos; consentimento por escrito dos pais do adotando ou de seus representantes legais, e do próprio adotando se este contar com mais de 12 anos de idade, o que não será necessário no caso de infante exposto, abandonado, ou menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos ou tenham sido destituídos de seu poder familiar, sem nomeação de tutor, ou, ainda, de órfão não reclamado por qualquer parente por mais de um ano. (MALUF; MALUF, 2013, p. 575, 576)

Faz-se necessário informar o cartório de Registro Civil, onde foi feita a certidão de nascimento do adotando, para que, se possível, anexe cópia da certidão de nascimento, ainda é preciso que se faça uma declaração de bens, direitos ou

rendimentos do adotando. Há também a necessidade de ser realizado estudo social ou perícia para decidir sobre o período de convivência entre adotante e adotado, podendo ser feito pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes ou Ministério Público. Logo serão ouvidas as partes, pais naturais, os adotantes e o adotando, após o Ministério Público ir se manifestar para que o juiz profira a sentença. (MALUF; MALUF, 2013 p. 576)

De acordo com o artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente cada comarca deve ter dois registros, um de crianças e adolescentes que estão em condição de serem adotadas e outro com pessoas interessadas em adotar:

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. 1º O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do juizado, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.

§ 3º A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

§ 4º Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

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

§ 6º Haverá cadastros distintos para pessoas ou casais residentes fora do País, que somente serão consultados na inexistência de postulantes nacionais habilitados nos cadastros mencionados no § 5º deste artigo.

§ 7º As autoridades estaduais e federais em matéria de adoção terão acesso integral aos cadastros, incumbindo-lhes a troca de informações e a cooperação mútua, para melhoria do sistema.

§ 8º A autoridade judiciária providenciará, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotados que não tiveram colocação familiar na comarca de origem, e das pessoas ou casais que tiveram deferida sua habilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional referidos no § 5º deste artigo, sob pena de responsabilidade.

§ 9º Compete à Autoridade Central Estadual zelar pela manutenção e correta alimentação dos cadastros, com posterior comunicação à Autoridade Central Federal Brasileira. (BRASIL, 1990)

Porém, há a possibilidade de adoção, sem a inscrição no cadastro, quando se tratar de adoção por parente afetivo, como nos casos de adoção unilateral como, por

exemplo, o cônjuge adotar o filho do outro ou se o adotante for tutor ou curador de criança com mais de 3 anos ou adolescente, desde que comprovado o estágio de convivência e afinidade entre as partes, e não pode haver má fé ou outras situações descritas nos artigos 237 a 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (MALUF; MALUF, 2013 p. 577)

Art. 237. Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto:

Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa.

Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:

Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa. (BRASIL, 1990)

Assim, a adoção será deferida, apenas para os candidatos que satisfizerem os requisitos legais e que proporcionem um ambiente saudável visando sempre o bem estar do adotando.

Dessa forma, o juiz proferirá a sentença que após o trânsito em julgado deverá ser inscrita no Registro Civil, onde será feita certidão de nascimento do adotando na qual não fará menção a adoção. O prenome do adotando poderá ser alterado a requerimento das partes ao juiz. (MALUF; MALUF, 2013 p. 577, 578)

A doutrina ainda debate a possibilidade de adoção de nascituro, o Código Civil de 1916 permitia tal tipo de adoção, porém o Estatuto da Criança e do Adolescente não permite mais, em seu artigo 166 §6º, diz que somente poderá ser adotado o filho após o nascimento.

Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.

[...]

§ 6º O consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança. (BRASIL, 1990)

Para Maria Berenice Dias, não se deve impedir a adoção de nascituro, tendo em vista que pode ser uma melhor condição para o adotando.

No entanto, nada justifica impedir a adoção antes do nascimento, quer porque a existência de um vínculo de confiança da gestante com os candidatos à adoção só vem em benefício da criança, quer em face das modernas técnicas de reprodução assistida, que estão desmotivando quem quer ter um filho de

optar pela adoção. De outro lado, a injustificada tentativa de entregar a criança à família extensa - procedimento que se prolonga por anos - subtrai-lhe o direito constitucional à convivência familiar. Às claras que a referência não diz

com a família biológica, mas com a família que tem condições de inseri-la numa estrutura familiar: os adotantes. (DIAS, 2016, p. 839)

#### 2.4.2 Procedimento Judicial para a Adoção de Maior

É necessária para a adoção de maiores sentença judicial, de acordo com artigo 1619 do Código Civil.

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL, 2002)

Para que a adoção de maiores aconteça é necessário que um dos adotantes tenha a diferença 16 anos com o adotado, a lei não dispõe limite de idade para ser adotado.

Há doutrinadores que se posicionam de maneira diversa a respeito da adoção de maiores por meio de escritura pública.

Posicionam-se Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva contrariamente à realização da adoção de maior de idade por escritura pública. “É de toda a conveniência que a adoção de maior de idade sujeite-se, também, à supervisão do Poder Judiciário. Lembre-se, nesse passo, que a pessoa com dezoito anos de idade é havida como capaz, de modo que muitos riscos poderia trazer a adoção por escritura pública”. (MALUF. MALUF, 2013, p. 578)

Portanto, o pedido de adoção se dará quando formulado o pedido perante o Juízo de Direito da Vara da Família, sendo o pedido formulado com nome e qualificação das partes, mencionar se há parentesco com o adotado, informar se há parentes vivos, nome e qualificação do adotando e de seus pais biológicos, se possível, e consentimento expresso por escrito do adotando e cópia de certidão de nascimento. O estudo social ou perícia também poderá ser realizado, e as partes serão ouvidas e após o juiz proferirá a sentença. E posterior ao trânsito em julgado a sentença será registrada em cartório de Registro Civil e será possibilitado o cancelamento da certidão nascimento anterior, onde será feita outra certidão com nome da família adotante. (MALUF; MALUF, 2013, p. 579)

Sendo assim, tanto o procedimento de adoção para menores quanto para maiores devem seguir o processo judicial para maior proteção para ambas as partes.

