

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: ANÁLISE SOBRE ASPECTOS JURÍDICOS

Yuri Gonçalves Freitas¹
Dayana do Carmo Faria²

RESUMO

Esta pesquisa tem como tema a adoção, se delimitando no estudo jurídico do Instituto da Adoção por casais homoafetivos. Compreende-se que a adoção advém do reconhecimento do vínculo de filiação por meio do ato jurídico, o qual, após consumado não incorrerá em distinção da filiação biológica. Nesse sentido, a pesquisa voltou-se para o estudo da adoção por casais homoafetivos, visando responder se esses têm os mesmos direitos de adoção que os casais heterossexuais. Não obstante, um dos objetivos da pesquisa foi discutir os aspectos históricos, jurídicos e sociais, nos quais a adoção se insere. De cunho bibliográfico, buscou-se na literatura jurídica os referenciais teóricos que sustentaram as discussões, tendo como resultado que o Princípio do Melhor Interesse do Menor, assim como o Princípio da Afetividade justificam a possibilidade de adoção por casais homoafetivos.

Palavras-chave: Adoção. Homoafetivos. Legislação.

¹ Acadêmico(a) do 9º período de Direito, pela Universidade de Rio Verde, Campus Caiapônia, GO.

² Especialista em Direito. Docente do Curso de Direito da Universidade de Rio Verde, Campus Caiapônia, GO.

1 INTRODUÇÃO

O tema abordado no presente artigo é a adoção por casais homoafetivos, uma análise sobre aspectos jurídicos. De antemão é interessante destacar que a exegese de adoção é o reconhecimento do vínculo de filiação por meio de ato jurídico, já disciplinado em lei, independente de germinação biológica. Assim, a adoção ocorre quando não se tem nenhum vínculo biológico, e após consumada não se fará distinção da filiação biológica, somente obedecerá ao sentido de que filho é filho, não importando a forma de filiação.

As relações sociais, em tese, são formadas por casais heterossexuais, mas o que vem ganhando força e aumentando cada vez mais são os casais homossexuais, que podem formar famílias também afetuosas e bem estruturadas. Diante disso, indaga-se: no cenário jurídico atual, casais homossexuais têm o mesmo direito de adoção dos casais heterossexuais?

Destarte levanta-se as seguintes hipóteses: I) falta embasamento jurídico expresso para garantir de forma direta a adoção por homossexuais; II) levando em conta o mandamento constitucional de que não há distinção entre as pessoas, a adoção por casais homossexuais deve ser objeto de previsão legal; e, III) o conceito de família mudou, foi ampliado, por isso viabiliza-se a adoção por casais homoafetivos.

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

Levando em consideração o preceito constitucional de que todas as pessoas são iguais, e que segundo algumas definições, casal é a união de duas pessoas, é interessante salientar que casal homoafetivo pode oferecer a mesma base a uma criança ou adolescente que casal heterossexual. Nesse sentido, a pesquisa se torna importante por demonstrar e buscar na literatura jurídica as bases teóricas que comprovem que a adoção é um ato de amor que pode ser exercido por casais, sejam hetero ou homoafetivos.

No Brasil, em relação à adoção homoafetiva, ainda existem lacunas relacionadas a esse tipo de adoção, o que impõe barreiras para que crianças e adolescentes sejam adotados. Estes

vivem em abrigos desprovidos de afeto e pelas omissões na legislação, casais homoafetivos se veem impedidos de ofertarem um lar a esses.

Utilizando-se de fatores como a imperfeição legislativa na regulamentação da adoção homoafetiva, bem como no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, é possível discorrer sobre a socioafetividade, temática que vem ganhando espaço no mundo jurídico. Para tanto, em primeiro lugar, traz-se a história e finalidade da adoção tecendo breves comentários acerca da história mundial, e especialmente no Brasil; os conceitos, requisitos e espécies de adoção, bem como o conceito de família no contexto histórico; o princípio do melhor interesse do menor e por fim, o princípio da busca pela felicidade e do afeto. Por conseguinte, aborda-se os objetivos e metodologia do estudo e nos resultados e discussão apresenta-se a adoção por casais homoafetivos.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 HISTÓRIA E FINALIDADE DA ADOÇÃO

Assim como a história da humanidade evoluiu ao longo do tempo, o histórico da adoção acompanhou esse processo, embora no início, ainda não houvesse um conceito a ser aplicado. Desde a Antiguidade era comum entregar as crianças para que outras famílias cuidassem, isso poderia ocorrer sob diversas circunstâncias, sendo mais comum na ocorrência da morte ou abandono pelos genitores (GRANATO, 2013).

