



Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

THAIS CHRISTINE FONSECA COELHO

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS FACE ÀS
RECENTES DECISÕES DOS TRIBUNAIS.**

São João del-Rei
2015

THAÍS CHRISTINE FONSECA COELHO

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS FACE ÀS
RECENTES DECISÕES DOS TRIBUNAIS.**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Instituto de Ensino Superior
Presidente Tancredo de Almeida
Neves – IPTAN como requisito parcial
à obtenção do título de Bacharel, sob
orientação do Prof. Welinton Augusto
Ribeiro.

São João del-Rei
2015

THAÍS CHRISTINE FONSECA COELHO

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS FACE ÀS
RECENTES DECISÕES DOS TRIBUNAIS.**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Instituto de Ensino Superior
Presidente Tancredo de Almeida
Neves – IPTAN como requisito parcial
à obtenção do título de Graduado em
Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Msc. Welinton Augusto Ribeiro (Orientador)

Prof. Sérgio Leonardo Molisani Monteiro

Prof. Adriano Márcio de Souza

“O mundo não será destruído por aqueles que fazem o mal, mas por aqueles que assistem sem fazer nada”.

Albert Einstein

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me conceder a oportunidade de realização deste trabalho, concretizando assim mais uma importante jornada de minha vida.

Aos meus pais, Jorge e Catarina, ao meu namorado, Vinícius, pela compreensão, dedicação e paciência para que eu concluísse mais uma etapa da minha.

Ao meu orientador, Welinton Augusto Ribeiro, pela disponibilidade e dedicação desprendida, por ter me mostrado o caminho.

Por fim, a todos que de alguma forma, direta ou indiretamente, colaboraram com o presente trabalho.

“A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não a diversidade de sexo. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, em atitude manifestamente preconceituosa e discriminatória. Deixemos de lado as aparências e vejamos a essências”

Maria Berenice Dias.

RESUMO

O presente trabalho monográfico destina-se a demonstrar a viabilidade de se conceder a adoção a um casal formado por pessoas do mesmo sexo. Trata-se de um tema bastante controvertido dado as diversas opiniões encontradas dentro da sociedade brasileira, fundadas ora em preceitos morais e éticos, ora em crenças religiosas, bem como aqueles que não se posicionam acerca do tema. Este trabalho se propõe ainda a mostrar a grande dificuldade do judiciário em conciliar essa nova modalidade de adoção e o preconceito ainda existente em nossa sociedade. Esses são pontos que nos remeterão ao entendimento de que a adoção homoafetiva é possível. A adoção era tida como solução para satisfazer o interesse dos pais adotivos e assim não é mais. Atualmente prevalece o melhor interesse do menor. E a família, por sua vez, é responsável por satisfazer esse interesse. Por fim, demonstrar-se-ão os avanços jurisprudências dos Tribunais acerca da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, mostrando que mesmo com a omissão da nossa legislação não se pode fechar os olhos para a nova realidade dos fatos. A relevância deste estudo situa-se na discussão e análise da adoção homoafetiva aos olhos da sociedade e do setor jurídico, ressaltando que, esta é uma questão real e que a sociedade brasileira precisa discutir sob vários aspectos acerca do referido tema.

Palavras-chave: casais homoafetivos; adoção; preconceito; tribunais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO BRASIL	11
1.1 <i>Conceito de adoção</i>	11
1.2 <i>Natureza jurídica</i>	14
1.3 <i>Adoção no Brasil</i>	16
2. ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE E A LEI DE ADOÇÃO 12.010/09	20
2.1 <i>Abrangência da lei.....</i>	20
2.2 <i>Requisitos gerais da adoção</i>	22
2.2.1 <i>Do Poder Familiar</i>	22
2.2.2 <i>Requisitos referentes ao adotando</i>	22
2.2.3 <i>Requisitos relativos ao adotante</i>	24
2.3 <i>Outras modalidades de adoção.....</i>	27
2.3.1 <i>Adoção Unilateral.....</i>	27
2.3.2 <i>Adoção Internacional</i>	28
2.3.3 <i>Adoção Póstuma.....</i>	28
2.3.4 <i>Adoção “A Brasileira”</i>	29
2.4 <i>Procedimento da adoção.....</i>	30
3. INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA/ADOLESCENTE NO CONVÍVIO COM A HOMOPARENTALIDADE.....	33
3.1 <i>Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....</i>	33
3.2 <i>O valor jurídico do afeto na entidade familiar</i>	35
3.3 <i>O reconhecimento dos casais homoafetivos como entidade familiar.....</i>	36
3.4 <i>O Direito da criança/adolescente em ter reconhecimento jurídico de sua vinculação com a homoparentalidade</i>	39
4. ADOÇÃO HOMOPARENTAL	41
4.1 <i>O Tabu da Homossexualidade no Brasil</i>	41
4.2 <i>Adoção sem preconceito</i>	43
4.3 <i>Avanços Jurisprudenciais - As recentes decisões dos Tribunais Superiores... ..</i>	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto do estudo da Lei n. 12.010/2009, e visa uma análise de sua aplicabilidade perante os casos concretos existentes em nossa sociedade e discutir a viabilidade da adoção por casais homossexuais, uma vez preenchidos todos os requisitos indispensáveis para tal ato.

Em tempos atuais, no Brasil ainda predomina juridicamente a concepção de família nuclear, constituída por pai, mãe e filhos. No entanto, é importante ir além e perceber que na atual realidade social a família não se mostra mais identificada pelo casamento ou diversidade de sexo, mas a presença de um vínculo afetivo a unir pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns.

Ao longo da análise desenvolvida buscou-se trazer à baila o conceito de adoção, sua natureza jurídica e seu desenvolvimento ao longo da história.

O presente estudo pretende promover uma análise da lei de adoção no país e uma discussão feita sobre esta pelos diversos campos do Direito, quando se trata de casais homossexuais. O tema é de extrema relevância, considerando a situação de abandono de menores, além de situação de risco e marginalização.

Insta salientar que as condições da família que receberá o adotado é uma preocupação latente da Lei n. 12.010/2009. E, justamente, por haver essa preocupação com o ambiente familiar, a grande dificuldade do casal homoafetivo adotar uma criança, pois a sociedade impõe que não é “saudável” para um menor conviver em um ambiente em que duas pessoas do mesmo sexo se relacionam. E, também, além do preconceito social, há a omissão em nossa legislação no que trate da adoção em conjunto por casais homossexuais que possuam uma união firme, duradoura, baseada no respeito e fidelidade, como qualquer outro tipo de relacionamento, o que torna o caminho mais difícil e demorado para um casal homoafetivo terem filhos pelo instituto da adoção.

Para melhor elucidar o tema dessa monografia, optou-se por dividir esse trabalho em quatro capítulos. Inicialmente cuidou o primeiro capítulo de uma breve análise do conceito de adoção, natureza jurídica e sua evolução na nova cultura jurídica brasileira.

No segundo capítulo busca-se apresentar como a adoção é realizada no Brasil, requisitos gerais para o adotando e o adotante e como o Estatuto da Criança e do Adolescente nos traz, ainda, há de se falar de outras modalidades da adoção que foram ponto de pesquisa deste trabalho, quais sejam: a Adoção Unilateral, a Adoção “a brasileira”, a Adoção Póstuma e a Adoção Internacional.

O terceiro capítulo busca focar no princípio do melhor interesse da criança e adolescente, sendo o ponto principal para adoção, o que não poderia ser diferente, já que o Estado tem a função, de dar proteção àqueles que ocupam o lado mais frágil das relações.

O quarto e último capítulo traz a possibilidade de adoção por casais homossexuais, elencando o entendimento jurisprudencial do nosso Supremo Tribunal Federal e veremos como se posiciona acerca da adoção homoafetiva.

Em virtude dos fatos expostos, essa monografia enseja criar debates sobre a possibilidade da adoção feita por casais homossexuais, o que gera polêmica não só entre a maioria da população, como também entre os vários profissionais ligados ao estudo do direito e do comportamento do ser humano e da sociedade sejam eles juristas, psicólogos, sociólogos ou religiosos. Ainda demonstrar os preconceitos que envolvem sua aplicabilidade frente à legislação brasileira.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO BRASIL.

Esse capítulo tem como finalidade mostrar o instituto da adoção de forma geral, sem especificar suas modalidades e mostrar importância que a adoção tem na vida das pessoas e a possibilidade de todos terem uma família.

1.1 Conceito de adoção

O instituto da adoção vai muito além de ter apenas o conceito jurídico, abrange também a ordem social, econômica, política e moral de uma sociedade e modifica com o decorrer do tempo e das tradições de cada povo. Esse instituto vem se perdurando no decorrer dos séculos, se sustentando e reafirmando nos tempos atuais.

É nítido em nosso Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90) em seu artigo 41, o conceito de adoção: *“a adoção atribui a condição de filho ao adotado com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-se de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo efeitos matrimoniais.”*. Podemos ver esse conceito no Código Civil de 2002 em seu artigo 1626, que diz atribuir à adoção a relação de filho ao adotado, desligando-se de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo os impedimentos para o casamento.