## 2.5 Habilitação

A Vara competente para a adoção é a da Infância e Juventude, onde a pessoa interessada poderá comparecer, independente de advogado, para manifestar o interesse em adotar. Sendo a pessoa interessada casada, ou vivendo em união estável, hétero ou homoafetiva, deve comparecer ao cartório, podendo apenas uma das partes apresentar-se, desde que tenha a concordância da outra parte. (DIAS, 2016, p. 845)

Junto da petição inicial é necessária a apresentação de documentos, sendo: comprovante de renda, de domicílio, atestado de sanidade física e mental, certidão de antecedentes criminais, negativa de distribuição cível e indicar o perfil do adotando de acordo com artigo 197-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. (DIAS, 2016, p. 845)

Art. 197-A. Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste:

- I - qualificação completa;
- II - dados familiares;
- III - cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável;
- IV - cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas;
- V - comprovante de renda e domicílio;
- VI - atestados de sanidade física e mental;
- VII - certidão de antecedentes criminais;
- VIII - certidão negativa de distribuição cível. (BRASIL, 1990)

O Ministério Público poderá apresentar quesitos pela equipe interprofissional, designar audiência e requerer juntada de documentos complementares assim como a realização de outras diligências, conforme artigo 197-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 197-B. A autoridade judiciária, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, dará vista dos autos ao Ministério Público, que no prazo de 5 (cinco) dias poderá:

- I - apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional encarregada de elaborar o estudo técnico a que se refere o art. 197-C desta Lei;
- II - requerer a designação de audiência para oitiva dos postulantes em juízo e testemunhas;

III - requerer a juntada de documentos complementares e a realização de outras diligências que entender necessárias. (BRASIL, 1990)

Nas conformidades do artigo 50, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, os candidatos a adoção deverão passar por um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude:

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.

[...]

§ 3 A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (BRASIL, 1990)

Sendo obrigatória a presença dos postulantes no programa de preparação psicológica, conforme emana o artigo 197-C, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 197-C. Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterà subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei.

§ 1o É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos. (BRASIL, 1990)

O artigo 50, § 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, exige que os postulantes convivam com as crianças e adolescentes que estão sujeitas a adoção.

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.

[...]

§ 4 Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3o deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (BRASIL, 1990)

Para Maria Berenice Dias esse artigo de lei é um tanto quanto perverso, como expõe em sua obra.

Há uma exigência particularmente perversa: incentivar, de forma obrigatória, o contato dos candidatos com crianças e adolescentes que se encontram institucionalizados e em condições de serem adotados (ECA 50 § 4.º). Além de expô-los à visitação, pode gerar neles falsas expectativas. Afinal, a visita é tão só para candidatar-se à adoção. E, depois de habilitados, nunca mais os candidatos poderão ter contato com qualquer criança abrigada. (DIAS, 2016, p. 846)

Conforme artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, após deferimento da habilitação, o candidato será inscrito no cadastro nacional de adoção.

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. (BRASIL, 1990)

Sendo a ordem cronológica obedecida conforme artigo 197-E, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

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 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, 1990)

## 2.6 Efeitos da Adoção

A adoção gera uma série de efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, Maluf elenca em sua obra oito efeitos da adoção.

[...] **O desligamento do vínculo parental com a família de origem e consequentemente estabelecimento de novo vínculo familiar com a família do adotante**, uma vez que o adotado passará a integrar a família deste (art. 1626 do CC). Na hipótese da adoção por parte de um dos cônjuges ou companheiros, do filho do outro, será mantido o vínculo de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os seus respectivos parentes, (art. 1626, parágrafo único, do CC), uma vez que o que se deseja nesse caso é a conferência da biparentalidade ao menor com base no princípio da socioafetividade. **O estabelecimento de parentesco civil** (1628, segunda parte, do CC), pois com o trânsito em julgado da sentença constitutiva de adoção são estabelecidas relação de parentesco entre o adotante, o adotado e a família do adotante. **A transferência do poder familiar** para o adotante, já que a adoção transfere de forma irreversível o poder familiar dos pais biológicos aos pais adotivos (arts. 1630, 1631, 1634,

1635, V, do CC). No caso de morte, interdição ou ausência dos adotantes, ou mesmo perda do poder familiar, não se restitui este aos pais biológicos, devendo ao adotado, se menor, ser nomeado um tutor. A **irrevogabilidade da adoção**, haja vista que, uma vez consignada a adoção, é ela irrevogável, por se tratar de ação de estado, irrenunciável nos termos do art. 48 do ECA. Após o advento da Lei n. 12.010/2009, a irrevogabilidade da adoção é mandamento constante do §1º do art. 39 do ECA. A **nulidade da adoção**, que pode ser judicialmente anulada desde que ofendidas as prescrições legais. Mas é preciso não perder de vista que a natureza benéfica do instituto não exige rigor extremado no exame das formalidades legais. Assim, como são relevantes, são as nulidades por vício de consentimento do adotante, do adotado e do representante legal deste. Essas nulidades, devido ao seu caráter meramente privado, só podem ser reconhecidas a pedido dos próprios interessados. A **alteração do prenome e do sobrenome do adotado**, uma vez que a sentença judicial que conferirá novo *status familiae* ao adotado dar-lhe-á o direito de adotar o sobrenome do adotante. Poderá ocorrer também alteração do prenome do adotado menor de idade caso tenha sido requerido pelas partes. A **reciprocidade do direito sucessório e alimentar entre o adotado e a família do adotante**, pois uma vez realizada a adoção, direitos e deveres bilaterais se instalam entre as partes em nome do *status familiae* então adquirido, nos termos da lei. “O art. 1799 do Código Civil de 2002 atribui à *prole eventual* de pessoas designadas pelo testador e existentes ao abrir-se a sucessão capacidade para adquirir por testamento. Tem-se entendido que tal exceção não compreende os filhos adotivos. De fato, o disponente não podia ter tido em vista tais pessoas, quando elaborou o ato de última vontade. Seu desejo não pode, portanto, ser substituído pela vontade arbitrária da pessoa designada. De outra forma, fácil seria a esta última burlar a disposição testamentária, bastando-lhe adotar filhos. A relação de adoção desviaria a herança, assim deferida a pessoas inteiramente alheias ao testador. Por conseguinte, a *prole eventual*, a que se refere o art. 1799, é apenas a descendência natural, já que a lei fala em concepção, que só existe na filiação consanguínea; como *descendente sucessível*, previsto no art. 1973 do Código Civil e cuja superveniência induz revogação do testamento, compreendido está o filho adotivo. Pode o filho adotivo ser deserdado, nos termos dos arts. 1814 e 1962 da lei civil”. O **surgimento de efeitos trabalhistas e previdenciários**, pois, ao confirmar o princípio de que a adoção imita a natureza, a legislação social estendeu à mãe adotante o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, que é de cento e vinte dias, nos termos da Lei n. 12.010/2009, a qual acrescentou à CLT o art. 392-A, que considerou especialmente a idade da criança, fixando prazos diversos para a concepção do benefício: cento e vinte dias para mães com crianças até 1 ano de idade; 1 a 4 anos de idade, esse prazo cai para sessenta dias; para crianças com mais de 4 até 8 anos de idade, o prazo cai para trinta dias. (MALUF; MALUF, 2013, p. 580,581, grifo do autor)