Tanto na Grécia quanto na Roma antiga, o interesse do adotante possuía maior peso, uma vez que imperava a crença de que o adotado poderia simbolizar o renascimento de um ente falecido. A adoção também era realizada por homens que, na falta de uma prole, precisavam ver a continuidade de seu legado e de seus feitos. Conquanto a sociedade exigisse a formação da família para sua existência, a adoção era justificada também na religião, uma vez que somente pela geração é que se aceitava a propagação dos preceitos religiosos. Um filho, ainda que não gerado pela figura paterna, representava a possibilidade de os ritos fúnebres serem feitos da forma correta. Na falta deste ente para pronunciar as orações adequadas, o legado familiar poderia ser extinguido com a morte do pai (OLIVEIRA, 2014).

Na Antiguidade somente os homens sem filhos poderiam exercer o benefício da adoção. Os filhos dispensáveis, como era o caso das filhas não contavam como forma de continuidade

da família, portanto, quando não houvesse filhos, os sacerdotes aconselhavam a adoção. Embora não se tenha registros específicos que expliquem como se dava o processo de adoção, segundo Granato (2013), a melhor explicação se dá pela analogia aos ritos comuns da época.

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

A mesma autora ressalta que após a conclusão desta cerimônia, o filho adotivo era completamente desligado da família biológica, tendo sua origem redesenhada. Caso o adotado, ao constituir família, tivesse um filho e este preferisse retomar os laços biológicos isso seria possível, mediante a anuência do sacerdote.

Na Roma antiga, de forma mais específica, houve a adoção gerida por uma disciplina (GONÇALVES, 2017). Nesse contexto, a Adoção era tratada como uma instituição de direito privado, semelhante ao fim justificado da naturalização e concessão de cidadania ao estrangeiro. Cumpre salientar que a noção de adoção se ligava ao ato de “[...]resguardar o estranho alheio ao seio da família romana, ressaltando direitos e deveres de filho-família. Todavia, sua principal finalidade era perpetuar o culto doméstico e eternizar o nome da família [...] (CHAVES, 2005, p. 49).

Destaca-se que no direito romano antigo, a Adoção era descrita como um ato solene, de cunho social e religioso, no qual se admitia um filho não gerado no seio familiar, ou melhor, não descendente da prole natural (RODRIGUES, 2015). Assim “[...] ocorria em relação ao *alieni juris*, determinando a submissão do filho adotivo à *patria potestas* do adotante. Realizava-se por um destes três processos: 1º) a *mancipatio*; 2º) o *contrato*; 3º) o *testamento*.” (GOMES, 2002, p.369).

Mesmo com o forte peso religioso, a Adoção, na Roma Antiga, agregava a finalidade política e econômica, pois era uma das formas utilizadas pelos romanos para conferir cidadania, além de regularizar a transferência de mão-de-obra entre as famílias (SILVA FILHO, 2017).

Na Idade Média, o instituto da adoção diminuiu significativamente, pois com a expansão do poder da Igreja Católica, a política sucessória não poderia ser maculada por filhos que não pertencessem à prole, o mesmo ocorrendo com os gerados fora do casamento. Destaca-se que as famílias que não constituíssem a prole, deveriam deixar seus bens para a Igreja, o que sustentava o fato de as adoções não serem aceitas (MARCÍLIO, 2018).

Conforme descreve a autora mencionada, no direito hispano-lusitano o instituto da Adoção era inexistente. Em seu lugar, havia o *perfilato* que embora se assemelhasse à adoção, era voltado para as questões patrimoniais, pois permitia os direitos à sucessão pelo fato de se instituir o parentesco.

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

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

Considera-se essa regulação como um marco, pois preserva os interesses dos adotados e não dos adotantes, como ocorria anteriormente. No Brasil, a Adoção se instituiu a partir das Ordenações Filipinas, embora não houvesse sistematização de sua ocorrência. Nesse sentido, os juízes se apoiavam no direito romano para deliberar sobre os requisitos do instituto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

No Código Civil de 1916, os dispositivos sobre a adoção passaram a ter maior relevância jurídica, sendo considerados a tradução do ideal republicano, o qual defendia a secularização da vida familiar. Desse modo, a adoção passa a ser coordenada de forma sistemática, partindo do modelo *minus plena*, oriundo do direito romano (LÔBO, 2011).

