



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

FRANCISCA DE PAULA CELESTE DE SÁ RESENDE MARQUES

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS
HOMOSSEXUAIS E OS ASPECTOS PROCESSUAIS À LUZ DA LEI
NACIONAL DE ADOÇÃO

SOUSA - PB
2011

FRANCISCA DE PAULA CELESTE DE SÁ RESENDE MARQUES

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAIS
HOMOSSEXUAIS E OS ASPECTOS PROCESSUAIS À LUZ DA LEI
NACIONAL DE ADOÇÃO

Monografia apresentada a Coordenação de Pós-Graduação do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Esp. Monnizia Pereira Nóbrega.

SOUSA - PB
2011

FRANCISCA DE PAULA CELESTE DE SÁ RESENDE MARQUES

A possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais e os aspectos processuais à luz
da Lei Nacional de Adoção

Trabalho Monográfico apresentado ao Curso
de Pós-graduação *lato sensu* em Direito
Processual Civil do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de
Campina Grande, como exigência parcial da
obtenção do Título de Especialista em Direito
Processual Civil.

Orientador(a): Monnizia Pereira Nóbrega

Banca Examinadora:

Data de Aprovação:26/05/2011

Orientador: Prof.(a) Monnizia Pereira Nóbrega

Prof.(a).Petrúcia Marques Sarmento Moreira

Prof. Paulo Abrantes de Oliveira

A DEUS

Aos meus filhos.

Ao meu esposo

Aos meus pais.

Aos meus irmãos, a minha sobrinha e cunhadas.

Aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, todo Poderoso, por todas as graças que me tens concedido..

Aos meus filhos, Pedro Henrique e Maria Clara, presentes de Deus.

Aos meus pais, Paulo e Nisce, por serem meu eterno porto seguro.

Ao meu amado esposo, George, pela paciência e compreensão.

Aos meus irmãos, Paulynelli e Deocleciano, por essa bonita aliança fraterna

As minhas cunhadas Nayara e Cristianne, pelos laços de irmandade.

Aos meus sogros, Sales e Solange, aos meus cunhados, cunhada e sobrinhos, pela família admirável.

Aos meus colegas de trabalho, pelo incentivo diário.

A minha Professora Orientadora, Monnizia Pereira Nóbrega , pela gentileza e comprometimento em repassar seus sábios conhecimentos e experiência acadêmica

Aos demais Professores da Especialização e colegas de turma.

**"A justiça pode caminhar
sozinha, a injustiça precisa
sempre de muletas e
argumentos".
(Nicolae Iorga)**

RESUMO

A adoção é tomar por si, alguém como filho. O instituto da adoção é uma das modalidades de colocação em família substituída prevista no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta, a mais completa, no sentido que alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo jurídico de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. O presente estudo tem como principais objetivos compreender os fundamentos que constituem a base da adoção no Brasil e verificar a possibilidade jurídica dos casais homossexuais adotarem, bem como, se buscará perquirir dentro do contexto social em que se encontra inserida a família pós – moderna, as razões que podem justificar ser ou não a heterossexualidade condição para legitimar o deferimento da adoção no Brasil. Ademais com o advento da Lei 12.010/09 (Lei Nacional da Adoção) veio aperfeiçoar os trâmites legais da adoção, e, por conseguinte garantir mais efetividade quanto ao direito das crianças e dos adolescentes à convivência familiar, fortalecendo e preservando assim, a família de origem e evitando ou abreviando ao máximo que esses menores permaneçam em programas de acolhimento institucional, alterando substancialmente sob a ótica processual o instituto da adoção. A pesquisa é conduzida por meio de levantamento bibliográfico referente ao tema, seleção do material adquirido, e em seguida foram feitos fichamentos do material selecionado, entre eles, livros, revistas, doutrinas, jurisprudências, artigos da internet, julgados de Tribunais, e outras publicações, bem como, análise da legislação que regulamenta o instituto da adoção. Ao analisar a possibilidade jurídica de casais homoafetivos adotarem, percebe-se, contudo, que os lares constituídos por estes casais podem ser ambientes normais para o regular desenvolvimento sócio-educativo de qualquer criança tendo em mira que, igualmente do que ocorre na família cujo poder familiar está nas “mãos” de heterossexuais, em vários desses lares existem os mesmos valores preconizados pela tradicional família heteroafetiva. Desta feita, o enfoque social dado ao instituto da adoção deve, sobretudo, somente ser deferido quando apresentar reais vantagens para a adotando e fundar-se em motivos legítimos. Conclui-se que, sob tais perspectivas, sedimentam-se, nos mais diversos segmentos da área jurídica, o entendimento - ao qual aderiu este estudo monográfico - de não haver obstáculos de fato e de direito no tocante à adoção por parte dos, atualmente denominados, casais homoafetivos.