Há também, dentre os efeitos já mencionados, a possibilidade de o adotado, se interessado em conhecer eventuais impedimentos matrimoniais ou sua família biológica, propor ação de investigação de paternidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura ao adotado o direito de conhecer sua origem natural conforme disposto o artigo 48: “o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”. (BRASIL, 1990)

No entanto, vale ressaltar que a adoção é ato irrevogável, dessa forma os pais adotivos são os verdadeiros pais.

### 3 RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Com a evolução da sociedade o conceito de família também evoluiu, a família formada por pai, mãe e filhos, já não é mais o único modelo familiar.

Nos dias atuais a afetividade vem tomando um espaço significativo no direito de família respeitando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana assim como o princípio da afetividade.

O princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, por ter uma vasta gama de interpretações, a doutrina adota a definição dos juristas portugueses Jorge Miranda e Rui de Medeiros.

A dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. (TARTUCE, 2013, p. 1053)

Já o princípio da afetividade não está descrito na Carta Magna, no entanto a doutrina o traz como derivado do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da solidariedade, uma vez que a afetividade vem crescendo no Direito de família, assim como aponta a Ministra Nancy Andrighi em seu julgado.

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideias de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1026981/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 2010)

Com base nos princípios supracitados hoje pode se falar em famílias formadas por pessoas do mesmo sexo.

Para Maria Berenice Dias a convivência de casais do mesmo sexo não se diferencia da convivência de casais heterossexuais, dessa forma não cabe fazer nenhuma distinção entre ambas às relações.

Em nada se diferencia a convivência homossexual da união estável heterossexual. A homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. (DIAS, 2016, p. 238)

Tendo a família homoafetiva o afeto como pilar da relação e dessa forma fazendo valer o princípio da dignidade da pessoa humana, a relação passou a ter valor jurídico. Tal fato, surgiu pela busca do indivíduo pelo seu bem estar, assim como traz Maria Berenice Dias.

A busca pela felicidade levou ao surgimento de novas famílias, que florescem vincadas pelo afeto onde o que se deseja é conciliar as vantagens da solidariedade familiar com a liberdade individual; desta forma esboçam-se na atualidade novas modalidades de família, mais igualitárias nas relações de sexo, menos sujeitas a regras e imposições. (DIAS, 2000, p. 49)

Com isso, nota-se que as relações homoafetivas fazem parte de uma nova instituição de família no Brasil. Já não se deve ignorar o fato de que existe uma relação de afetividade entre pessoas do mesmo sexo e essas pessoas tem o direito de constituir família assim como qualquer indivíduo. O fato dessas pessoas serem do mesmo sexo não as diferencia dos heterossexuais, uma vez que no direito não há o que se falar em distinção de sexo.

### **3.1 Homossexualidade**

Por se tratar de um tema amplo, tratado por várias áreas, como medicina, psicologia, filosofia, sociologia e do direito, a doutrina traz o seguinte conceito para homossexuais.

Pode-se definir o homossexual como aquele que manifesta uma variação do impulso sexual e da afetividade, uma vez que, em maior ou menor grau, sente-se atraído sexual e afetivamente por pessoas do mesmo sexo. Ele relaciona-se sexualmente, quer de fato, quer de forma fantasiosa, imaginária, com parceiros pertencentes ao mesmo sexo que o seu, mantendo-se, todavia, satisfeito com seu sexo biológico. (MALUF; MALUF, 2013, p. 419)

Stéphane Clerget, citada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Dabus Maluf, conceitua a homossexualidade onde acredita que seja uma construção social que estabelece em virtude de um processo de autoidentificação, veja-se: “a homossexualidade é uma construção social que se estabelece em virtude de um processo interativo de classificação social e autoidentificação”. (CLERGET *apud* MALUF; MALUF, 2006, p. 74)

Não há causa da homossexualidade, esta se dá de acordo com vários fatores, genéticos, hormonais, ambientais, psicológicos, relacionais. (MALUF; MALUF, 2013 p. 420)

Sendo assim, vale ressaltar que os homossexuais têm os mesmos direitos que os heterossexuais em constituir família, respeitando sempre os princípios constitucionais.

### **3.2 União Homoafetiva**

A União entre pessoas do mesmo sexo vem ganhando espaço nos dias atuais devido a evolução que a sociedade vem sofrendo com o passar dos anos.

O que antes era visto como “relação incomum”, já não causa mais tanto espanto, claro, porém, que ainda se fala em preconceito por se tratar de um tema um tanto quanto novo no meio social e que foge dos padrões de relacionamento pelo qual a sociedade estava acostumada.

Embora o Brasil seja um estado laico, a igreja teve uma grande influência sobre o assunto, uma vez que era ensinado que a forma correta de se relacionar era mediante o casamento entre o homem e a mulher. Fator este tão influente, que no nosso Código Civil de 2002 em seu artigo 1.514 traz que o casamento será realizado entre o “Homem e a Mulher”, tanto como a união estável, que traz em seu texto a expressão “entre homem e mulher”.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

[...]