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

O que marca o instituto da adoção no Código Civil de 1916 está no fato de ser dissolvida em dois casos, o primeiro se o adotado cometesse ato de ingratidão contra o adotante, e o segundo, no que se refere ao menor ou interdito, quando estes atingissem a maioridade ou

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

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

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

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

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

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

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

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

A partir do mencionado, o adotado passou a desfrutar da possibilidade de ter inserido o nome dos pais adotantes em seu registro. Desse modo, no registro civil tanto o nome dos pais consanguíneos, quanto dos pais adotantes ficavam registrados no mesmo documento, ou caso houvesse o desejo do adotado, somente o nome dos pais adotantes permaneceria. “Essa novidade serviu para deixar aos olhos dos que estavam de fora, que a prole era legítima, diminuindo, assim o grande preconceito que transitava em torno dos filhos adotados”. (GRANATO, 2013, p. 87).

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

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

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

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

De acordo com Granato (2013), os acréscimos positivos da referida lei ao Instituto da Adoção podem ser destacados da seguinte forma:

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

Cumprе salientar que na interpretação da legislação, os direitos e obrigações da família consanguínea cessavam mediante a adoção. Na literatura jurídica isso é apresentado como uma inovação, uma vez que se considera que não havia sentido em se manter qualquer tipo de relação com a família biológica do adotado.

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

Sendo distintos, a adoção simples constituía laços familiares apenas entre adotante e adotado, sendo revogável pela vontade das partes, sem findar os direitos e obrigações por parte da família consanguínea. Sobre a adoção plena, Diniz (2015) descreve que:

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

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

Enquanto a primeira dava origem a um parentesco civil somente entre adotante e adotado sem desvincular o último da sua família de sangue, era revogável pela vontade das partes e não extinguiu os direitos e deveres resultantes do parentesco natural, como foi dito, a adoção plena, ao contrário, possibilitava que o adotado ingressasse na família do adotante como se fosse filho de sangue, modificando-se o seu assento de nascimento para esse fim, de modo a apagar o anterior parentesco com a família natural (GONÇALVES, 2017, p.127).

Importante destacar que tanto a adoção simples quanto a plena agregam características totalmente diversas. Isso é explicado a partir da consideração de que enquanto na simples não havia o distanciamento dos familiares naturais, na plena esse vínculo deixaria de existir, o que caracteriza o melhor para o adotante, sobretudo quando se considera os diversos problemas que podem se originar nos núcleos familiares. Ponto negativo, tanto da adoção plena, quanto da simples, é que havia discriminação com filho adotado, principalmente na iminência da prole natural dos adotantes.

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

[...] passou a atribuir ao adotado a condição de filho, sem qualquer diferença com os filhos consanguíneos, com o advento da Constituição Federal de 1988. Lembre-se que, no regime do Código Civil de 1916, a adoção era revogável até mesmo por distrato, quando as duas partes conviessem, sendo que o parentesco se limitava ao adotante e ao adotado, sem que se estendesse aos respectivos parentes. (MENDES, 2011, s.p.)

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

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

Com as normativas impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a adoção de menores passou a ser de sua atribuição, enquanto a de adultos, pelo Código Civil. Destaca-se que com o ECA, passou a ser exigida sentença judicial para que a adoção fosse efetivada. Em 2002, com o Novo Código Civil, coube ao Poder Público participar ativamente dos processos de adoção, sendo que a inovação esteve na redução da maioria civil para 18 anos, passando essa a ser a idade mínima exigida para ser adotante (WALD, 2014).

Em resumo, a adoção tem por objetivo incluir a criança ou adolescente no seio familiar, sendo descrita como um ato jurídico solene que trazem adotante e adotado, envoltos numa relação de paternidade e filiação para todos os fins de Direito. Atualmente é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas ainda é questionada a adoção por casais homoafetivos.

2.2 CONCEITOS, REQUISITOS E ESPÉCIES DE ADOÇÃO

Segundo Schlossarecke (2015), é necessário que os adotantes se encaixem em um rol de requisitos para que sejam capazes de adotar. O primeiro deles e mais óbvio é a maioridade, ou seja, ter no mínimo dezoito anos; ser mais velho que o adotado pelo menos dezesseis anos e conexão de natureza e ambiente familiar. O adotado deve ter menos de dezoito anos, salvo se já estiver sob guarda dos supostos pais adotivos.