Palavras-chaves: Adoção, Casais Homoafetivos, Lei Nacional de Adoção

ABSTRACT

Adoption is taking another pair, one as a child. The institution of adoption is one kind of placement in a foster family under Brazilian law, which is the most complete in the sense that someone down, regardless of any family relationship by blood or affinity, a legal bond of membership, bringing his family, on condition that the son, who, generally, it is strange. O present study has as main objective to understand the fundamentals that underpin the adoption in Brazil and to verify the legal possibility of gay couples to adopt and, if it seeks perquerir within the social context in which it is inserted after the family - modern, reasons that can justify or not heterosexuality condition to justify the acceptance of adoption in Brazil. Also, with the advent of Law 12.010/09 (National Adoption Law) has improved the legal procedures of adoption, and therefore ensure more effective for the right of children and adolescents to family, strengthening and preserving thus the family origin and avoiding or shortening the maximum that these children remain in residential care programs, substantially altering the perspective of the institute procedural adoption. The survey is conducted by using literature on the topic, selection of material acquired, and then were made of material selected annotated, including books, magazines, doctrine, jurisprudence, internet articles, Justices of the Courts, and other publications and, review of legislation governing the institution of legal adoption .An examine the possibility of gay couples to adopt, it is clear, however, that households consisting of couples these environments may be normal for the regular socio-educational development of any aiming at children that also occurs in the family than family whose power is in the "hands" of heterosexuals in many of these homes are the same values established by traditional family heteroafetiva. This time the focus given to the social institution of adoption should above all, only be granted when there are real advantages to adopting and be based on reasons legitimates. Concludes that, with these perspectives, silted up, in various segments of the legal profession, understanding - which joined this monographic study - there are no obstacles in fact and law regarding the adoption by the currently known, gay couples.

Keywords: Adoption, Gay Couples, National Adoption Law

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DA ADOÇÃO	12
2.1 Conceito e historicidade	12
2.2 Tratamento Legal.....	16
2.3 Da família Substituta	18
3 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.....	23
3.1 Da possibilidade jurídica no ordenamento pátrio	23
3.2 A adoção por casais homoafetivos no Direito Comparado	25
3.3 Posicionamento dos Tribunais Brasileiros acerca do tema.....	28
4 A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS E A LEI NACIONAL DE ADOÇÃO.....	33
4.1 Análise jurídica da Lei Nacional de Adoção	33
4.2 Adoção: alterações processuais introduzidas pela Lei 12.010/2009	36
4.3 Adoção por casais homossexuais à luz da Lei 12.010/2009.....	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	53

1. INTRODUÇÃO

É a adoção o ato de tomar para si, alguém como filho. O instituto da adoção é uma modalidade de colocação em família substituta prevista no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta, a mais completa, no sentido que alguém estabelece independente de qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para a sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Assim terá o presente trabalho o objetivo de analisar a legislação processual pertinente aos procedimentos do instituto da adoção no cenário jurídico brasileiro à luz da Lei 12.010/2009, que alterou os dispositivos relativos a adoção na Lei nº 8.069/1990(Estatuto da Criança e do Adolescente) e revogou os que tratavam a respeito no Código Civil. Bem como, se buscará especificamente, compreender os fundamentos que constituem a base da adoção no Brasil, verificar a possibilidade jurídica dos casais homoafetivos de postularem à adoção, de forma a constatar no contexto social em que se encontra inserida a família pós-moderna, que a heterossexualidade não constitui condição para legitimar o deferimento da adoção no Brasil.

Dessa forma, a pesquisa reportar-se-á a uma discussão polêmica que traz como tema a Possibilidade Jurídica da adoção por casais homoafetivos à luz da Lei 12.010/2009, considerando as principais alterações sob a ótica processual. Posto existir no cenário jurídico brasileiro lacunas no que tange a admissibilidade de casais homossexuais postularem à adoção, além da ausência de uma postura definitiva e unânime por parte dos Tribunais neste sentido.