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002)

No sentido literal da palavra, ambos os textos normativos não fazem menção ao homossexual apesar de a Constituição Federal vedar qualquer tipo de discriminação sobre o assunto, obedecendo ao princípio da igualdade, assim como resguarda o direito a intimidade, nos seus artigos 3º, IV e artigo 5º, X.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, não há o que se falar em União Homoafetiva, uma vez que o dispositivo legal é omissivo com relação ao assunto, embora a Constituição Federal resguarde a igualdade, a intimidade e veda a discriminação. A Carta Magna também reconhece o casamento, a união estável ou a monoparentalidade como instituição familiar e hora nenhuma faz menção ao casal homoafetivo. (MALUF; MALUF, 2013 p. 420)

A doutrina aponta que a falta de normatização para a união homoafetiva não impede que ela exista, nesse sentido o artigo 226 e seus parágrafos, da Constituição Federal, são meramente exemplificativos.

Paulo Luiz Netto Lôbo pondera, por outro lado, que os tipos de entidades familiares contidos no art. 226 e seus parágrafos são meramente exemplificativos, pois o caput do referido artigo traz consignado um conceito amplo e indeterminado de família: ‘ a norma de exclusão do art. 226 da Constituição Federal apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões; ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, pois as normas do art. 226 são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação. (MALUF; MALUF, 2013, p. 421)

Para Miguel Reale, a matéria discutida não seria de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional:

A matéria não é de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, porque a Constituição institucionalizou a união estável entre o homem e a mulher. Para

cunhar-se a união estável dos homossexuais, seria preciso mudar a Constituição. (REALE, 1999, p. 172)

Portanto somente uma emenda constitucional seria capaz de dar o direito a família aos homossexuais. Porém em 2003 foi feita a proposta de emenda Constitucional, para que fosse adicionado ao artigo 226 §3º da Constituição, para que incluísse os casais homossexuais como entidade familiar, mas excluía a possibilidade de casamento. (MALUF; MALUF, 2013 p. 421)

Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre casais heterossexuais ou homossexuais como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento quando existente entre homem e mulher. (MALUF; MALUF, 2013, p. 421, 422)

No que tange os dispositivos legais existentes, a doutrina entende que há uma interpretação parecida entre as normas, podendo dar o mesmo sentido entre a união estável entre o homem e a mulher e a união homoafetiva.

Nesse contexto, Vecchiatti afirma:

Que é inequívoca a possibilidade jurídica do reconhecimento da união estável homossexual, pois estão presentes nesse relacionamento os pressupostos de plena comunhão de vida de forma contínua e duradoura, de afetividade, de publicidade, os quais, por sua vez, correspondem aos valores protegidos pelo reconhecimento da união estável. Idênticos valores estão presentes nos relacionamentos heteroafetivos; logo, o tratamento legal deve ser o mesmo. (VECCHIATTI, 2008, p. 309)

Seguindo esse raciocínio, uma vez que união estável heterossexual se iguala a união estável homoafetiva, pode-se falar em União Homoafetiva quando preenchidos os requisitos necessários para a União Estável comum entre o homem a mulher presentes no artigo 1.723 do Código Civil: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (BRASIL, 2002)

A doutrina também traz o ponto de vista de Luiz Fachin:

Considera-se possível afastar-se da regra constitucional a diferenciação do sexo para o reconhecimento de uma união estável. Assim, pioneiras decisões jurisprudenciais vêm, a seu modo e sob certas limitações, garantindo efeitos de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. (FACHIN, 1999, p. 99)

Portanto, para se chegar a uma conclusão, deve-se fazer o uso da analogia, jurisprudências, interpretação e hermenêutica, uma vez que não pode se falar e lei específica que trata desse assunto. (MALUF; MALUF, 2013 p. 423)

Por conta desse problema de falta de legislação específica para o tema, foram feitos diversos projetos de lei.

Em 05 de maio de 2011, foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, com relatoria do Min. Ayres Britto, em sede do STF. O resultado unânime foi no sentido de reconhecer a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar. Com essa mudança, o Supremo cria um precedente que pode ser seguido pelas outras instâncias da Justiça e pela Administração Pública, resguardando-se ao Congresso Nacional a regulamentação legal dos efeitos dessa decisão. (MALUF; MALUF, 2013 p. 428)

No entanto, o maior salto dado nesse sentido foi em 25 de outubro de 2011 quando foi autorizado o casamento de duas mulheres no sul do Brasil. O que evidencia que aos poucos a legislação está se adaptando as evoluções que o instituto família vem sofrendo com o decorrer do tempo. (MALUF; MALUF, 2013 p. 429)

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais

elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não

expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, 2011).

E desde então as decisões estão sendo a favor da equiparação da União homoafetiva a união estável heterossexual, como demonstra essa decisão do Superior Tribunal de Justiça de 08 de março de 2017 do Ministro Luis Felipe Salomão.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO RECONHECIMENTO DE UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVA). ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, são reiterados os julgados dando conta da viabilidade jurídica de uniões estáveis formadas por companheiros do mesmo sexo, sob a égide do sistema constitucional inaugurado em 1988, que tem como caros os princípios da dignidade da pessoa humana, a igualdade e repúdio à discriminação de qualquer natureza.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família; por conseguinte,

"este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva".

3. A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual.

4. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito

personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana. Em suma: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença.

5. Como entidade familiar que é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (ADI n. 4277/DF e ADPF 132/RJ), pelos mesmos motivos, não há como afastar da relação de pessoas do mesmo sexo a obrigação de sustento e assistência técnica, protegendo-se, em última análise, a própria sobrevivência do mais vulnerável dos parceiros.

6. As condições do direito de ação jamais podem ser apreciadas sob a ótica do preconceito, da discriminação. Ao revés, o exame deve-se dar a partir do ângulo constitucional da tutela da dignidade humana e dos deveres de solidariedade e fraternidade que permeiam as relações interpessoais.

7. A conclusão que se extrai no cotejo de todo ordenamento é a de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (ADI n. 4277/DF e ADPF 132/RJ).

8. Ratio decidendi adotada em julgado da Quarta Turma desta Corte Superior envolvendo as mesmas partes litigantes, em ação cautelar objetivando a concessão de alimentos provisionais. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.302.467/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 2015)

Fato este muito benéfico para os casais do mesmo sexo, uma vez que estão ganhando seu espaço na sociedade, adquirindo direitos e deveres.