Analisando juridicamente, a adoção é um ato jurídico solene e de sentido estrito, cuja eficácia está condicionada a chancela judicial. Cria laços fictícios de paternidade e filiação entre pessoas geralmente estranhas entre si. É um vínculo legal que possibilita um parentesco entre o adotante e o adotado e com toda a família do adotante. A adoção é um ato de vontade, mas que depende de intervenção judicial, de caráter irrevogável e personalíssimo.

Os doutrinadores são mais subjetivos ao conceituar a adoção. Para Maria Berenice Dias (2009, p.434), a adoção é o vínculo fictício de maternidade – paternidade – filiação entre pessoas estranhas. Tal ato decorre da vontade

de eleger alguém para ser seu filho, no desejo de criar, prover e amar o adotado. Trata-se de uma modalidade de filiação construída sob as bases do amor, da opção de adotar. A adoção é fortificada no afeto, na convivência, nas batalhas no dia-a-dia.

Venosa (2006,p.279) ainda vai mais além, diz ser a adoção, negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas, um tipo de contrato existente entre duas pessoas consideradas estranhas. É o ato pelo qual alguém deixa de ser filho de uma pessoa, passando a ser filho de outra, ou seja, dentro do direito processual, essa pessoa adquire um estado não biológico de filho.

A adoção, do ponto de vista legal, consiste nos direitos e deveres que a família substituta tem para com o adotado, os mesmos direitos e deveres que teriam os pais biológicos, sem distinção de qualquer ato. Porém essa obrigação só se dará quando forem esgotados todos os recursos de permanência da criança/adolescente na família original.

É regulamentada pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que determina claramente que a adoção deve priorizar as reais necessidades, interesses e direitos da criança/adolescente, que é a prioridade desse instituto. E também dar as pessoas que não puderam ter filhos biológicos ou escolheram ter filhos adotivos o prazer de ter e criar seus próprios herdeiros.

Construída no amor, a adoção decorre exclusivamente de um ato de vontade, ou seja, constitui um parentesco eletivo, consagrando a paternidade socioafetiva. Vai muito além de um conceito meramente objetivo, a adoção alcança o sentimento que une uma família, o sentimento da proteção, do carinho com outrem.

O conceito de adoção veio se modificando através dos séculos, definido por culturas e nações distintas, porém, a essência sempre foi a mesma, garantir a filiação legítima do adotado, incluindo-o de forma irrevogável e garantindo os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios.

No Direito Romano, a adoção mantinha o mesmo objetivo de proporcionar filhos àqueles que não possuíam prole consanguínea, perpetuando o nome do adotante, dispondo as Institutas que o mais jovem não

pode adotar o mais velho, imitando a natureza, pois seria monstruoso um pai mais novo do que o filho. (RODRIGUES,2002.p.380)

A adoção é uma modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural, sendo conhecida como filiação civil porque não resulta de uma relação biológica, mas sim de uma manifestação de vontade sustentada em uma relação afetiva entre o adotante e adotado (VENOSA, 2003, p. 315).

Vale ressaltar que a finalidade da adoção foi transformada ao longo do tempo, visto que adoção no Código Civil de 1916 tinha por objetivo dar a um casal sem filhos uma possibilidade de criar uma criança e adolescente e tê-lo como filho, sendo que posteriormente tal finalidade foi modificada tendo em vista o melhor interesse do menor (VENOSA, 2003, p. 316). A adoção passou a priorizar o melhor interesse da criança/adolescente e não somente a vontade do adotado em ter um filho para atender suas necessidades emocionais. Precisa olhar as necessidades da criança/adolescente antes de qualquer atitude, pois esta sim precisa de um lar e uma família para lhe dar o carinho e afeto que sempre faltou.

A partir do Código Civil de 1916 é que foi regularizado o instituto da adoção, com o objetivo de atender aos interesses dos adotantes que não possuem filhos. Já no Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção tem maior alcance, revestindo de importância os interesses do adotando. Essa linha de pensamento foi baseada no art.227, par.6º, da Constituição Federal de 1988, que não diferencia e nem discrimina mais qualquer forma de filiação, seja ela biológica ou afetiva, ao dispor que *os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*

Em relação a idade do adotando e do adotante, o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n.8.069/1990), na redação original, regulamentava a adoção do adotando de até 18 anos, salvo se já estiver sob guarda dos adotantes. Nesse mesmo sentido, o Código Civil de 1916 regulamentou de forma restrita a adoção dos maiores de 18 anos , dizendo que seria efetuada por escritura pública e permitindo a revogação por repúdio , mútuo consentimento, atos de indignidade e por morte (arts.373 a 376) e o vínculo de parentesco era apenas entre a pessoa do adotado e do adotante.

Com a mudança do Código Civil (2002), não houve mais distinção entre a idade do adotando; aboliu-se a adoção simples e reduziu-se a idade do adotante para 18 anos, quando a pessoa adquire a maioridade civil. Manteve-se os demais dispositivos da Lei 8.069/1990 que não foram modificados pelo novo Código Civil. Porém, veio a Lei n.12.010/2009 modificando o direito da criança/adolescente dentro de um ambiente familiar, disposto na Lei n.8.069/1990, em que priorizou a manutenção e reintegração na família natural. Vale dizer também, que com as alterações feitas pela nova lei, a adoção voltou a ser regulamentada pelo estatuto da Criança e Adolescente, inclusive os adotandos maiores de 18 anos.

A adoção se define como forma de inserir em um ambiente familiar, segundo a legislação em vigor, sem qualquer tipo de distinção e de forma definitiva, uma criança/adolescente, geralmente estranhos ao adotando, cujo os pais biológicos são desconhecidos ou morreram, ou não podem ou não querem assumir as funções parentais.

A adoção hoje, não consiste em dar filhos para aqueles que por motivos de infertilidades não os podem conceber, ou por “ter pena” de uma criança, ou ainda, alívio para a solidão. Não se trata de um ato de caridade e sim de uma relação de afeto entre duas pessoas que eram estranhas, independente de qualquer laço biológico, é uma relação construída na convivência e no afeto recíproco.

O objetivo da adoção é cumprir plenamente às reais necessidades da criança, proporcionando-lhe uma família, onde ela se sinta acolhida, protegida, segura e amada.

1.2 Natureza Jurídica

Não é muito simples definir a natureza jurídica da adoção, há muitas divergências entre nossos doutrinadores em relação à origem da natureza e a causa do ato de adotar. Para alguns a adoção é considerada um ato contratual; outros, ato solene, ou então, filiação criada pela lei, ou ainda, instituto de ordem pública.

No Direito Brasileiro, existiam duas formas de adoção distintas, cada uma com sua natureza jurídica, sendo negocial, levando-se em consideração a escritura pública que a lei exigia em seu artigo 375 CC, que dizia que “a adoção far-se-á por escritura pública, em que não se admite condição, em termo.”

Conforme preconiza VENOSA (2006, p.284),

[...]na adoção, no Estatuto da Criança e do adolescente, não podemos considerar somente a existência de simples bilateralidade na manifestação de vontade, porque o Estado participa necessário e ativamente do ato, exigindo-se uma sentença judicial, tal como faz também o Código Civil de 2002. Sem esta, não haverá adoção.

Para Venosa no Direito de Família, o ato de adoção, é de caráter social, não podendo se aplicar sempre as teorias gerais, por vez que a legislação seca não se enquadra em determinadas situações a ela imposta.

Já para outros doutrinadores, que consideram a adoção um ato contratual, a adoção como ato de vontade, exige a manifestação das partes interessadas, sendo que, dessa bilateralidade, surge o contrato como criador de efeitos jurídicos.

No Código Civil de 1916, consistia a adoção como ato bilateral e solene, ou seja, um contrato de direito de família ordenado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90). Até a chegada do novo Código Civil 2002, em que o caráter contratual desaparece.

Dizer que a adoção é apenas um contrato entre duas pessoas distintas é no mínimo ofensivo ao lado sociológico e afetivo do instituto. As pessoas não se unem e principalmente não se amam apenas porque está estipulado em um pedaço de papel assinado pelas partes. Carinho e afeto não decorrem de uma convenção contratual e sim do sentimento verdadeiro e recíproco que sentem pela outro e que formam um ambiente familiar. Essa ideia de contrato jurídico repudia completamente os aspectos psicológicos e afetivos que existem entre as pessoas.

Diante de todo o exposto, pode-se dizer que a natureza jurídica do instituto é híbrida, ou seja, uma mistura de contrato e de instituição, porque por mais que haja manifestação de vontade das partes, o exercício de seus direitos encontram-se limitados pela lei. A simples vontade das partes não são suficientes para que o ato se conclua.

1.3 A adoção no Brasil

A adoção no Brasil hoje em dia é feita através do Cadastro nacional de Adoção (CNA), que foi criado no ano de 2008 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Hoje o processo de adoção mudou muito em relação ao que era no passado, com famílias que acolhiam crianças “doadas” pelos pais biológicos sem nenhum tipo de processo ou intervenção judicial. Mas com a intervenção do Estado para legalizar a adoção veio a grande demora nos processos, o que fez com que o número de crianças crescesse mais rapidamente nos abrigos ou, como são chamados hoje em dia, nas instituições de acolhimento, do que as disponíveis de fato para a adoção.