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

Há ainda a imprescindibilidade da etapa de coabitação temporária e prévia à adoção definitiva, determinada pelo magistrado do caso. É vedada a adoção por irmãos e ascendentes, embora haja previsão que avós podem adotar netos.

A adoção pode ocorrer por três vias, conforme destaca o Des. Artur: conjunta, singular ou unilateral. Ela é conjunta quando se têm dois adotantes; singular se tiver apenas um adotante; em ambos os casos se extingue totalmente o vínculo de consanguinidade entre o adotando e sua família, fazendo ressalva de impedimentos concernentes a matrimônio. Já a unilateral ocorre quando o menor é filho do cônjuge ou companheiro do adotante, por esta via admite-se, por exemplo, que o(a) enteado(a) seja adotado(a) por seu padrasto ou madrasta.

Interessante salientar sobre a adoção póstuma, que pode ocorrer quando um dos adotantes falece no curso do processo de adoção. Destaca-se ainda a adoção à brasileira que é aquela em que alguém registra como seu o filho de outro, usando de dolo e má-fé, ação considerada criminosa pelo ordenamento pátrio, conforme reza o artigo 242, do Código Penal Brasileiro.

2.3 CONCEITO DE FAMÍLIA NO CONTEXTO HISTÓRICO

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

O homem, quando chefe da família, exerce a herdade do direito romano, o de *pater familia*. Conforme descreve Corrêa (2018) e Almeida (2017), na sociedade contemporânea a família somente era constituída a partir das relações matrimoniais. Estas, por sua vez, serviam para dar legitimidade à posse do homem sobre a esposa e a prole.

Almeida expõe que na sociedade contemporânea a família e seus conceitos tem sofridos diversas transformações. Nesse sentido, o que no pretérito não passava apenas da relação matrimonial entre homem e mulher com a concessão de filhos tem sofrido alterações relevantes e de grande envergadura. Isto se deu principalmente com a ascensão da Constituição Federal vigente em que foram lançados ao escanteio dogmas como o de que o homem seria o titular da família e que a mulher somente teria o encargo de cuidar da casa e dos filhos. (ALMEIDA, 2017).

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

2.4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Tendo em vista que atualmente a paternidade consiste em um vínculo formado pela afetividade, independente da forma de aquisição, seja biológica ou adotiva, deve-se sempre prezar pelo bem-estar do menor. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

busca garantir que tal vínculo seja sempre o mais benéfico, formando família onde haverá amor, plena segurança, além de garantir provedores.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PREPONDERÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DA ESTABILIDADE FAMILIAR. A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido considerada a sua imutabilidade nesta via recursal, registrou filha recém-nascida de outrem como sua. A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ/SP acerca do disposto no art. 348 do CC/16, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao investigante vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Com o foco nessa premissa – a da existência da socioafetividade –, é que a lide deve ser solucionada. [...] A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade. Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar. Recurso Especial não provido. (STJ – Resp 1.000.356; Proc. 2007/0252697-5; SP; Terceira Turma; Rel^a Min.^a Fátima Nancy Andrihgi; Julg. 25/05/2010; DJE 07/06/2010).

Neste diapasão verifica-se que o julgado supracitado se direciona no sentido do melhor interesse do menor que está em jogo através de uma ligação socioafetiva.

2.5 PRINCÍPIO DA BUSCA DA FELICIDADE E DO AFETO

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

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

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

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

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

Interessante ressaltar que em relação à família, a busca pela felicidade torna-se seu maior objetivo. Isso significa que o afeto entre seus membros é a maior justificativa para sua composição. Do mesmo modo, a felicidade é fulcro que torna relevante a união de entes em torno da instituição família, e a falta desse, faz com a entidade familiar deixe de agregar seu objetivo. Sobre esse pensamento, Farias e Rosenvald (2012) discorrem:

[...] a família existe em razão de seus componentes, e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescandível a pessoa humana. É o que se convencionou chamar de família eudemonístra, caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros. Trata-se de um novo modelo familiar, enfatizando a absorção do deslocamento do eixo fundamental do Direito das Famílias da instituição para a proteção especial da pessoa humana e de sua realização existencial dentro da sociedade (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.43).