#### 4 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

Na antiguidade, o conceito de família era o tradicional, “pai, mãe e filhos”, não se falava em outra forma.

Nos tempos modernos o conceito de família sofreu alteração, os laços de sangue já não tem mais tanta importância quanto a afetividade.

Dessa forma os tribunais vem decidindo a favor da afetividade, um exemplo disso é esse julgado do TJ-RS - Apelação Cível : AC 70062283361 RS, onde mantém a guarda do menor com os pais adotivos para satisfazer o melhor interesse da criança.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. MENOR QUE ESTÁ SOB A GUARDA FÁTICA DOS AUTORES DESDE O NASCIMENTO. ARREPENDIMENTO MATERNO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. VINCULO AFETIVO CONSOLIDADO. MELHOR INTERESSE E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. Não merece reparo a decisão que destituiu o poder familiar, e concedeu a adoção do menor, que convive com os autores desde tenra idade. Em que pese o arrependimento materno, o infante, atualmente com 5 anos de idade, está adaptado à família adotante, reconhece-os como pai e mãe, já consolidado o vínculo afetivo. Manutenção deste arranjo familiar, considerando o melhor interesse da criança. RECURSO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Ap. 70062283361, Rel. Desembargadora Liselena Schifino, 2014)

Com a ideia de constituir família a afetividade ganhou força no âmbito jurídico, principalmente com relação a pessoas que tinham o intuito de constituir família e não conseguiam por meios naturais.

A adoção é um dos meios a se recorrer quando os indivíduos não conseguem ter seus próprios filhos, sendo este um ato de amor cujo pilar é a afetividade.

Como as formas de família foram se modificando com o passar dos anos, surgiu então a discussão a cerca da possibilidade de adoção por pessoas do mesmo sexo.

O problema surgiu quando os homossexuais começaram a adotar, mas individualmente, dessa forma o adotado convivia com as duas pessoas, sendo filho das duas, porém esse fato não era reconhecido judicialmente, assim como aponta Maria Berenice Dias.

O tema ainda divide opiniões, mas não existe obstáculo à adoção por homossexuais. As únicas exigências para o deferimento da adoção são que apresente reais vantagens para o adotado e se fundamente em motivos legítimos (ECA 43). Em um primeiro momento, gays e lésbicas se candidatavam individualmente à adoção, não sendo questionado se mantinham relacionamento homoafetivo. Assim, não era feito o estudo social

com o parceiro, o que tornava a habilitação deficiente e incompleta, deixando de atender os preponderantes interesses do adotando. (DIAS, 2016, p. 583)

Maluf defende que essa discussão se dá porque é desconhecido os prejuízos de ordem moral, clínica ou psicológica para as crianças educadas nesse tipo de família.

Isso se dá tanto pelo temor da ‘destruição da civilização como consequência do rompimento da ordem simbólica’ quanto pelo desconhecimento efetivo dos eventuais prejuízos de ordem moral, clínica ou psicológica para as crianças educadas nesse tipo de família; embora ressalte Elizabeth Zambrano que ‘a civilização não foi afetada pelas famílias homoparentais, que já existiam há muito tempo na realidade social. Falta simplesmente seu reconhecimento legal’. (MALUF; MALUF, 2013, p. 593)

Traz também o posicionamento da psicanalista Betty Milan que defende que quem pode educar, pode adotar.

[...] não se deve na atualidade opor-se à adoção de uma criança por parceiros homo ou heterossexuais, ou mesmo por uma pessoa solteira que manifeste o desejo de integrar um papel parental e que tenha condições de educar sua prole. “O que é preciso para desalojar o preconceito? Para desqualificar o moralismo dos que não querem enxergar a realidade? Quem pode educar, pode adotar”. (MILAN, 2007, p. 310, 311)

Vale destacar o artigo 227 da Constituição Federal e artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente que protege o direito da criança e do adolescente em ter uma boa qualidade de vida, sendo educado no seio de uma família, garantindo um ambiente para seu desenvolvimento.

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)

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, 1990)

Desta forma, visando o bem estar da criança e do adolescente, o Estado tem de tomar todas as medidas cabíveis para garantir os direitos trazidos em ambos os dispositivos legais.

A adoção de pessoas do mesmo sexo, por se tratar de um tema complexo, foi necessário que fossem realizados estudos sobre o assunto e concluíssem que o

homossexual é adequado para adotar, pois a ausência de pais de ambos os sexos não interfere na identidade sexual do adotado, conforme aponta a doutrina.

[...] inúmeros estudos foram realizados, e, de forma conclusiva, apontaram para a plena adequação do homossexual á adoção, uma vez que a ausência de pai de ambos os sexos não parece ter nenhuma influência sobre o desenvolvimento da identidade sexual, psicológica, nem na adoção de modelos de gênero pertinentes ao seu sexo biológico, por parte das crianças adotadas por homossexuais.

“Isso se dá pelo fato de que não é apenas no ambiente familiar, principalmente na relação pais e filhos, que se molda a sexualidade. Esta sofre influências do meio externo em que a criança convive, sendo grande o peso dos relacionamentos horizontais entre as crianças na construção de sua sexualidade”. (MALUF; MALUF, 2013, p. 593)

Importante ressaltar que conforme estudos realizados as construções de gênero nas crianças começam a partir de o momento que elas entendem a diferença entre masculino e feminino nas relações para com a sociedade, podendo a ordem simbólica ser exercida por homossexuais sendo que a função de pai e mãe é exercida pela linguagem. (MALUF; MALUF, 2013 p. 593)

Preocupando-se com o desenvolvimento do adotado aponta-se.

Para o psiquiatra francês Stéphane Nadaud, “ a homoparentalidade não constitui em si um fator de risco para as crianças”. Sintetiza que o desenvolvimento das crianças educadas em lares homossexuais se apresenta dentro dos padrões de normalidade. Além disso, aduz que as crianças educadas em lares homoafetivos são menos sociáveis e mais tímidas que as demais, porém também são mais ativas e apresentam maior capacidade de adaptação. Isso se deve, na opinião do autor, à hostilidade do meio em face da família homoafetiva, que lhes impõe uma interação social mais difícil. (MALUF; MALUF, 2013, p. 597, 598)

Ao analisar o que o psiquiatra aponta, nota-se que não há problema algum na adoção por casais pessoas do mesmo sexo, o problema está na forma que a sociedade recebe essa família no meio social.