É importante ressaltar que todos os requisitos legais devem ser respeitados para inserir uma criança ou adolescente em uma família substituta, a saber: apresentar a documentação exigida na petição inicial; o acompanhamento do Ministério Público desde a fase de habilitação até a sentença; a presença da equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude; a participação dos postulantes aos programas oferecidos pela Justiça da Infância e Juventude. Levando em conta esse raciocínio, podem os casais homoafetivos postularem a adoção de uma criança ou adolescente através de um processo legal, assim como um casal heterossexual.

Diante da justificativa ora apresentada, verifica-se que o estudo acerca da possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos, considerando as principais alterações processuais trazidas pela Lei 12.010/2009, é indispensável para a compreensão da

admissibilidade desse pleito envolvendo duas vertentes marginalizadas pela sociedade, qual seja: de um lado uma criança sem família e de outro lado casais discriminados pela opção sexual. Diante dessa conjectura reconhece que não existe plenitude na legislação positiva, por mais atento às circunstâncias sociais, por mais que o legislador se esforce para alcançar a perfeição, ainda, ele deixará de disciplinar certas relações fáticas, que, todavia, o Direito tem de alcançar.

Sendo assim, poderá se afirmar que mesmo diante da omissão prevista na Lei 12.010/2009, é possível a adoção por casais homoafetivos? E o que se buscará constatar é que é sim possível tal fato jurídico, posto que não há na nova legislação qualquer impedimento de ordem material nem processual, assim uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos poderão casais homoafetivos postularem uma adoção.

Para tanto, a pesquisa se conduzirá por meio de levantamento bibliográfico referente ao tema, seleção do material adquirido, e em seguida a realização de fichamentos do material selecionado, entre eles, livros, revistas, doutrinas, jurisprudências, artigos da internet, julgados de Tribunais, e outras publicações, bem como, analisará a legislação que regulamenta o instituto da adoção. E também, se fará uso dos métodos dedutivo, comparativo e histórico-evolutivo.

O presente trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro abordará o conceito e a historicidade do instituto da adoção e a evolução da legislação pertinente ao tema desde Roma até os diplomas legais vigentes, bem como se apresentará a família como instituto de afeto e cooperação, abordando as famílias alternativas, em especial, constituídas por casais homoafetivos.

Por sua vez, no segundo capítulo tratar-se-á da adoção por casais homoafetivos no ordenamento jurídico pátrio, realizando uma retrospectiva da legislação brasileira no que tange ao tema desde o Código Civil de 1916, passando pelo Estatuto da Criança e do Adolescente(ECA), fazendo um paralelo das mudanças ocorridas com o Código Civil de 2002, bem como, as alterações ocorridas com a Lei 12.010/2009, que afetaram tanto o ECA quanto o Código Civil, apresentando os posicionamentos dos tribunais brasileiros acerca do tema. Finalmente o terceiro capítulo se voltará à adoção por casais homoafetivos à luz da Lei 12.010/2009, ressaltando-se a finalidade e princípios informadores desta lei, ainda apontando as principais alterações na ótica processual desta.

O estudo do tema ora apresentado ganha peculiar relevância, vez que se tratará de uma pesquisa polêmica no cenário jurídico brasileiro, notadamente em face da ausência de uma postura definitiva pela jurisprudência e doutrina pátrias acerca da possibilidade jurídica da

admissibilidade da adoção por casais homossexuais, que é decorrente da própria omissão legislativa.

Ante o exposto, vê-se que é salutar o estudo acerca da possibilidade jurídica de casais homoafetivos postularem à adoção, e avaliar o quanto deve pesar na balança do Direito, a condição da opção sexual de um cidadão, que pleiteia a adoção de uma criança ou adolescente, posto a necessidade de um menor ser colocado em uma família, que o possibilite reais condições de vida.