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

3 OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GERAL

Compreender os aspectos históricos, jurídicos e sociais que permeiam o instituto da adoção no Brasil.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Demonstrar que a ideia de que pessoas do mesmo sexo não podem adotar é errônea;
- Apresentar teses e jurisprudências de que não há problema em casais homoafetivos adotarem;
- Identificar os problemas jurídicos enfrentados na tentativa da adoção por casais homoafetivos.

4 METODOLOGIA

O artigo em questão foi realizado por meio de método dedutivo, com procedimento analítico de citações doutrinárias, artigos e jurisprudências, alcançando o alvo principal de quais são os aspectos para a adoção por casais do mesmo sexo no Brasil. Almejado este objetivo, alinha-se o surgimento da adoção bem como sua finalidade e o embasamento legal que dispõe para a adoção em tela.

Ocorreu por método conceitual-analítico, através de entendimentos de outros autores, os quais possuem explicações sobre o mesmo fim de estudo. Foi redigida com base na pesquisa qualitativa, não utilizando-se métodos estatísticos e sim da interpretação dos resultados colhidos.

Realizou-se através do método dedutivo, em um processo de análise por meio de citações doutrinárias, artigos e jurisprudência, para que se possa chegar à conclusão dos principais aspectos jurídicos da adoção por casais homossexuais.

5 RESULTADO E DISCUSSÃO

Tomando por base o Código Civil, observa-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente fica expressamente proibido a adoção por casais do mesmo sexo. Entretanto com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, a Suprema Corte do Brasil reconheceu a união estável de homossexuais.

Ocorre que, em que pese o reconhecimento do direito, que inclusive não se restringe a união estável, permitindo inclusive que pessoas do mesmo sexo possam se casar civilmente e por vias genéticas, gerar descendentes, sendo relevante que haja amparo em lei para que estes casais possam adotar. Nesse sentido Brito (2000, p. 55) leciona que:

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

Via de regra, na maioria quase absoluta dos casos, homossexuais são filhos de casais “tradicionais”, ou seja, homem e mulher sofrendo assim grande interferência, por exemplo dos pais, em serem heterossexuais. Pode-se considerar esdrúxula a ideia de que uma criança criada por pais de mesmo sexo tendesse a sentir atração por outra de mesmo sexo. É de suma importância ressaltar a inadequação de conceitos arcaicos e avanço no tocante a construções que anteriormente consideravam a homossexualidade como doença, e ainda descartou que a hipótese de ser mera escolha do indivíduo.

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

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

[...] se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade, por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

Em outro julgamento, no REsp. nº 1.281.093, a Ministra Nancy Andri ghi ponderou que:

[...] a plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável, se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.

Assim sendo, se a adoção for constituir benefício pleno ao adotando deve ser efetivada, dado o princípio da proteção à criança e ao adolescente. O Direito, e principalmente aqueles que o aplicam, saindo da ideia para a idade diária, não pode permanecer inerte, e deve atender aos que o clamam e que desta forma casais homoafetivos continuem adotando cada vez em maior número.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

A partir dos estudos realizados, compreendeu-se que a família se modificou ao longo dos anos, cedendo espaço para novas formas de se constituir o núcleo familiar. No entanto,

mesmo com o reconhecimento de que essa instituição não mais segue o modelo do patriarcado, é notório o preconceito voltado aos casais homoafetivos que desejam adotar.

Embora outros ordenamentos jurídicos já tenham positivado a adoção homoafetiva, qual seja baseada no Princípio da Afetividade, o Brasil ainda se apoia no discurso de que a família somente será legítima se provier de um casal formado por homem e mulher. No entanto, mesmo que não se encontre normatizada no ordenamento pátrio, a atual jurisprudência aceita que casais homoafetivos possam adotar, considerando-se o Princípio do melhor interesse do menor. Isso reforça a tendência de que no futuro, o fato da família ser constituída ou não por casais homoafetivos não terá tanto peso, pois o que será de maior relevância estará na vida digna a ser oferecida a quem for adotado.