Não há no ordenamento jurídico vedação quanto a adoção unilateral de pessoa homossexual, pois respeitando o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção será aceita quando houver reais benefícios para o adotado. Nesse sentido a orientação sexual do adotante não importa para que a adoção seja realizada. (MALUF; MALUF, 2013 p. 594)

Conforme aponta a doutrina sobre os motivos legítimos do artigo supracitado.

São aqueles que têm como objetivo o perfeito entrosamento entre adotado e adotante, imitando, em tudo, o que ocorre entre pais e filhos se sangue; deve principalmente orientar-se a adoção visando o melhor interesse do adotando, levando-se em conta a afinidade e a afetividade que possa haver entre as partes, visando o desenvolvimento pleno do adotado. (MALUF; MALUF, 2013, p. 595)

No mesmo sentido, observa-se o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente que diz: “Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.” (BRASIL, 1990).

Nota-se que o dispositivo legal não faz distinção de sexo ou estado civil, a única exigência da lei é que o adotante seja maior de 18 anos na data do pedido. O que não acontecia na antiguidade, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 42 § 2º aduz:

Art. 42. Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

[...]

§ 2º A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos de idade, comprovada a estabilidade da família. (BRASIL, 1990)

O artigo 1622 do Código Civil ainda complementava o anterior dizendo que só poderiam adotar se os adotantes fossem marido e mulher. (BRASIL, 2002)

Ambos os artigos de lei foram revogados, o que reafirmo o já disposto.

Não havendo nenhum dispositivo legal para a constituição de família por pessoas do mesmo sexo foi necessária que o STF decidisse sobre o tema, fato este que ocorreu com a decisão histórica de 05 de maio de 2011, onde equiparou-se a união homoafetiva a união estável heterossexual, esta última já regulada por lei. (MALUF; MALUF, 2013 p. 596)

Em 05 de maio de 2011, foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, na sede do STF. O resultado, unânime, sitou-se no sentido de reconhecer a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar. Com a mudança, o Supremo cria um precedente que pode ser seguido pelas outras instâncias da Justiça e pela Administração Pública, resguardado-se ao Congresso Nacional a regulamentação legal dos efeitos dessa decisão, entre eles o direito à adoção conjunta de menores.

“Os dez ministros presentes no julgamento do STF entenderam que casais gays devem desfrutar de direitos semelhantes aos pares heterossexuais, como pensões, aposentadorias e inclusão em planos de saúde. Os homossexuais que tentarem expedientes polêmicos como a adoção devem acabar apelando à Justiça”. (MALUF; MALUF, 596, p. 596)

A doutrina explana que só quem pode inovar no âmbito jurídico é o Poder Legislativo. O Juiz tem a função de definir o ordenamento jurídico, promover a conciliação da Lei com a realidade dos fatos e o preenchimento de lacunas. (MALUF; MALUF, 2013 p. 596, 597)

Nos estados democráticos de direito, a instância legítima para as inovações na ordem jurídica é o Poder Legislativo. Ao juiz contemporâneo é atribuído o importante papel de, na definição do ordenamento, promover a conciliação da lei com a realidade e no preenchimento de lacunas. Harmonização que se opera com as modalidades técnicas de interpretação, que promovem o ajustamento da lei aos novos fatos, mas sem trair a mens legis bem valer-se de subterfúgios ou artificialismos. (MALUF; MALUF, 2013, p. 596, 597)

Uma vez que não há lei específica que trate da adoção por casais do mesmo sexo, para dar embasamento legal para que esta adoção aconteça, deve-se observar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, visando o princípio da igualdade e da não discriminação, conforme prevê o artigo 5º *caput* da Constituição Federal. (MALUF; MALUF, 2013 p. 597)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988)

Não há legislação específica, porém não há lei que faça vedação ao casal homossexual em adotar, este tipo de adoção, assim como todas as outras, visa o melhor interesse do adotado, fundando-se nos princípios trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e também fazendo valer o disposto no artigo 227 da Constituição onde assegura a criança, ao adolescente e ao jovem, o direito a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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)

Ocorre que a constituição desse tipo de família funda-se no bem estar do adotado, na afetividade e principalmente no amor para com o próximo, nesse sentido a doutrina aponta.

Na prática, como aduz Jorge Fujita, “em qualquer modalidade de adoção, mesmo a pretendida por parceiros homossexuais, revela-se um profundo caráter socioafetivo, sendo pois a filiação constituída no amor. (MALUF; MALUF, 2013, p. 597)

Como não há lei específica para a adoção por pessoas do mesmo sexo, como a decisão equiparou a união homoafetiva a união heterossexual, a interpretação dos doutrinadores, não há nada que impeça que a adoção por casais do mesmo sexo ocorra. (MALUF; MALUF, 2013 p. 598)

Portanto não há impedimento para que se efetive a adoção por casais do mesmo sexo.

No Brasil há relatos de adoção homoafetiva, porém esses dados são pouco divulgados.

Dessa forma vale destacar alguns casos de adoção por homoxessuais já consolidados no Brasil, conforme Elaine Cristina de Aquino Silva da Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC- Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FADI em seu artigo científico: União De Homossexuais E A Adoção.

1º Caso: “A primeira adoção por um par homoafetivo do Brasil ocorreu em 2006, na cidade de Catanduva, SP, aconteceu de maneira semelhante ao da Holanda e foi o primeiro caso de adoção por um casal gay no Brasil. Vasco Pedro da Gama Filho e Dorival Pereira de Carvalho Júnior conseguiram, na justiça, adotar Theodora e alterar a certidão de nascimento da garota, onde agora, ambos aparecem com pais e o nome da menor com o acréscimo do sobrenome de ambos, ou seja, Theodora Rafaela Carvalho da Gama”.