2-DA ADOÇÃO

A adoção foi instituída com o fim de dar filhos àqueles que não podiam tê-los, bem como preservar a perpetuação da família, tempos depois esse instituto passa a ter outro vínculo jurídico, qual seja, o de uma pessoa ou um casal assumir como filho, uma criança ou adolescente, gerado por outras pessoas, tornando filho pela lei e pelo afeto. Hodiernamente esse vínculo estabelece, entre adotante e adotado, um liame civil irrevogável e definitivo de paternidade e filiação, com todos os efeitos legais.

2.1- Conceito e historicidade

A adoção é um vínculo jurídico através do qual uma pessoa ou um casal assume como filho uma criança ou adolescente gerando por outras pessoas, tornando filho pela lei e pelo afeto. O próprio termo, adoção, origina-se do latim, *adoptio*, que significa tomar alguém com filho.

De acordo com Wald(1991, p.183) é a adoção “um ato bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para os quais tal relação inexiste naturalmente.”E complementa Diniz(2004, p.367), afirmando ser a adoção: “o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consaguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

A adoção é, portanto, o vínculo de parentesco civil que se estabelece, entre adotante e adotado, um liame civil irrevogável e definitivo de paternidade e filiação, com todos os efeitos legais, capaz de desligar o adotado de qualquer vínculo com os pais biológicos, exceto com relação aos impedimentos matrimoniais.

Quanto a natureza jurídica do instituto em tela, a doutrina apresenta posições distintas, havendo portanto, cinco correntes que tentam explicar tal característica. Porém, a que melhor se amolda aos tempos atuais é a que vê a adoção como verdadeiro ato complexo, tendo em mira que, para a prática deste, concorrem os interessados e o Estado. Assim, na concepção dos que assumem esse entendimento, a exemplo de Tavares(2001) dois são os momentos verificados na formalização do ato. O primeiro é percebido na fase postulatória,

através da manifestação de vontade das partes envolvidas; e o segundo revela-se na oportunidade em que o Poder Público intervém, deliberando, através de competente sentença, acerca da conveniência ou não da adoção.

Desde as civilizações mais remotas, a adoção foi instituída com o fim de dar filhos àqueles que não podiam tê-los, bem como preservar a perpetuação da família. Sendo regulamentado por diversos sistemas jurídicos, a exemplo do Código de Manu e do Código de Hamurabi, estes, exercendo importante função social e política na Grécia. Porém, fora no Direito Romano, que o instituto da adoção teve grande notoriedade. Em Roma, assim como em outras civilizações, a adoção tinha inspiração religiosa, pois objetivava dirimir riscos de extinção da família. O citado ordenamento disciplinava três modalidades de adoção: a) adoção testamentária (*adoptio per testamentum*), que destinava a produzir efeitos após a morte do testador, sendo necessária a confirmação da cúria; b) a ad-rogação (*ad rogatio*), pelo qual o adotado capaz se desligava de sua família de origem e se tornava um herdeiro de culto do adotante, havendo o consentimento de ambos, nesta modalidade o Estado tinha interesse, visto que, na ausência de continuador de culto doméstico ocasionaria a extinção de uma família; c) e a adoção propriamente dita (*datio adoptionem*), pela qual o incapaz se desligava de sua família de origem, sendo necessário que seu pai de sangue o emancipasse por três vezes, na presença do adotante. Ressalta-se que, somente aos homens era concedida a faculdade de adotar, em decorrência do próprio fundamento religioso do instituto. Somente, no século VI o Direito Justinianeu permitiu que as mulheres que tivessem perdido os filhos adotassem.

No que tange ao Direito Brasileiro, o instituto da adoção foi introduzido através do Direito Português, sendo aplicado do período da monarquia até o advento do Código Civil de 1916. Foram os europeus, por meio do que se chamava “Roda dos Expostos” - nome atribuído ao lugar onde crianças enjeitadas pelos pais biológicos eram abandonadas - que introduziram a prática da adoção. O Código Civil de 1916 consagrou o instituto supracitado no ordenamento jurídico brasileiro, através dos seus arts. 368 e seguintes. Tais dispositivos, contudo, previam a formalização do ato de adoção através de Escritura Pública, além de exigir a idade mínima de 50 anos para o adotante, assim como a comprovação de uma diferença entre a idade deste e a do adotando de 18 anos. Destaca-se também a possibilidade da dissolução da adoção, haja vista que não predominava nesse período o aspecto assistencialista do instituto, na medida em que se priorizava tão somente dar filhos àqueles que não podiam tê-los naturalmente.