Para ter uma ideia do grande número de crianças acolhidas nessas instituições, esperando por uma família disposta a dar o carinho e afeto que elas nunca tiveram, analisaremos o Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA), por estado e por idade, que contém o número total de crianças e adolescentes acolhidas desde a criação do cadastrado, que foi implantado em 2008 até a data de 07 de abril de 2015:

CADASTRO NACIONAL DE CRIANÇAS ACOLHIDAS			
POR FAIXA ETÁRIA		POR ESTADO	
IDADE	TOTAL	ESTADO	TOTAL
0	1.839	AC	185
1	1.801	AL	278
2	1.732	AP	175

3	1.643	AM	202
4	1.663	BA	1477
5	1.730	CE	1018
6	1.796	DF	447
7	1.695	ES	1254
8	1.853	GO	1458
9	2.028	MA	254
10	2.115	MT	741
11	2.362	MS	1130
12	2.700	MG	4848
13	2.906	PA	751
14	3.086	PB	457
15	3.210	PR	3516
16	3.042	PE	1322
17	2.768	PI	369
18	1.440	RJ	4.536
19	876	RN	330
20	714	RS	5305
21	547	RO	456
22	338	RR	96
23	61	SC	1983
-	-	SP	12851
S/D*	1.985	SE	321
TOTAL	45.949	TO	186
		TOTAL	45.946

*sem data de nascimento cadastrada.

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnca/publico/>

É notório que o número de crianças e adolescentes acolhidos vem crescendo muito mais do que o número de crianças adotadas ou até mesmo as que estão regularizadas no cadastro de adoção, pelo motivo de não haver destituição do poder familiar ou porque ainda procuram seus parentes biológicos.

O trâmite do processo de adoção deveria ser mais ágil para atender a esse grande número de crianças abandonadas, para que possam viver em família ao invés de passar a vida numa instituição de acolhimento.

Segundo a Associação Internacional dos Magistrados da Família e da Juventude:

"A adoção se faz por meio de um processo judicial que está sujeito à morosidade. Uma das condutas que mais atrapalham é a do juiz que quer levar às últimas consequências a procura por algum parente biológico para assumir a criança que está abandonada pela família natural", afirma o juiz aposentado e hoje advogado e professor titular de direito civil Antônio Augusto Guimarães de Souza, membro da Abraminj."

(disponível em: <http://mulher.uol.com.br/gravidez-e-filhos/noticias/redacao/entenda-a-adocao-no-brasil-veja-principais-perguntas-e-respostas.htm>).

Um dos grandes motivos desse grande número de crianças abandonadas nessas instituições é o preconceito social existente. O perfil mais procurado, ainda, é de crianças do sexo feminino, até dois anos, de pele branca e sem problemas físicos. Quanto mais velha fica a criança dentro da instituição, mais difícil de ser adotada por uma família, sem contar com a cor da pele e os problemas físicos que influenciam muito.

Para esses pais dispostos a adotar uma criança, foi criado, em 2009, um curso de preparação obrigatório, indicado pelas Varas da Infância e da Juventude ministrado pelos grupos de apoio à adoção. Esse curso foi criado

para ajudar os pais a não idealizarem um filho perfeito, “de propaganda” e sim um filho real, com qualidades e defeitos.

O mundo se transforma constantemente, mas a cultura dos povos é algo dificilmente mudado, e o preconceito vem se arrastando durante anos e a adoção é um exemplo ótimo. Adotar um filho é trazer para dentro do seu lar alguém que não possui a mesma genética que a sua, um estranho e com isso um medo de não conseguir tratar como filho essas crianças.

Como já foi dito, o processo de adoção é bastante lento em relação a quantidade de crianças que são abandonadas todos os dias no nosso país, mas o nosso Estatuto da Criança e da Adolescente com o pleno funcionamento do Juizado da Infância e Juventude vieram para mudar essa realidade.

2. ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A LEI DE ADOÇÃO 12.010/09.

2.1 A abrangência da lei

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) era o responsável por reger o direito material acerca da adoção, porém o legislador não era satisfeito em relação aos procedimentos, pois surgiam muitas dúvidas que o texto do Estatuto não conseguia responder.

Após dezenove anos, em 03 de agosto 2009, foi feita a primeira grande mudança no Estatuto, através da Lei nº 12.010/09 chamada “Lei Nacional da Adoção”, que alterou 54 (cinquenta e quatro) artigos da lei antiga (lei nº 8.069/90), estabelecendo inovações legislativas, porém conservando seu texto e propósitos originais, qual seja, o amparo total da criança e do adolescente, conforme pronunciado em seu artigo primeiro “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”.

Não foi intenção do legislador modificar ou substituir as disposições da lei anterior, mas sim incorporar mecanismos que ajudam a assegurar a efetividade e a proteção do direito das crianças e dos adolescentes.

O legislador preocupou-se em desenvolver a introdução e o convívio do menor adotado nessa nova família, estabelecendo laços de paternidade e filiação entre a criança e adotando, e igualar os direitos do filho adotado ao filho natural, extinguindo completamente qualquer vínculo com sua família biológica.

Pode-se notar, segundo art.39 ordenado no ECA: “a adoção da criança e do adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta lei”, o legislador reafirma a abrangência da lei, amparando a adoção de crianças e adolescentes não importando em qual situação jurídica se encontram, ao contrário do que se via no texto antigo, no qual dizia para que houvesse intervenção do poder público o menor precisaria estar em situação de abandono ou em alguma situação irregular.

Outra mudança que houve foi em relação a intervenção judicial no processo de adoção. Precedente a vigência da nova lei, a adoção se fazia

através de escritura pública, assistidas pelas normas do Código Civil. Com a mudança, será indispensável à sentença judicial para que a adoção seja efetivada, independentemente se a vontade dos pais biológicos seja de entregar a criança para uma família específica ou que esta criança se encontre em situação de abandono.

Por essa redação o legislador quis proteger a criança/adolescentes de práticas arbitrárias, de Conselhos Tutelares, por exemplo, que as afastavam de seus pais biológicos por simples decisão administrativa, passando a exigir, se for o caso, processo judicial contencioso. Outro exemplo que foi afastado após a vigência da nova lei, foi a intermediação que ocorria através de profissionais da saúde, que passaram a ter que comunicar às autoridades judiciais casos em que tenham conhecimento de mães ou gestantes que queiram abandonar a criança após seu nascimento, sob pena de prática de infração administrativa.

O art. 39, §1º do ECA diz o seguinte: § 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.”. Nota-se que o legislador se preocupa em primeiro acabar com todas as maneiras possíveis da criança se manter junto à sua família biológica antes de se iniciar qualquer tipo de processo de introdução a uma nova família, isto porque, há a preocupação de fortalecer e preservar o máximo a família de origem e o processo de adoção transforma completamente a vida de uma criança e o principal objetivo do legislador é, também, preservar o máximo possível a integridade física e moral d menor.

Com a nova lei foi imposto ao poder judiciário a obrigação de criar e manter atualizado quadro de cadastro nacional de adoção e a criação de abrigos para recolhimento de crianças abandonadas, além de desenvolver projetos para orientar pais que pretendem adotar. Além dessa orientação, esses órgãos estimulam a adoção de crianças “fora do padrão”, ou seja, crianças acima de três anos, negras, com algum problema físico ou psicológico; que hoje representam a maioria dentro dos abrigos em todo Brasil, como vimos no quadro anteriormente.

A Lei nº12.010/2009 não é apenas uma Lei Nacional de Adoção e sim uma verdadeira Lei de Convivência Familiar, que traz uma nova visão acerca da instituição familiar, que é a base de qualquer indivíduo para um futuro de realizações.

2.2 Requisitos gerais para adoção

2.2.1 Do Poder Familiar

O novo Código Civil substituiu a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, porque trata-se mais de uma obrigação e não um direito em si.

O poder familiar poderá ser anulado pela justiça mediante uma imposição legal, decretado judicialmente, dando sempre uma oportunidade de defesa. Essa anulação decorre do descumprimento de diversas obrigações, como por exemplo: o dever de sustento, de guarda, de dar educação e o de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais referentes ao exercício do pátrio poder.

O Código Civil prevê, em seu art.1.637 *caput* e parágrafo único, os atos considerados inaceitáveis e que, conseqüentemente, podem suspender o poder familiar, vejamos quais sejam:

“Art.1637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
Parágrafo único- Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar a pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de um crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.”

Se os pais consanguíneos não estando de acordo com a adoção, mas, não cumprem com suas obrigações e deveres instaurados na lei, poderá ter o poder familiar destituído e o juiz autorizará a adoção.

2.2.2 Requisitos relativos ao adotando

Em Relação ao adotando, para se iniciar o processo de adoção, deve possuir no máximo 18 (dezoito) anos, conforme determina o art.40 do ECA: “ O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Se já estiver completado 18 anos até o dia do pedido de adoção, este não será mais regido pelas normas do ECA, mas sim pelas normas do Código Civil. Porém, há uma exceção na segunda parte do texto do citado artigo, no qual diz que será aceito o pedido após a idade determinada, quando o adotando já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes, isso, se a guarda tiver sido iniciada antes dos dezoito anos.