Finalizando o estudo proposto, destaca-se que a primeira hipótese, a de que falta embasamento jurídico que expresse diretamente a adoção homoafetiva. Quanto à segunda hipótese, também foi confirmada, uma vez no Melhor Interesse do Menor, o que deveria contar é a segurança e afeto necessários para que o adotado possa viver com dignidade. Conquanto isso seja exposto na legislação, casais homoafetivos não conseguem adotar com a mesma facilidade que os casais heteronormativos. A terceira e última hipótese também se confirmou, pois os referenciais teóricos contidos na pesquisa demonstraram como as mudanças no conceito de família foram instituídas.

ADOPTION BY HOMOSEXUAL COUPLES: ANALYZE ABOUT LEGAL ASPECTS

ABSTRACT

This research has as its subject the adoption, being delimited in the legal study of the Institute of the Adoption by homosexual couples. It is understood that the adoption comes from the recognition of the affiliation bond through the legal act, which, after consummation, will not incur in distinction of biological affiliation. In this sense, the research turned to the study of adoption by same-sex couples, aiming to answer if they have the same adoption rights as heterosexual couples. Nevertheless, one of the objectives of the research was to discuss the historical, legal and social aspects, in which the adoption is inserted. With a bibliographic nature, the theoretical references that supported the discussions were sought in the legal literature, with the result that the Principle of Best Interest for Minors, as well as the Principle of Affection justify the possibility of adoption by same-sex couples.

Keywords: Adoption. Homo-affective. Legislation.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, J. F. de. Adoção por pares homoafetivos no Brasil. *Revista Jus Navigandi*. 2017. Não paginado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59370/adocao-por-pares-homoafetivos-no-brasil>>. Acesso em: 11 de nov. de 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: ed. Senado, 1988.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889852. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: L M B G. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 27 abr. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4/inteiro-teor-16839763>>. Acesso em: 04 de nov. 2020.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1281093. Recorrente: Ministério Público Estado de São Paulo. Recorrido: D H M E S. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 18 dez. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23042089/recurso-especial-resp-1281093-sp-2011-0201685-2-stj/inteiro-teor-23042090>>. Acesso em: 04 de nov. 2020.
- _____. Presidência da República. Lei nº 3.133 de 8 de maio de 1957. Atualiza o Instituto da Adoção prescrita no Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 08 de maio.1957. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/13133> Acesso em: 12 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. Lei nº 4.655 de 02 de junho de 1965. Dispôs sobre a legitimidade adotiva. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 02 de junho. 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14655.htm> Acesso em: 12 de outubro de 2020.
- _____. Presidência da República. Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. 10 de out. 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16697.htm > Acesso em: 15 de outubro de 2020.
- BRITO, F. de A. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000.
- CHAVES, A. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro-direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2015
- FARIAS, C. C; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil :Direito das Famílias*. Vol. 6. Editora Juspodivm: 2012
- FINDLAY, E. A. G.; COSTA, M. A. GUEDES, S. P. L. C. *Guia para elaboração de projetos de pesquisa*. 2. ed. Joinville: Leitura, 2006.

- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil: Direito de família. As famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GIRARDI, V. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GOMES, O. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2002
- GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRANATO, E. F. R. *Adoção: doutrina e prática*. Curitiba: Editora Associada, 2013.
- LÔBO, P. *Código Civil comentado. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JUSTI, J.; VIEIRA, T. P. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.
- MADALENO, R. *Manual de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MARCÍLIO, M. L. *História social da criança abandonada*. São Paulo: Hucetec, 2018.
- MENDES, T. A evolução histórica do instituto da adoção. *Revista Conteúdo Jurídico*. 2011. Não paginado. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/26739/a-evolucao-historica-do-instituto-da-adocao>> Acesso em: 20 de outubro de 2020.
- OLIVEIRA, E. G. de. *Adoção: Uma Porta para a Vida*. São Paulo: Servanda, 201
- RODRIGUES, D. A. V. *Dicionário de brocardos jurídicos*. São Paulo: Ateniense, 2015.
- SCHLOSSARECKE, I. J. Requisitos para adoção no Brasil. *Revista Jus Brasil*. 2015. Não paginado. Disponível em: <<https://iedasch.jusbrasil.com.br/artigos/215397194/requisitos-para-adocao-no-brasil>>. Acesso em: 31 de out. 2020.
- SILVA FILHO, A. M. da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência e anulação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- VERONESE, J. R.; PETRY, J. F. C. *Adoção internacional e MERCOSUL: Aspectos jurídicos e sociais*. 1 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2013.
- WALD, A. *Curso de Direito Civil Brasileiro. O Novo Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2014.