Em 1924, através do Decreto-lei nº 4.827, houve uma reorganização dos Registros Públicos instituídos pelo Código Civil de 1916, ao ser estabelecido que, a partir de então, no

Registro Civil de Pessoas Naturais deveria constar nas respectivas Escrituras Públicas o correspondente ato de averbação no assentamento primitivo, porém, as informações sobre o estado anterior do adotando não podiam estar contidas no referido registro. No mesmo sentido, o art. 110 do Decreto-lei nº. 18.542/28, corroborando a regra inserta no art. 39, § 1º, V, do Decreto-Lei de nº. 4.857/39, passou a prevê a realização da averbação como condição necessária para constituir a adoção, estabelecendo, inclusive, que devem ser averbados no registro os atos causadores de sua dissolução.

Em 1957, com as mudanças no Código Civil de 1916, em virtude da promulgação da Lei de nº. 3.133, advieram algumas modificações referentes ao instituto em estudo, a citar: a) a idade mínima, para o adotante, passou a ser de 30 anos, assim como a diferença de idade entre este e o adotando de 16 anos; b) a imposição de estarem os interessados em adotar, legalmente casados a pelo menos 05 (cinco) anos e um dos cônjuges ter mais de 30 anos; c) ser dispensado o lapso temporal exigido em relação ao matrimônio, se fosse comprovada a esterilidade de um dos adotantes e a estabilidade conjugal dos mesmos. Depreende-se, portanto, ter sido introduzido, com tais inovações, o caráter assistencialista, vez que, exemplificativamente, aqueles que já constituíam uma família, poderiam agora adotar, sem, contudo, relegar ao adotado os respectivos direitos sucessórios.

Por sua vez, a Lei 4.655/65 instituiu a chamada “Legitimação Adotiva”, em que não se admitia condição, nem termo, a fim de garantir do direito de igualdade entre o adotando e os filhos legítimos. Essa regra aplicava-se somente aos menores em estado irregular, bem como àqueles com até cinco anos de idade. Exigia-se ainda, o consentimento dos pais biológicos do adotando e decisão judicial deferitória do requerimento. Mas foi com o Código de Menores, Lei nº. 6.697/79, que veio à baila duas espécies de adoção: a simples e a plena. A simples era regida pela lei civil e, quando o pedido fosse deferido, os interessados deveriam indicar, no requerimento, os apelidos da família a fim de que constasse no alvará e na escritura a conseqüente averbação a ser assentada no Registro do menor. Já a adoção plena atribuía ao adotando a desvinculação com os pais biológicos e parentes, salvo no que se refere aos impedimentos matrimoniais. Exigia-se, inclusive, um período de 01(um) ano de estágio de convivência do menor com os requerentes.

Cumprê ressaltar que a sentença concessiva da adoção plena tinha efeito constitutivo e deveria ser inscrita no Registro Civil mediante mandado, do qual não se fornecia certidão, tendo em mira que o registro original do menor era cancelado. Observa-se, na oportunidade, que não é outra a orientação fornecida pela norma contida no artigo 47, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, senão esta. Finalmente, a adoção plena era irrevogável.

Hodiernamente, as bases jurídicas do instituto em estudo estão insculpidas na Constituição da República de 1988 em seu artigo 227, consagrando definitivamente o princípio da igualdade entre os filhos adotivos e os naturais; e na Lei 8.069/90 (ECA), considerado mundialmente um dos mais avançados estatutos no que tange à infância e a adolescência. Ao tempo em que foram extintas as espécies de adoção simples e plena, deu-se origem, por meio da Lei referida, uma só que iguala os direitos entre filhos legítimos, ilegítimos e adotados.

O referido Estatuto prevê, finalmente, reais vantagens ao adotando, vez que este é concretamente seu objeto principal, de molde que todas as adoções passaram a ser regidas por este diploma legal, com exceção das dos maiores de 18 (dezoito) anos, cuja regulamentação encontrava-se definida no Código Civil, o qual salientava-se que se o indivíduo contasse com idade igual ou inferior a 18 (dezoito) anos, na data do pedido de adoção, ainda assim seria tal pleito regido pelas disposições da Lei 8069/90, conhecido no seio social como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Atualmente, com a promulgação da Lei nº 12.010/2009, ocorreram alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como se revogou os dispositivos do Código Civil relacionados a adoção, passando esta a ser regida em todos os aspectos pelo ECA. Vale ressaltar algumas modificações, a saber: a) a idade para pleitear a adoção é de 18 anos, independentemente do estado civil; b) para adoção conjunta é necessário que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família; c) há uma regulamentação para inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica. Ainda, preleciona que esgotadas todas as possibilidades da criança ou adolescente permanecer em família natural será colocada sob adoção, sendo resguardado todos os direitos de um filho natural.