2º Caso: Segundo relatos de Renato, empresário: “Quando eu e Marcos completamos quatro anos vivendo juntos, veio a vontade de ter um filho. Montamos enxoval para adotar um bebê. Foi um susto para toda a família. Como poderíamos criar um filho sem uma mãe? Mas eu fui criado para ter uma família: filhos, gato, cachorro, passarinho... Adotamos Débora com 5 meses. Foi uma experiência tão feliz que, seis anos depois, adotamos Lara. Elas lidam muito bem com nossa orientação sexual. Quando Débora foi para a escola, isso a abalou um pouco. Ela notou que os coleguinhas tinham um pai e uma mãe e ela tinha dois pais. Dizemos a ela que nos amamos e é isso que une uma família. Eu sofri e sofro com a discriminação e não quero que isso se repita com minhas filhas. Nós as preservamos ao máximo e as preparamos para enfrentar as diferenças”.

3º Caso: A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu hoje uma decisão inovadora para o direito de família. Por unanimidade, os ministros negaram recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul e mantiveram a decisão que permitiu a adoção de duas crianças por um casal de mulheres. Seguindo o voto do relator, ministro Luis Felipe Salomão, a

Turma reafirmou um entendimento já consolidado pelo STJ: nos casos de adoção, deve prevalecer sempre o melhor interesse da criança. “Esse julgamento é muito importante para dar dignidade ao ser humano, para o casal e para as crianças”, afirmou. Uma das mulheres já havia adotado as duas crianças ainda bebês. Sua companheira, com quem vive desde 1998 e que ajuda no sustento e educação dos menores, queria adotá-los por ter melhor condição social e financeira, o que daria mais garantias e benefícios às crianças, como plano de saúde e pensão em caso de separação ou falecimento. A adoção foi deferida em primeira e segunda instância. O tribunal gaúcho, por unanimidade, reconheceu a entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo e a possibilidade de adoção para constituir família. A decisão apontou, ainda, que estudos não indicam qualquer inconveniência em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, importando mais a qualidade do vínculo e do afeto no meio familiar em que serão inseridas. O Ministério Público gaúcho recorreu, alegando que a união homossexual é apenas sociedade de fato, e a adoção de crianças, nesse caso, violaria uma série de dispositivos legais. O ministro Luís Felipe Salomão ressaltou que o laudo da assistência social recomendou a adoção, assim como o parecer do Ministério Público Federal. Ele entendeu que os laços afetivos entre as crianças e as mulheres são incontroversos e que a maior preocupação delas é assegurar a melhor criação dos menores. Após elogiar a decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul, relatada pelo desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, o presidente da Quarta Turma, ministro João Otávio de Noronha, fez um esclarecimento: “Não estamos invadindo o espaço legislativo. Não estamos legislando. Toda construção do direito de família foi pretoriana. A lei sempre veio a posteriori”, afirmou o ministro.

4º Caso: Segundo a Jornalista Jucimara de Pádua no Jornal A Cidade de Ribeirão Preto em 2009: O casal de homossexuais João Amâncio, o John, e Edson Paulo Torres recebeu ontem o documento para fazer o registro dos quatro filhos adotivos sobre quem eles têm a guarda provisória há dois anos. Mas o novo registro das crianças só deverá sair hoje por um motivo curioso. “Não conseguimos fazer isso hoje [ontem] porque o programa de computador do cartório é configurado para imprimir pai e mãe no registro civil das crianças. No nosso caso, tem que sair pai e pai”, explica John. No documento também serão registrados os nomes dos avós paternos das crianças. “Eles [os funcionários do cartório] vão alterar o programa e nesta quinta-feira estará tudo certo”, afirma John. Ontem, o casal também foi até o cartório do bairro Campos Elíseos e retirou o vínculo que as crianças tinham com a família anterior. “Em todos os documentos deles vai constar agora o nosso nome. O vínculo com a família do passado foi quebrado. Agora temos um futuro pela frente e as marcas do passado vão ser enterradas de vez”, disse o cabeleireiro. Segundo ele, a nova família vai se sentir plenamente realizada quando tiver em mãos a documentação oficial da adoção. Com o registro deles vou comemorar de verdade e me sentir vitorioso. É uma conquista muito grande e uma quebra do tabu da família tradicional. Duas pessoas que se amam como nós têm muita capacidade para criar seus filhos”, comenta John. A adoção foi autorizada pelo juiz Paulo César Gentile, da Vara da Infância e da Juventude, do Fórum de Ribeirão Preto. (SILVA, 2011)

A decisão de 18 de dezembro de 2012 onde a Ministra Nancy Andrighi de forma brilhante demonstra a possibilidade da adoção por pessoas do mesmo sexo. Ela autoriza a adoção por uma das companheiras a filha da outra, visando o bem estar da criança e deixando claro que os homossexuais tem os mesmos direitos dos heterossexuais sem qualquer discriminação.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.

I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.

II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado.

III. 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.

IV. 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.

V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando".

VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...)têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76).

VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.

VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1281093/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 2012)

Demonstra-se mais uma vez a possibilidade de que essa adoção se realize nos dias atuais, sendo cada vez mais evidente que o que importa para que a adoção aconteça é a observância das vantagens que irá ocorrer na vida do adotado.

A adoção é um gesto de amor, o qual, não pode ser negado, pois nos dias de hoje os dados apontam que há mais pessoas interessadas em adotar do que pessoas para serem adotadas, no entanto, as pessoas interessadas optam por bebês, brancos e que não possuam nenhuma doença. Este fato faz com que o número de pessoas para serem adotadas não diminua.

Segundo dados do Cadastro Nacional de Adoção, para cada criança na fila, há cinco famílias querendo adotar. O perfil das crianças que os futuros pais sonham, no entanto, é bastante restrito. No Brasil, 29% das famílias querem adotar somente meninas e quase 70% não aceitam ficar com os irmãos. São meninos pardos entre 8 e 17 anos com irmãos que acabam ficando mais tempo nos abrigos. E enquanto 69% só aceitam crianças sem doenças, mais de 25% possuem problemas de saúde. O ‘Globo News Especial’ mostra um retrato da adoção no Brasil, com casos polêmicos e um debate sobre as dificuldades que os casais e as famílias enfrentam desde a decisão de adotar, a burocracia e toda espera. (GLOBO NEWS, 2016)

Nesse sentido Karine Zaranza traz uma fala reflexiva sobre o tema, onde defende que adotar é amor e pede por um mundo com mais adoção, um mundo com mais adotivo.