A adoção do maior de dezoito anos não está presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto deverá seguir o Código Civil, que diz que apesar de serem maiores de idade, a adoção obedecerá o processo judicial, conforme art.1.619 :

“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.”.

O ECA estabelece que a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes e as Varas de Família são competentes para apreciar os assuntos relativos à adoção de maiores (DIAS, 2010,p.495).

Com a vinda da Lei 12.010/09 os art. 1.620 a 1629, que faziam menção a adoção, foram revogados. E os art. 1.618 e 1.619 foram modificados para uma nova redação.

Voltando para a adoção de menores de idade, em se tratando de crianças acima de 12(doze) anos, estas poderão e deverão expressar sua vontade em relação à adoção.

Essa exigência consiste no bem estar da criança na nova família, pois deduz que uma criança acima de 12 anos já tem sua opinião e desejos formados, capacitando-a para fazer suas próprias escolhas. Porém, o consentimento do menor não é condição principal para a adoção, ou seja, não é só porque o menor quer ou não ficar com uma determinada família que o juiz

determinará o processo de adoção por encerrado. A opinião do menor é apenas mais um procedimento do processo de adoção, o juiz irá ouvi-lo e, juntamente com outros acessórios, julgar o que achar melhor para a criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também relata acerca do consentimento dos pais ou representante legal da criança, vejamos o art.45. ECA:

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.

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

2.2.3 Requisitos relativos ao Adotante

Conforme o art.42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *“Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil”*. Após a maioridade, aos olhos da lei, o indivíduo maior de idade está apto a exercer todos os seus direitos civis e também poderá ser responsável pela decisão de efetivar uma adoção, desde eu, analisados todos os requisitos exigidos para uma adoção segura.

A adoção deverá se manter o mais próximo possível de uma paternidade consanguínea, inclusive no que diz respeito à diferença de idade entre o adotado e o adotante. Baseado nesse entendimento, o ECA, em seu art.42 §3º, especifica essa diferença de idade em 16(anos), ou seja, o adotante precisa ser no mínimo dezesseis anos mais velho que o adotado. Insta salientar que a nossa legislação não estabeleceu uma idade máxima permitida entre os pais e filhos.

O requisito de diferença mínima de dezesseis anos de idade entre o adotante e o adotado, exigido por lei, para as pessoas que querem adotar, tem por objetivo instituir ambiente de respeito e austeridade, resultante da natural ascendência de pessoa mais idosa sobre outra mais jovem, como acontece na família natural, entre pais e filhos, porque a adoção imita a natureza. (Gonçalves, 2007,p.345)

Após a lei 12.010/09, passou a ser obrigatório a inscrição no cadastro nacional de adoção, das pessoas interessadas em adotar, esses cadastros são feitos nas comarcas ou foros regionais. Apenas estão aptos a adotar aqueles que estão previamente cadastrados ou a exceção dos casos tratados pelo §13º do artigo 50 do ECA.

Para que haja o devido cumprimento do art.50 do ECA, o Conselho Nacional de Justiça baixou a Resolução nº 54, 29 de abril de 2008, com a finalidade de criar o Cadastro nacional de Justiça, conforme transcrita (na íntegra) abaixo:

Resolução nº 54, de 29 de abril de 2008.

Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições conferidas pela Constituição da República, especialmente o disposto no inciso I, §4º, art. 103-B;

CONSIDERANDO a prioridade das políticas de atendimento à infância e juventude, preconizada pelo art. 227 da Carta Constitucional;

CONSIDERANDO as normas referentes ao instituto da adoção contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil;

CONSIDERANDO que a consolidação em Banco de Dados, único e nacional de informações, sobre crianças e adolescentes a serem adotados e de pretendentes à adoção, viabiliza que se esgotem as buscas de habilitados residentes no Brasil, antes de se deferir a sua adoção por família estrangeira, em atenção ao disposto no artigo 31, da Lei 8.069/90;

RESOLVE:

Art. 1º. O Conselho Nacional de Justiça implantará o Cadastro Nacional de Adoção, que tem por finalidade consolidar dados de todas as comarcas das unidades da federação referentes a crianças e adolescentes disponíveis para adoção, após o trânsito em julgado dos respectivos processos, assim como dos pretendentes à adoção domiciliados no Brasil e no exterior, devidamente habilitados, havendo registro em subcadastro distinto para os interessados domiciliados no exterior, inserido no sistema do CNA. (Alterado pela Resolução nº 190, de 1 de abril de 2014)

Art. 1º-A. O Conselho Nacional de Justiça implantará o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos que tem por finalidade consolidar dados de todas as Comarcas das unidades da Federação referentes a crianças e adolescentes em regime de acolhimento institucional ou familiar no país. (Incluído pela Resolução nº 93, de 27.10.09)

Art. 1º-B. As atribuições definidas no artigo 3º da Resolução nº 54, de 29 de abril de 2009, bem como o respectivo prazo, aplicam-se ao Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos. (Incluído pela Resolução nº 93, de 27.10.09) § 1º A consulta e convocação de interessados/prestadores inscritos no subcadastro, de que trata este artigo, somente poderá ocorrer após malogradas as tentativas de inserção em família substituta nacional para candidatos representados por entidades credenciadas no Brasil para tal fim, ou

quando a solicitação for formulada diretamente pela autoridade consular do país de acolhida. (Incluído pela Resolução nº 190, de 1 de abril de 2014) § 2º A inserção dos interessados/prestendentes domiciliados no exterior no Cadastro Nacional de Adoção compete às CEJAS/CEJAIS dos Tribunais de Justiça. (Incluído pela Resolução nº 190, de 1 de abril de 2014)

Art. 2º O Cadastro Nacional de Adoção e o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos ficarão sob os auspícios do Conselho Nacional de Justiça, assegurado o acesso aos dados neles contidos, exclusivamente aos órgãos autorizados, neles incluídos as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJAS/CEJAIS) e as Coordenadorias da Infância e Juventude dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios. (Alterado pela Resolução nº 190, de 1 de abril de 2014) Parágrafo único. Fica assegurado à Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) o fornecimento dos dados integrais referentes ao cadastro dos pretendentes à adoção domiciliados no exterior, bem como aos relatórios estatísticos referentes aos demais dados constantes no cadastro. (Incluído pela Resolução nº 190, de 1 de abril de 2014)

Art. 3º. As Corregedorias dos Tribunais de Justiça funcionarão como administradoras do sistema do respectivo Estado, e terão acesso integral aos cadastrados, com a atribuição de cadastrar e liberar o acesso ao juiz competente de cada uma das comarcas, bem como zelar pela correta alimentação do sistema, que deverá se ultimar no prazo de 180 dias da publicação desta Resolução.

Art. 4º As Corregedorias-Gerais da Justiça e os juízes responsáveis pela alimentação diária do sistema encaminharão os dados por meio eletrônico ao Cadastro Nacional de Adoção e ao Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos. (Alterado pela Resolução nº 190, de 1 de abril de 2014)

Art. 5º O Conselho Nacional de Justiça prestará o apoio técnico necessário aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal para alimentar os dados no Cadastro Nacional de Adoção e no Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos. (Alterado pela Resolução nº 190, de 1 de abril de 2014) Parágrafo único. O Cadastro Nacional de Adoção será adaptado para absorver, em um único banco de dados, os cadastros estaduais e das comarcas de que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando então serão vedados a existência e o preenchimento de quaisquer cadastros paralelos. (Alterado pela Resolução nº 190, de 1 de abril de 2014)

Art. 5º-A. A Corregedoria Nacional de Justiça, órgão responsável por gerir e fiscalizar os cadastros relativos à infância e juventude, expedirá Instrução Normativa para a criação e disciplina das Guias de acolhimento familiar ou institucional, de crianças e adolescentes, bem como de desligamento, fixando as regras para o armazenamento permanente dos dados disponíveis em procedimentos de destituição ou suspensão do poder familiar. (Incluído pela Resolução nº 93, de 27.10.09)

Art. 6º O Conselho Nacional de Justiça, as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJAS/CEJAIS), as Coordenadorias da Infância e Juventude e as Corregedorias-Gerais dos Tribunais de Justiça devem promover e estimular campanhas incentivando a reintegração à família de origem, ou inclusão em família extensa, bem como adoção de crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional, sem perspectivas de reinserção na família natural. (Alterado pela Resolução nº 190, de 1 de abril de 2014)

Parágrafo único. Os Tribunais poderão manter os atuais sistemas de controle de adoções em utilização, ou substituí-los por outros que

entendam mais adequados, desde que assegurada a migração dos dados, por meio eletrônico, contidos nas fichas e formulários que integram os anexos desta Resolução. Parágrafo único - O Conselho Nacional de Justiça poderá celebrar convênios ou termos de cooperação com outros órgãos para a troca de dados e consultas ao Cadastro Nacional de Adoção e ao Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos. (Redação dada pela Resolução nº 93, de 27.10.09)

Art. 7º. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.
Ministro GILMAR MENDES

Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_54_29042008_28042014183840.pdf

O Cadastro Nacional proíbe que os interessados na adoção se cadastrem em mais de uma comarca, como era feita no passado.