Destarte, percebe-se perfeitamente que com o decurso do tempo tem-se conseguido relevantes modificações na seara da adoção, precipuamente no sentido de conseguir uma família para uma criança e não uma criança para satisfazer as necessidades de um casal sem filhos. Com efeito, os interesses do adotando estão, sobremaneira, num patamar mais elevado do que os dos adotantes.

2.2 Tratamento Legal

A legitimidade para adotar, no Brasil, é insculpida no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, porém, hodiernamente, tais diplomas legais foram alterados pela Lei 12.010/2009. Assim, antes das alterações, o Estatuto da Criança e do Adolescente, determinava que só as pessoas maiores de 21 anos detinham legitimidade para adotar. Com o advento da Lei Nacional de Adoção a idade mínima para postular no processo de adoção, no pólo ativo, é de 18 anos, como já prelecionava o Código Civil em seu art.5º, ao afirmar que, 'a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil'. Entretanto, vale lembrar que essa legitimidade (ativa) reclama outros requisitos. Isso porque, determinadas pessoas, conforme a posição jurídica frente ao adotando, estão impedidas de celebrar, validamente, o ato de adotar, mesmo que comprovem a maioridade.

Fala-se, neste sentido, em impedimento parcial e total. O primeiro, refere-se às figuras do tutor e do curador, que só serão legítimos adotantes após a exoneração do respectivo múnus público, daí denominar-se parcial, e o impedimento total, a seu turno, recebe essa nomenclatura em vista da previsão da impossibilidade definitiva que recai sobre as pessoas específicas para a prática do ato de adotar. Cita-se o caso da restrição contida no § 1º, do art. 42, do ECA, que proíbe, de forma perpétua, os ascendentes e irmãos do adotando de adotá-lo. Tem-se, destarte, que se trata de proibição total. Em sede de legitimidade passiva, estatui-se que todas as crianças e adolescentes que não possuam família natural podem ser adotadas, diz-se, ao mais, não só essas, mas qualquer uma, cuja impossibilidade de reintegração ao seio familiar primitivo seja verificada, e mesmo atingindo a maioridade, 18 anos, esses podem, figurar no pólo passivo, do processo de adoção, conforme dispõe o art. 1.619 do Diploma Civilista, *in verbis*:

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.

Ressalta-se que a adoção compreende tanto a de crianças e de adolescentes como, inclusive, a de maiores. Obviamente, diante do caráter eminentemente público desta espécie de ato, é exigido procedimento judicial em ambos os casos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu artigo 42, os seguintes requisitos para ter legitimidade ativa no processo de adoção, a saber: a) idade mínima de dezoito anos para o adotante, independente do estado civil (art. 42, ECA); b) a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família (art.42,§ 2º, ECA); c) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 42, § 3º, ECA); d) os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contando que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio tenha iniciado na constância do período de convivência, ou que seja comprovada a existência de vínculo de afetividade e afinidade com o detentor da guarda, que justifique a excepcionalidade da concessão (art. 42,§ 4º, ECA)

A adoção realizada por ambos os cônjuges ou companheiros só poderá ser formalizada desde que um deles tenha dezoito anos de idade e comprovada estabilidade da família. Seguindo a linha de exigências, dispõe o § 2º do art.42, da Lei 12.010/2009 que, “para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Para a adoção por tutores e curadores, relembre-se, é necessária a exoneração do múnus público, que só se dará com prestação de contas administrativa e o pagamento de eventual saldo devedor. Bem como, releva notar, desde logo, que, em todos os casos, a morte do adotante não tem condão de restaurar o poder familiar dos pais naturais, caso em que o adotado ficará sob tutela.