“O amor é construído no dia a dia e eu acho que a pessoa que quer adotar, seja seu filho biológico ou não, é uma pessoa que está aberta a construir esse amor. Então, a gente fala que a gente deseja um mundo com mais adoção, um mundo mais adotivo em todas as atitudes, em todas as atitudes precisa ter amor”, afirma a presidente da Acalanto, Karine Zaranza. (GLOBO NEWS, 2016)

Dessa forma, não há motivos para que a adoção por casais homossexuais não seja realizada, pois a adoção é um ato de afeto que deve ser resguardado, não há motivos legais para vedar a adoção por casais homossexuais, não há motivos psicológicos para negar esta adoção, o que pode haver é o preconceito da sociedade por se tratar de uma temática nova. A adoção por casais homossexuais pode ser a solução para que os números da fila de adoção fechem.

Portanto, conforme os princípios trazidos pela Constituição da República, princípios trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, entendimento doutrinário e jurisprudencial, a adoção por casais homossexuais é aceitável no direito brasileiro e inclusive deveria ser incentivada.

## 5 CONCLUSÃO

O instituto da adoção no Brasil visa o melhor interesse do adotado, sendo a adoção uma forma excepcional, ou seja, só será realizada após esgotados os meios de inserir a criança ou adolescente na sua família natural.

Com base nesse pressuposto, trouxe a tona, a possibilidade da adoção ser realizada por casais do mesmo sexo no país.

Conforme abordado no trabalho, não há no ordenamento jurídico nenhuma lei que regule a família constituída por casais do mesmo sexo, o que ocorre é o uso da analogia, jurisprudência e doutrina para decidir acerca desses assuntos.

Com a decisão histórica do STF em 2011 o cenário para os casais homossexuais apresentou uma melhora, uma vez, que a decisão equipara a união homoafetiva a união estável heterossexual, dando aos casais do mesmo sexo o mesmo direito dos casais heterossexuais.

Dessa forma não há que se falar em vedação aos casais homossexuais em adotar, pois toda pessoa que preencha os requisitos, pode adotar, e não há que se falar em discriminação, pois todos são iguais perante a lei, conforme emana a Constituição Federal de 1988.

Portanto, diante dos dados apresentados, em um país onde a maioria das pessoas que estão na fila de adoção optam por padrões na hora de adotar e dessa forma dificulta a adoção das crianças e adolescentes que estão a espera de um lar, qual o sentido de vedar a adoção por duas pessoas que só querem ter uma família?

Por fim, conclui-se que não há no ordenamento jurídico vedação a esse tipo de adoção. Pois o casal homossexual tem o direito de constituir família, assim como todas as pessoas.

E para reflexão, a adotante Fátima Santos, perante uma reportagem, diz a seguinte frase: “[...] Eu acho que é um ato de amor porque você vai amar o que não é seu, você vai amar uma pessoa que nasceu de outra pessoa. Com os problemas que a gente passa só adota quem ama muito e tem muita vontade”. (GLOBO NEWS, 2016)

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 17 set 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 14 out 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 14 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 ago 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm)>. Acesso em 19 out 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1281093/SP. União Homoafetiva. Pedido de adoção unilateral. Possibilidade. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: D H M E S. Relator Ministra Nancy Andrichi, Brasília 18 dez 2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=Debate+que+tem+raiz+em+pedido+de+ado%E7%E3o+unilateral++&que+ocorre+dentro+de+uma+rela%E7%E3o+familiar+qualquer&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=Debate+que+tem+raiz+em+pedido+de+ado%E7%E3o+unilateral++&que+ocorre+dentro+de+uma+rela%E7%E3o+familiar+qualquer&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 19 out 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889852/RS. Adoção de menores por casal homossexual. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: L M B G. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília 27 abr 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=889852+&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>>. Acesso em: 19 out 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1302467/SP. União entre pessoas do mesmo sexo. Direito a alimentos. Recorrente: P D A. Recorrido: C E C. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília 03 mar 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1302467&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em: 19 out 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1026981/RJ. Pensão Post Mortem. União estável entre pessoas do mesmo sexo. Recorrente: Severino Galdino Belo. Recorrido: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil. Ministra Nancy Andrichi, Brasília 22 jun 2010. Disponível

em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1026981&b=ACOR&p=true&l=10&i=9>>. Acesso em: 19 out 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, 05 mai 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284277%2E%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nhyfjch><http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284277%2E%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nhyfjjc>>. Acesso em: 18 out 2017.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Vol, 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Direito de Família e das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. Revista atualizada por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. [livro eletrônico] / Maria Berenice Dias, - 4. Ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GLOBO NEWS. **Fila de adoção de 6,5 mil crianças e adolescentes no Brasil**. 30 mai 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2016/05/fila-de-adoacao-tem-mais-de-65-mil-criancas-e-adolescentes-no-brasil.html>>. Acesso em: 19 out 2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de Direito de Família**. Vol. São Paulo: Inédita, 2013.

MILAN, Betty. **Preconceito. In: Fale com ela**. São Paulo: Record, 2007.

REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70062283361. Adoção de menor que está sob a guarda fática dos autores desde o nascimento. Apelante: A N D O. Apelado: N F. Relator: Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Disponível em:

<[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas\\_k=70062283361&num\\_processo=70062283361&codEmenta=6061157&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70062283361&num_processo=70062283361&codEmenta=6061157&temIntTeor=true)>. Acesso em: 19 out 2017.

SENADO FEDERAL. **Contexto da Adoção no Brasil: História da Adoção no Mundo.** 28 mai 2013. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx>>. Acesso em: 19 out 2017.

SILVA, Elaine Cristina de Aquino. **União de Homossexuais e a Adoção.** 2011. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-71274fed9ad0000a74b30ce00e122fb.pdf>>. Acesso em: 19 out 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** Vol. Único, 3ª edição. São Paulo: Editora Método LTDA, 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade.** São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Lei nº 8.137. **Diário Oficial da União.** Brasília, 27 dez 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm)>. Acesso em 30 set 2017.