Apesar do Cadastro Nacional ter vindo para melhorar e facilitar a regulamentação da adoção no Brasil, não é isso que ocorre na realidade, muitas vezes o Cadastro apenas atrasa o processo de adoção, no qual prejudica tanto o adotante, quando a criança adotada que poderia estar o quanto antes em um lar, ao invés de encher cada vez mais as casas de abrigo. Ainda há um árduo caminho para a real efetividade do Cadastro Nacional.

2.3 Outras modalidades de adoção no Estatuto

2.3.1 Adoção Unilateral

Após a separação de uma família, a tendência de ambas as partes é de buscar novos parceiros. Baseado nisso é que foi criada uma nova modalidade estabelecida pelo ECA, em seu art. 41, § 1º, em que diz:

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

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

Trata-se de uma forma especial de adoção, chama de adoção unilateral, que tem caráter híbrido, pois permite a substituição de somente um dos genitores.

Se moldando a realidade, o direito vem se adequando as necessidades sociais, por se tratar de uma ação normal, na atualidade, o divórcio de um casal.

Nessa modalidade de adoção rompe-se o vínculo com um dos pais.

2.3.2 Adoção Internacional

Com a Segunda Guerra Mundial, muitas crianças ficaram sem seus pais e órfãs nos países mais atingidos, tendo que ser aparadas e adotadas por países vizinhos. O Brasil também passou a fazer acordo e tratados internacionais para permitir a adoção por estrangeiros.

O Congresso Nacional aprovou a Convenção de Haia, que entrou em vigor em abril de 1995, que tinha como principal função ordenar a adoção internacional com o intuito de proteger as crianças que não conseguem uma família substituta em seu próprio país. Ficando atento também no combate e prevenção do tráfico internacional de crianças, assegurando acima de tudo o princípio do melhor interesse da criança.

A adoção por estrangeiros está protegida pela Lei Especial (CC 1.629): *“Art. 1.629. A adoção por estrangeiro obedecerá aos casos e condições que forem estabelecidos em lei. (Vide Lei nº 12.010, de 2009)”*.

Há muita controvérsia em se tratando desse tipo de adoção, muitos acreditam que é de grande importância para a solução de problemas sociais; outros, afirmam que essa adoção se transforme em tráfico de criança ou comercialização de órgãos.

2.3.3 Adoção Póstuma

O art.42 em seu §6º do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que se antes do falecimento do adotante, o mesmo já tenha se manifestado quanto

a sua vontade e o processo da adoção já estiver em curso, então, esta poderá se realizar (post mortem).

A exigência de que o procedimento judicial de adoção já se tenha iniciado, no entanto, vem sendo afastada pela jurisprudência (DIAS, 2007, p.435), conforme vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ADOÇÃO PÓSTUMA. PROVA INEQUÍVOCA DA INTENÇÃO DE ADOTAR. PRECEDENTES. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. A reforma do julgado demandaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp: 1418648 PE 2012/0021371-5, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 27/03/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/04/2014)

O estado de filho é mais do que uma simples manifestação escrita, é um conjunto de acontecimentos que ligam duas ou mais pessoas ao longo da vida e que perfeitamente servem para o deferimento da adoção.

2.3.4 Adoção “À brasileira”

No Brasil havia o costume do homem ou/e a mulher declarar o menor como sendo seu filho biológico, para fins de registro civil, como por exemplo, o companheiro da mulher perfilhar o filho dela simplesmente registrando a criança como se fosse sua de sangue.

Esse tipo de adoção não é permitida pelo nosso ordenamento jurídico, sendo inclusive prevista como crime no Código Penal (CP art.242), porém não tem havido condenações, pelo vínculo afetivo que envolve sua prática.

A intenção de formar um vínculo familiar deveria acontecer através da adoção e não do registro irregular do menor. Pois, se a adoção é um ato irreversível, não se pode existir tratamento diferenciado, tornando-se assim, uma verdadeira situação de pai/mãe e filho.

Esse tipo de adoção também enfrenta a realidade do tráfico de crianças, por ocorrer fora de qualquer controle judicial ou institucional, e também, esse modo de adoção, não leva em conta o interesse da criança, o que é mais importante pra lei em vigor.

2.4 Procedimento da Adoção

A adoção não é uma simples introdução da criança/adolescente em uma família substituta, é uma medida excepcional e precedida de preparação gradativa, acompanhada por toda uma equipe especializada a serviço da justiça.

O Poder Público deverá amparar aquelas mães que demonstram interesse em entregar seu filho para adoção. Os menores que se encontram em situação de risco devem ter preferência no cadastro de adoção, tendo como primeira opção a imediata adoção pelo casal inscrito no cadastro de adoção e se, somente se, houver a inexistência de famílias em condições de recebê-las é que serão internadas nas instituições de acolhimento. Conforme se vê no art.34 e seus parágrafos do ECA:

Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.

§ 1º A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei.

Podem adotar as pessoas inscritas no cadastro de adoção. Essas pessoas serão acompanhadas por profissionais jurídicos e psicológicos, para analisa-las se tem capacidade ou não de acolher um menor adotado. A participação desses programas oferecidos pela Justiça da Infância e Juventude são obrigatórios, pois ajudarão na orientação dos pais e estímulo a adoção de crianças inter-raciais, com problemas mentais ou físicas, grupo de irmãos e crianças mais velhas, por exemplo.

Compete ao juiz da vara da infância e da juventude processar e julgar os casos de adoção. O processo correrá em segredo de justiça e deverá ser prestada a assistência judiciária integral e gratuita, em todos os casos. Essa assistência gratuita está legalmente amparada pelo ECA(8.069/90) em seu art.141 *caput* e §2º:

“Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

§ 2º As ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé.

O processo dará início através da petição inicial formulada por um advogado devidamente inscrito na ordem ou nas condições impostas pelo art.166 do ECA:

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.

§ 1º Na hipótese de concordância dos pais, esses serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações.

§ 2º O consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de adoção, sobre a irrevogabilidade da medida.

§ 3º O consentimento dos titulares do poder familiar será colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o Ministério Público, garantida a livre manifestação de vontade e esgotados os esforços para manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa.

§ 4º O consentimento prestado por escrito não terá validade se não for ratificado na audiência a que se refere o § 3º deste artigo.

§ 5º O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção.

§ 6º O consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança.

§ 7º A família substituta receberá a devida orientação por intermédio de equipe técnica interprofissional a serviço do Poder Judiciário, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Juntamente com a inicial, deverá ser entregue alguns documentos do adotante: atestado de saúde física e mental; atestado de idoneidade moral;

comprovação da situação financeira; comprovação da residência ou domicílio; documento comprobatório da estabilidade familiar, ocorrendo a hipótese de adoção por companheiros que vivam em união estável.

Durante o decorrer do processo, o juiz poderá, liminarmente, ordenar que a criança fique com os pais adotivos como uma espécie de estágio de convivência, por meio de termo de guarda e de responsabilidade.

Na audiência de instrução e julgamento serão ouvidos os pais do adotando e os pais que pretendem adotar, e se o menor tiver mais de 12 anos, este também deverá expressar sua vontade. A audiência sempre se realizará na presença obrigatória do Ministério Público.

O juiz também ouvirá os psicólogos e assistentes sociais que acompanharam e analisaram a família em que o menor irá entrar, analisando a estabilidade familiar dos adotantes e a adaptação do adotando durante o estágio de convivência.

Por fim, depois de ouvida as partes interessadas, o menor, os psicólogos e o Ministério Público, o juiz proferirá a sentença, e somente após a sentença judicial que é estabelecido o vínculo de adoção.

Transitada em julgado a sentença, a adoção se torna irrevogável (art.48, ECA), e será expedido mandado para o Cartório de Registro Civil para que se proceda ao novo registro do adotado, com o novo nome de família e demais dados constantes da sentença e, ainda mais, se cancele o registro original. (art.47 e parágrafos, ECA).

Vale ressaltar que a adoção somente será válida e legal após passar por todo processo judicial.

3. INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA/ADOLESCENTE NO CONVÍVIO COM A HOMOPARENTALIDADE.

Embora as conquistas referentes ao direito da criança/adolescente sejam algo recente, já ocupam um privilegiado espaço jurídico. Não apenas o Brasil, mas o mundo voltou suas preocupações para essa temática, tratando com prioridade o melhor interesse das crianças.

Em relação à homoafetividade, o Supremo Tribunal Federal já reconhece a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, um passo muito próximo para a efetivação do direito de adoção entre casais homoafetivos. Porém, é uma decisão muito mais difícil a ser dada, pois envolve não somente a vida de duas pessoas, mas também, a de um terceiro, de uma criança/adolescente que ainda está em processo de desenvolvimento.

O grande tabu a ser quebrado é se um casal homoafetivo tem condições ou não de criar uma criança sem que sua opção sexual influencie diretamente no menor. E, mesmo que influencie isso não se torne abominável, já que a atração sexual por pessoas do mesmo sexo já não é algo a ser considerado “anormal”. Apesar do direito de família já ter sofrido grandes mudanças ao longo do tempo, a grande pressão social que há em torno do reconhecimento expresso da adoção homoparental, ainda vive dentro do âmbito jurídico.