No tocante aos principais efeitos da adoção, costuma-se dividi-los em efeitos de ordem pessoal e de ordem patrimonial. Os de ordem pessoal estão relacionados ao parentesco, ao poder familiar e ao nome; os de ordem patrimonial concernem aos alimentos e ao direito sucessório. Outro ponto importante é que com a adoção, o filho adotivo passa a ser equiparado ao consangüíneo sob todos os aspectos, haja vista que fica agora sujeito ao poder familiar dos adotantes. Desse modo, a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

Noutro passo, se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, permanecem inalterados os vínculos de filiação entre o adotado e seu pai ou mãe natural. Frisa-se, enfim, que as relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste, bem como entre o adotado e

todos os parentes do adotante. É de consignar, ainda, que, em função da impossibilidade da impugnação do reconhecimento da adoção por parte do adotante é ineficaz qualquer termo ou condição que venha a subordinar tal ato.

Inobstante as restrições mencionadas, tem-se, haja vista o enfoque social dado ao instituto da adoção por meio da ordem sugerida com a Constituição da República de 1988, que uma das mais distintas regras a serem observadas é a contida no artigo 43 do ECA que estabelece que: “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para a adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Dessume-se, por conseguinte, que o norte apresentado pelo legislador aponta para a concreta tutela dos interesses da pessoa que venha a ser adotada, portanto, não há se falar em qualquer restrição com relação ao pretense adotante no que tange a sexo, cor, religião, preferência sexual, sob pena de manifesta afronta aos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Assim, na ótica da referida legislação, tal instituto tem por objetivo primordial solucionar o problema da paternidade irresponsável, bem como do menor desassistido. Neste sentido, em face da ausência dos pais biológicos ou pela destituição do poder familiar, ou ainda quando tais genitores autorizam o pedido da adoção. Assim, de ordem de exigências acima expedidas, infere-se inexistir qualquer impedimento legal capaz de restringir a adoção por casais homossexuais. É dizer, ao contrário, a consagração dos direitos fundamentais, precisamente através do princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, faz levar ao raciocínio que seja o entendimento de que tal modalidade de adoção não é apenas permitida, mas deve, sobretudo em função de sua relevância jurídica, ser protegida legalmente.

2.3 Da Família Substituta

A história da família substituta é quase tão antiga quanto à humanidade. Brota do espírito de solidariedade enrustido no ser humano e se destina a suprir as mais diversas possibilidades de ausência da família natural. Prevalente que a regra é a permanência dos filhos junto aos pais biológicos, no entanto, há situações que obrigam o distanciamento do infante, provisória ou definitivamente, dos seus genitores. Tais situações delineiam-se até mesmo nas fábulas e lendas que durante séculos foram contadas de pai para filho, perpetuando a idéia de adoção e família substituta como carácter social. Veja-se a exemplo a fábula dos irmãos Rômulo e Remo, criados por uma Loba; ou a história do *lord* inglês que foi

cuidado por gorilas; a lenda de Mogli, o menino das selvas; e a milenar história de Moisés, que sem saber, foi criado como herdeiro do faraó, sendo filho de escravos.

Pungente, pois, na história do homem e na sua imaginação, inúmeros casos de família substituta; podendo-se constatar, sobremaneira, nos exemplos acima mencionados a facilidade e a perfeita adequação da criança à família que a recebe, compartilhando seus costumes e os adotando para si. Ademais, percebe-se uma acentuada relação afetiva entre a família substituta e a criança, em que pese às diferenças aparentemente intransponíveis, quais sejam, a irracionalidade ou a realeza.

Esse aspecto - a fácil adequação - mais do que presente em fábulas ou lendas, é comprovado pela realidade atual, que mostra com muito vigor, cada vez mais, circunstâncias e situações, como a pobreza e o abandono, de que exsurge a família substituta como única solução possível. Preleciona Pereira (2000, p.585), que:

As famílias substitutas e os pais sócios cumprem também a função de suprir o desamparo e abandono, ou pelo menos parte dele, das crianças e adolescentes que não tiveram o amparo dos pais biológicos. Assim podemos dizer que o ECA, além de ser um texto normativo, constitui também em uma esperança de preenchimento e respostas às várias formas de abandono social psíquicos de milhares de crianças.