3.1 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente esta previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, *caput*, que diz:

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.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também abrange sobre esse princípio, e seus art. 4º, caput, e 5º:

ECA - Lei nº 8.069/90

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Ressalte-se que desde o ano de 1959 tal princípio já estava previsto na Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU, que, em suma, determinava que todas as ações relativas às crianças deviam considerar, especialmente, o “interesse maior da criança” (LÔBO, 2003, p. 44).

A finalidade de tal princípio é preservar, ao máximo, aqueles mais frágeis, ou seja, crianças e adolescentes, que por estarem em processo de crescimento e formação da personalidade, merecem toda a proteção possível. O menor tem, assim, o direito de chegar à condição adulta sob as melhores garantias morais e materiais.

Logo, nossos legisladores, ao tratar de adoção, devem levar em conta o interesse do menor, e observar o que realmente é o melhor para a criança e adolescente, de modo a favorecer sua realização no futuro, independentemente de qualquer relação de sangue com os pais. Muitas vezes essa relação de pai e filho não passa de uma mera ligação biológica, não existindo qualquer tipo de ligação afetiva capaz de uni-los verdadeiramente como pais e filhos.

Esta busca pelo interesse do menor, como já pacificado, não é uma característica exclusiva do sistema brasileiro, sendo também manifestado pelo direito europeu e pelo direito civil sul-americano. “A postura brasileira, na matéria, está em perfeita consonância com a construção jurídica (doutrinária, legislativa e jurisprudencial) mundial.” (LEITE, 2005, p115).

Contudo, podemos ver que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, veio para garantir os direitos referentes ao menor, protegendo-o para que tenha um desenvolvimento tranquilo e saudável, impedindo os

abusos de poder pelas partes mais fortes da relação jurídica que envolve a criança.

Mas, mesmo com tantas definições, o interesse do menor, em momento algum, é conflitante com a condição da homossexualidade.

Independentemente da opção sexuais, o fato de ser amado e desejado é capaz de contribuir para a formação e restauração do menor, é suficientemente eficaz de satisfazer e suprir os anseios da criança e do adolescente, fazendo com que este ente em formação supere o trauma do abandono.

3.2 O valor jurídico do afeto na entidade familiar

Para se ter uma ideia do peso que o afeto familiar tem no âmbito jurídico, basta analisar a mudança que o conceito de família teve ao longo do tempo. No passado, a família era retratada como patriarcal, ou seja, o pai era o centro da família e o casamento era uma obrigação e consequentemente os filhos eram oriundos do matrimônio. Qualquer tipo de família fora desse padrão era simplesmente ignorada e mantida fora de qualquer ordenamento jurídico. Porém, com o passar dos tempos, fomos obrigados a conviver com outra realidade social, em que as famílias passaram a ser criadas não apenas por laços sanguíneos, mas principalmente por laços afetivos.

Notamos a cada ano, a cada dia, que tudo ao nosso redor está em constante mudança, a sociedade muda, as ideias e os costumes mudam, e consequentemente o direito muda junto. As normas e a forma de aplica-las devem estar sempre atualizadas, pois devem tentar acompanhar essas mudanças ao longo do tempo.

O conceito de família, como sendo pai, mãe e filhos consanguíneos, não é mais unânime na sociedade. A afetividade passou a ter mais valor do que um simples sangue, e passamos a enxergar isso a partir da adoção.

Hoje, a adoção não é apenas um ato de “pegar para criar”, o instituto está amparado pela Lei nº 12.010/09, que legaliza e protege, principalmente, o interesse do menor. Não importando em qual situação se encontra o menor

adotado, a norma jurídica sempre irá tratar em igualdade de condições as diferenças entre filhos naturais e adotivos.

A filiação Socioafetiva tem como principal objetivo a relação de afeto que envolve uma entidade familiar, igualando, sem qualquer discriminação, a relação de filhos biológicos e filhos afetivos. Enfim, o amor vence qualquer tipo de barreira, inclusive a do direito.

3.3 Reconhecimento dos Casais Homoafetivos como Entidade Familiar

O caminho entre o ponto de vista preconceituoso da sociedade até o julgamento favorável do Supremo Tribunal Federal que legaliza a união entre duas pessoas do mesmo sexo, não foi rápido e muito menos fácil. É bastante complicado realizar a mudança de uma sociedade, principalmente no que se refere a união homoafetiva, em razão das profundas raízes históricas e sociais.

Apesar do julgamento do STF já ser favorável a esse tipo de união, no ponto de vista religioso ainda não foram a favor da tal lei. Segundo os líderes religiosos tal lei fere os dogmas estabelecidos e pregado pelas por essas entidades, para eles a família é constituída pelo casamento de um homem e uma mulher que adquirem seu lar, para buscarem a felicidade no seio conjugal. Porém, não cabe ao poder judiciário julgar qualquer caso segundo uma crença religiosa, a lei deverá seguir aos princípios fundamentais Constitucionais, por exemplo, a igualdade.

A união homoafetiva é como entidade familiar, quando apresentar características similares à união estável (art. 226, § 3º, Const. Fed. 1988), tais como: relacionamento afetivo público, contínuo e duradouro, formado com o objetivo de se constituir uma família; existência de prole (no caso, através da adoção de crianças) e dependência econômica.

A juíza Mariângela Meyer Pires Faleiro, da 5ª Vara Cível de Belo Horizonte, afirmou que “a Justiça não pode seguir dando respostas mortas a perguntas vivas”. Para a juíza, não reconhecer a união homoafetiva seria fechar os olhos para uma realidade concreta em que já vivemos.

“O Poder Judiciário tem que ser independente e ter a coragem de inovar, de enfrentar os tabus e de reconhecer a realidade dos fatos que estão

batendo à sua porta, adequando a eles a legislação existente”, afirmou a juíza. (HAIDAR, 2006, conjur.cm)

Em dezembro de 2005, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito de pensão previdenciária por morte de companheiro homossexual pela primeira vez. Segundo notícia RODRIGO HAIDAR (2006), “os ministros classificaram como discriminatório o argumento de não haver previsão legal para a hipótese e deram a pensão por morte para o companheiro que teve uma união estável comprovada por 18 anos”.

Decisão relevante sobre a controvérsia aconteceu na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.300/DF, julgada no Supremo Tribunal Federal em 3 de fevereiro de 2006, relator o Ministro CELSO DE MELLO, cuja decisão se tornou famosa no meio jurídico pela relevância de seu conteúdo, destacando-se o seguinte trecho:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96... (...) Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídicossocial da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental –, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. (...) O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas.

Vejamos também uma decisão mais recente do STJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CARÁTER INFRINGENTE. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE. CABIMENTO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA POST MORTEM. EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. REQUISITOS. SÚMULA Nº 7/STJ. DIVISÃO DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO AO LONGO DO RELACIONAMENTO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração é possível, em hipóteses excepcionais, para corrigir premissa equivocada no julgamento, bem como nos casos em que, sanada a omissão, a contradição ou a obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência necessária. 2. Há possibilidade jurídica de reconhecimento de união estável homoafetiva pelo ordenamento jurídico brasileiro por realizar os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, aplicando-se, por analogia, a legislação atinente às relações estáveis heteroafetivas, tendo em vista a caracterização dessa relação como modelo de entidade familiar (STF, ADI nº 4.277/DF, Relator Ministro AYRES BRITTO, DJe 5/5/2011). 3. Assentando o Tribunal local restar comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, independentemente da prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida, conforme remansosa jurisprudência do STJ. 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso especial. (STJ - EDcl no REsp: 633713 RS 2004/0028417-4, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 11/02/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2014)

Casais homossexuais que vivem juntos há anos contínuos, em uma relação pública, com interesses em comum, despesas conjuntas e dependência econômica, que tem como objetivo formar uma família, inclusive na possibilidade de adotarem uma criança, revelam uma situação parecida com a que a lei define como união estável, sendo reconhecida pela doutrina e jurisprudências, como vimos acima.

3.4 O Direito da criança/adolescente em ter reconhecimento jurídico de sua vinculação com a homoparentalidade.

No que se refere à inclusão de crianças/adolescentes em um ambiente familiar seguro e afetivo, já está bastante claro que a adoção é o melhor caminho a seguir. Porém, no que se refere à inclusão desses menores em famílias “diferentes”, o direito já não é tão claro e seguro como parece.

Negar a possibilidade de uma criança ser reconhecida juridicamente como filho legítimo só pelo motivo de uma família não ser considerada “normal”, é algo, no mínimo, preconceituoso. E o direito não sobrevive de preconceitos, seu ideal é tentar seguir as constantes mudanças que ocorrem na sociedade através dos tempos.

Verifica-se que, em relação a família de homossexuais, o processo da adoção é notoriamente dificultado, não somente pela omissão da lei, mas principalmente, pela pressão e preconceito da sociedade.

Não se pode colocar a opção sexual como o ponto principal para a adoção, não se pode esquecer que o foco é o melhor interesse da criança e é nela que se deve pensar em primeiro lugar.

No que diz respeito exclusivamente à adoção, a possibilidade dos homossexuais adotarem não interfere na opção sexual da criança adotada. Muito pelo contrário, é uma oportunidade da criança em ter uma família que lhe dê proteção e carinho ao longo da vida e que lhe mostre a diversidade humana e a respeitar a diferença.

Nas palavras da Maria Berenice Dias “*Posturas pessoais ou convicções de ordem moral de caráter subjetivo não podem impedir que se reconheça que uma criança, sem pais nem lar terá uma melhor formação se*

integrada a uma família, seja esta formada por pessoas de sexos iguais ou distintos.”

O que a nossa ilustre jurista quis dizer é que, o vínculo entre uma criança e uma família afetiva não pode ser desfeito apenas pelo fato da opção sexual dos pais. Vai muito além dessa “moral de caráter subjetivo”, é mais um vínculo de amor e respeito criado dentro do ambiente familiar.

Está claro, devido a estudos de várias áreas científicas, que a falta de relações afetivas familiares é prejudicial às crianças.

Muito embora, está mais do que claro os benefícios de uma criança ser introduzida em um ambiente familiar saudável, vale dizer que não há reconhecimento jurídico em relação à adoção homoafetiva, ferindo assim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, no qual, veio para proteger o menor e assegurar o melhor desenvolvimento possível.

4. ADOÇÃO HOMOPARENTAL

4.1 O tabu da homossexualidade no Brasil

O preconceito existente sobre opção sexual de uma pessoa não é um tema atual, vem de décadas atrás e abrange não só nosso país, mas o mundo todo. É uma inquestionável realidade social.

Admitir ser homossexual no Brasil, ainda é um tabu. Muitas pessoas se auto intitulam liberais, não preconceituosas, mas na primeira atitude homoafetiva, principalmente quando ocorre dentro de sua própria família, já responde de maneira hostil e os vêem com maus olhos.

Não precisamos ir muito longe para ver que ainda existe muito preconceito em nossa sociedade. Prova de uma verdadeira homofobia existente são os diversos casos que vemos no noticiário sobre assassinato de gays e lésbicas nas diversas localidades do país, sem qualquer motivo aparente, apenas pelo fato de se relacionarem com pessoas do mesmo sexo.

É algo absurdamente ilógico pensar que existem seres humanos capazes de tirar a vida de outro simplesmente pelo fato deste outro não ter a mesma opção sexual que a sua.

Para não serem discriminados pela sociedade e, até mesmo pela própria família, os homossexuais se veem obrigados a esconder a sua própria identidade civil, vale dizer, não podem admitir que são gays para não sofrerem nenhum tipo de provocação. Hoje em dia podemos ver que há mais pessoas admitindo sua identidade sexual, mas isso não quer dizer que o preconceito tenha diminuído.

Viver em um país assim, que se diz democrático sem não o ser, é difícil.

Vejamos o que reza a Constituição Federal, em seu artigo 5º:

“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”.

O que se constata então, diante da exposição de um dos principais artigos da nossa Constituição Federal, é o descrédito da nossa Carta Magna, haja vista o preconceito da nossa sociedade com casais homoafetivos. Logo, se todos verdadeiramente fossem iguais perante a lei, essas pessoas consideradas diferentes por se relacionarem com pessoas do mesmo sexo, não precisariam se esconder e viveriam suas vidas sem nenhuma dificuldade ou até mesmo medo.

Outra questão que devemos questionar é o fato da necessidade de criar-se projetos de lei que visem a manutenção de direito do homossexual, bem como propostas de emenda à Constituição.

Seria mesmo necessária a criação de um projeto de lei que diferencie esse tipo de adoção? Ou será que ao invés de solucionar esse problema do preconceito, não estaríamos alimentando a ideia de que os homossexuais são realmente pessoas diferentes? Ou, até mesmo vale a ideia de “tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade”, já que os homossexuais ainda são minoria?

São vários pontos de vista a serem analisados, e por esse motivo é que ainda não foi criado nenhum projeto de lei em relação a adoção homoafetiva e está longe dessa proposta tornar-se realidade.

Fato é que, infelizmente, com ou sem propostas de lei, os direitos dos homossexuais nunca estarão em pé de isonomia com os direitos dos heterossexuais, principalmente pelo nosso País ainda está preso a valores sociais, éticos e religiosos.

Nossa Constituição não veda em momento algum qualquer tipo de união homoafetiva, porém, por outro lado, não se refere nenhum direito específico para essa modalidade de família.

Conforme bem refere Paulo Lôbo (p.68):

“... as uniões homoafetivas são entidades familiares constitucionalmente protegidas, pois preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e possuem escopo de constituição de família. A norma de inclusão do art.226 da

Constituição apenas poderia ser excepcionada se existisse outra norma de eliminação explícita de tutela de tais uniões. Entre as entidades familiares explícitas existe a comunidade monoparental, que prescinde a existência de casal (homem e mulher). A Constituição não veda o relacionamento homoafetivos.”

Vê-se, pois, que se trata de uma luta árdua em prol da defesa dos casais homoafetivos e que o Brasil está longe de levantar a bandeira da democracia.

Ser gay não é doença. Muitas pessoas pensam que é contagioso e que por isso mesmo têm de evitar qualquer tipo de aproximação. Não os encara como pessoas absolutamente normais, que somente querem seu espaço garantido na sociedade.

4.2 Adoção sem preconceito

A adoção vai muito mais além do que um simples procedimento judicial que cria um vínculo familiar legal entre duas pessoas diferentes. Adoção é mais um ato de amor, fraternidade e solidariedade que envolve uma futura família, do que um pedaço de papel qualquer assinado por um juiz.

Na maioria das vezes, a adoção é a única oportunidade da criança em ter uma família sólida e afetuosa e onde possa encontrar a verdadeira essência do amor ao próximo. E a última chance de se tornar uma pessoa melhor no futuro, com um lar, um estudo e alguém para guiá-la e ajudá-la a entender a diferença do certo e errado.

No Brasil, existem inúmeras crianças em abrigos a espera de alguém que as queiram e as ame de verdade, entretanto nem sempre estes menores têm alguma chance, pois a adoção feita por amor, hoje se transformou na adoção feita para preencher lacunas, por exemplo, indivíduos que procuram adotar, na esperança de ocupar o vácuo dos filhos biológicos que não puderam ter.

Apesar do processo de adoção ter se tornado mais vagaroso e burocrático, não se pode ir totalmente contra essa nova forma de análise minuciosa, pois é aí que vemos que o Estado se preocupa com o que a família

adotiva tem a oferecer ao adotado, porém o ponto negativo vem com a redução da expectativa de adoção para ambas as partes.

Já foi visto que a maioria dos interessados em adotar busca recém-nascidos, do sexo feminino e da pele branca, mas a realidade é a oposta, atualmente os abrigos estão repletos de crianças de pele negra ou parda, acima de 3 anos e que contém um ou mais irmãos.

Aquelas crianças ou adolescentes tido como inadotáveis, a cada dia que passa se tornam mais velhas o que diminui as chances de integrar um lar, uma família.

Já não bastasse o preconceito formado em torno do “modelo perfeito” de criança, ainda temos que lidar com outro tipo de preconceito, o que surge na adoção por casais homoafetivos, tão discutida na sociedade e no judiciário.

Afeto, assistência, respeito e companheirismo não são privilégios inerentes aos relacionamentos heterossexuais. Por isso, não há como ver alguma lógica em conceitos que defendem que um ambiente em que convive um casal homossexual não é propício para o crescimento saudável de uma criança.

Ao contrario dos casais héteros, os homossexuais não costumam ter tantas exigências em relação às crianças que pretendem adotar, afirmam querer construir uma família, um modelo diferente, porém uma família.

Para vencer o preconceito, causando maiores reflexões acerca do tema, recordamos a frase da Dra. Maria Berenice Dias, ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

É preferível que tenha um pai ou uma mãe, ou dois pais ou duas mães, do ninguém para chamar de pai ou de mãe. A interminável espera pela adoção por um casal, muitas vezes, leva a que crianças e adolescentes permaneçam institucionalizadas até completarem a maioridade. Neste dia são postas para fora dos “abrigos” onde passam toda vida à espera de alguém que as quisessem adotar.

Não se pode deixar o preconceito vencer, não se pode impedir que duas pessoas do mesmo sexo constituam uma família com filhos.

Estudos comprovam, que crianças criadas por casais de homossexuais receberam uma boa educação como qualquer outra família de heterossexuais. Não se pode condenar a maioria dos casais homossexuais pela minoria que não sabe criar seus filhos. E sabe-se também que essa má criação pode ocorrer tanto de um casal homoafetivo quanto de um casal hétero.

O nosso ordenamento jurídico exige que o adotante tenha uma família constituída e um lar que possa proporcionar à criança uma convivência harmônica, fundamentada no respeito e na alegria. Esse novo lar deverá ser um local que proporcione ao adotando o respeito e o carinho que sempre necessitou. Nela devem ser assegurados ao adotando os direitos referentes à liberdade, à dignidade, ao respeito, à inviolabilidade de integridade física, psíquica e moral, à preservação de sua imagem, da sua identidade, da sua autonomia, de seus valores, ideais e crenças, de seus espaços e objetos pessoais, não lhe proporcionando tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, conforme redigido no art. 227 da Constituição Federal e o Estatuto da Criança e Adolescente. Visando diminuir ou até mesmo acabar com abusos que infelizmente acabam sendo comuns em alguma famílias.

Ainda há autores que são expressamente contra a adoção por homossexuais, como é o caso do doutrinador Wilson Liberati (p.105/106): *“Outro impedimento absoluto e insanável é aquele que proíbe a outorga da adoção a duas pessoas, do mesmo sexo. Não é possível, pelo menos nos dias de hoje, aceitar como família dois homossexuais”*.

Todavia, o Dr. Mônaco da Silva (p.116/117), assume posição favorável em relação ao tema suscitado:

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

Diante do exposto acima, vemos que nosso doutrinador entende que o comportamento inadequado do homossexual é que influenciará na decisão judicial em relação ao acolhimento do pedido de colocação em família substituta, e não, em hipótese alguma, sua orientação sexual.

Será absolutamente preciso o estudo psicossocial da equipe técnica da Vara da Infância de cada comarca, para se verificar a possibilidade de se colocar a criança em um lar em que o adotante declare ser homossexual.

É indispensável que, o que deve nortear o processo é sempre o interesse da criança. Cada caso deverá ser estudado, sem qualquer preconceito.

4.3 Avanços Jurisprudenciais- As recentes decisões dos tribunais

Há não muito tempo atrás seria impossível se pensar em adoção feita por casais homossexuais, isso porque o preconceito e a rejeição social sempre esteve em torno desse grupo, e não seria diferente em se tratando do instituto da adoção, mesmo sabendo que há milhares de crianças e adolescentes que vivem em abrigos espalhados por todo o Brasil, aguardando a chance e a sorte de serem adotados.

Foi sancionada, em 2009, a nova lei de adoção, Lei 12.010/09, cheia de promessas e “inovações”, porém os mais de 80 mil menores institucionalizados não poderão depositar suas esperanças em uma norma que apesar de bons propósitos, tem pouca praticidade. Poucos foram os avanços com a nova lei, e quase insignificantes as chances de se diminuir o número de crianças e adolescentes que vivem nos abrigos institucionais.

A adoção acabou por se tornar um grande processo, com direito a todas as complexidades que um processo judicial possui.

A Justiça Brasileira tem evoluído no sentido de possibilitar a adoção por casais homoafetivos. Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça se manifestou, sendo uma das inúmeras decisões favoráveis a essa modalidade de família:

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 preexistia 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 disferia 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. Recurso especial NÃO PROVIDO. (STJ - REsp: 1281093 SP 2011/0201685-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/12/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2013)

O ponto principal que se deve considerar não é a opção sexual, mas sim condições psicológicas e afetivas daqueles que pretendem a adoção, devendo ser consideradas, primeiramente, as condições nas quais permanecerão os adotando. Vale lembrar que a adoção cria um vínculo parental que não corresponde a realidade biológica, sendo que ao decidir sobre uma possível adoção, o Juiz deve levar em conta as reais vantagens para a criança que poderão advir da adoção, que deverá se fundar em motivos legítimos decidindo sempre pelo bem-estar da criança.

Cumpra ainda destacar julgado da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em apelação 700138015902, onde consta como presidente a Desembargadora Maria Berenice Dias, referente a adoção por casal formado por duas pessoas de mesmo sexo conforme mencionado abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO.

Pode-se notar, que nossos julgadores se baseiam na relação estável e durável existente entre duas pessoas, independentemente do gênero, como objetivo de constituir família. Tendo as duas entidades familiares, homossexual ou heterossexual, os mesmos direitos quanto a adotar filhos em conjunto.

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em recente julgamento de Resp. 889.852-RS se manifestou sobre a possibilidade de adoção de crianças por pessoas que mantêm união homoafetiva, conforme publicado no informativo nº 0432, da seguinte forma:

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 verificado 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. REsp 889.852-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/4/2010.

Nota-se que o magistrado entende que o interesse do menor prevalece sobre quaisquer outros. É proibido ao legislador não prestar jurisdição alegando ausência de previsão legal, admite-se nesses casos o uso de analogia e interpretação constitucional.

Diante de todo exposto, não se pode conceber a ideia de negar a adoção a casais homoafetivos apenas por serem considerados diferentes dos padrões impostos pela sociedade. Tal ato se configura como discriminação.

A Lei 12.010/09 acrescenta o inciso II ao parágrafo único do artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos da criança e adolescente” e consolide o princípio da proteção integral e prioritária da criança, pois é este que é protegido pela lei, e não a orientação sexual dos adotantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que a corrente doutrinária e jurisprudencial vem sendo bastante flexível em relação ao tema abordado na presente monografia. E dessa forma, a dificuldade judicial em deferir um pedido de adoção por casais homoafetivos acaba sendo um pouco amenizado, já que até os tribunais de justiça entende ser possível e viável essa nova modalidade de família.

O instituto da adoção é uma maneira que o Estado encontrou em proteger as criança/adolescentes abandonadas pelos pais biológicos. Esse instituto trata-se de criar um vínculo, um laço afetivo entre o adotando e o adotado, para suprir as necessidades físicas e psicológicas desse menor. Para isso, deverá preencher requisitos subjetivos e objetivos à adoção, disciplinados na Lei n.º 12.010/2009 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Apesar de ser um tema discutido a muito tempo no direito, a adoção homoafetiva ainda traz bastante discussões e opiniões diversas. Não é tarefa fácil para o nosso judiciário enfrentar uma barreira tão densa que é o preconceito social. Nota-se que a sociedade vem se transformando ao longo do tempo, seja do ponto de vista econômico, social ou religioso, e essa mudança afetou, em especial, a família.

A conclusão mais alínea que se pode tirar diante de todo o estudo, é que a barreira mais difícil a se vencer diante da adoção homoafetiva é o preconceito, que priva muitas crianças de terem um lar, um carinho e uma vida digna. Essa discriminação precisa ser rompida o quanto antes, para que a adoção por casais homoafetivos seja aprovada e legalizada, tornando-se uma ferramenta útil para bem estar das crianças que não tem uma família. Afinal, o principal objetivo da adoção é garantir o princípio do melhor interesse da criança/adolescente.

Em razão da omissão em nossa legislação sobre esse específico tipo de adoção, jurisprudenciais foram firmadas a fim de suprir essas lacunas legislativas, garantindo os direitos dos homossexuais no que diz respeito a adoção

Diante do exposto, ao analisar jurisprudência brasileira, ficou demonstrado que os homoafetivos possuem direitos em seu favor, com base nos princípios da dignidade humana e da isonomia buscando assim seus direitos. Adotar uma postura de proteção plena de uma criança ou adolescente, a não discriminação da adoção por casais homoafetivos e reconhecimento do direito de constituírem uma família é dever do Estado e de todos que combatem a discriminação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código 4 em 1 Saraiva: Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>. <Acesso em: 18 de março de 2015>.

BRASIL. Lei Nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. <Acesso em: 18 de junho de 2015>.

BRASIL, Decreto nº 3.087 de 21 de Junho de 1999. Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia, em 29 de Maio de 1993. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm. Acesso em 30 de abril de 2015.

CARVALHO, Dimas Messias de. Adoção, Guarda e Convivência Familiar. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 7ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed. Ver. atual e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Adoção homoafetiva. Disponível em: <www.mbdias.com.br> Acesso em: 8 jun. 2015.

DIAS, Maria Berenice. O afeto merece ser visto como uma realidade digna de tutela. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/jurisprudencia-adocao.dept>>. Acessado em 15 de julho de 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro- Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2007. P.345.

JUSTIÇA, Conselho Nacional. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnca/publico/>>. Acesso em: 15 de setembro 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado, 1ª ed, São Paulo, Ed. Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito das Família e Bioética. – São Paulo: Editora Elsevier, 2012.

NEKATSCHALOW, André. TRF. Agravo de Instrumento: 32763-MS 2012/003276-3. Disponível em: <<http://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23544930/agravo-de-instrumento-ai-32763-ms-0032763-1520124030000-trf3>>. Acesso em 08 de agosto de 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e Dignidade Humana. Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. – Belo Horizonte: IBDFAM (Instituto Brasileiro Direito de Família), 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e Responsabilidade. Teoria Prática do Direito de Família. 1ª ed. – Porto Alegre: Magister/ IBDFAM, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e Solidariedade. Teoria e Prática do Direito de Família. – Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil-Direito de Família. 27ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.p.380.

SALOMÃO, Luis Felipe. STJ. Recurso Especial: 889.852-RS 2006/0209137-4. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/inteiro-teor-16839763>>. Acesso em 08 de agosto de 2015.

UOL. Associação Internacional dos Magistrados da Família e da Juventude. Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/gravidez-e-filhos/noticias/redacao/entenda-a-adocao-no-brasil-veja-principais-perguntas-e-respostas.htm>>. Acesso em 05 de junho de 2015.

VENOSA, Silvio Salvo. Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 4ª. ed. vol. V. São Paulo: Atlas, 2006.