É certo que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar à criança e ao adolescente, 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 colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. A Declaração Universal dos Direitos da Criança é incisivo ao afirmar no seu art. 6º que:

Art. 6º - Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais, e em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe.

Neste mesmo sentido, posicionam-se a Carta Magna, em seu art. 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 19, quando garantem a toda criança e a todo adolescente

o direito à convivência familiar, ou seja, o direito de ser criado e educado no seio de uma família. Vale ressaltar que, no mesmo dispositivo no § 1º do ECA preleciona que o caráter transitório da medida de abrigamento, em programas de acolhimento familiar ou institucional, deve ser aplicada em último caso a fim de proteger a criança ou adolescente em situação de violação de seus direitos, ainda, dispõe que a cada seis meses deve ser elaborado um relatório, por uma equipe multidisciplinar, reavaliando a necessidade daquela criança ou adolescente em permanecer naquela instituição, para que posteriormente a autoridade judiciária, decida de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta daquele.

A fim de proporcionar essa convivência familiar, em todas as situações possíveis, tem-se a Família Substituta, como sendo aquela que se propõe a trazer para dentro de sua casa uma criança ou um adolescente, tornando-o uma parte integrante daquele núcleo familiar com os mesmos direitos do filho de sangue, do filho natural. Esse indivíduo, então, passará a ser membro da família que o acolhe, que lhe proporciona um lar, amor, respeito e todos os benefícios que possam ser aferidos a ele, sobretudo, coma efetivação de sua cidadania.

O ideal, como se sabe, é que os filhos vivam em companhia de seus pais biológicos, todavia, não pode a sociedade se furtar de reconhecer a necessidade da colação em família substituta, quando a situação fática aponta para ela como solução mais acertada para o filho. No mais das vezes a situação motivadora do afastamento da criança ou adolescente de sua família natural é causada pelos próprios pais que os abandonam à própria sorte, restando a imperiosa necessidade de inseri-los em outra entidade familiar, a substituta, que objetiva suprir, em tese, todos ou parte dos encargos relegados pelos pais biológicos.

A colocação em família substituta não foi uma inovação do ECA, posto que a Lei nº. 6.697/79 (Código de Menores), já a estabelecia sob as modalidades de delegação do pátrio poder, hoje, denominado poder familiar, a guarda, a tutela, a adoção simples e a adoção plena. Hodiernamente, seguindo a linha do revogado Código de Menores, a colocação em lar substituto permanece com a natureza jurídica de medida de proteção (art. 101, IX do ECA), no entanto, possui apenas três modalidades: a tutela e a guarda, que possuem caráter provisório; e adoção que possui caráter definitivo. Mister frisar a impossibilidade de colocação em família substituta por meios outros que não os previstos no artigo 28 do ECA.

É a guarda a modalidade mais simples de colocação em família substituta. Não retira o poder familiar dos pais sangüíneos, diferentemente da tutela que pressupõe a suspensão ou mesmo a destituição do poder familiar, conforme o parágrafo único do artigo 36 do ECA. Por sua vez, a adoção modalidade juridicamente mais complexa de colocação em família

substituta, tem como consequência o rompimento dos vínculos de parentesco com a família natural, exigindo a destituição do poder familiar. Pois insere a criança ou o adolescente como membro da família, e, nesse caso, a proteção será muito mais integral. Através dela o adotante exercerá a paternidade em sua forma mais ampla, a paternidade do amor e do afeto. É a chamada paternidade escolhida, que nas palavras de Pereira(2000, p.585), é a verdadeira paternidade, haja vista estar ligada a escolha, ao desejo. Haja vista que não se direciona a preencher as expectativas de pessoas impossibilitadas de gerar filhos naturais, completando assim a família. Na maioria dos casos, dá-se ao contrário, a escolha é realizada pela criança ou adolescente, e nesse processo é que entra um ingrediente indispensável: o amor, a vontade de ser feliz. Assim posiciona-se Freitas(2001, p. 153), segundo a qual “ a adoção é sempre via de mão dupla, que pais e filhos se adotam e não os pais aos filhos e que essa relação de troca vai-se dando na órbita familiar mais ampla”.

Os requisitos gerais para o deferimento da guarda, da tutela ou da adoção, isto é, os pressupostos para o deferimento da colocação em família substituta, estão elencados nos artigos 28 e seguintes do ECA. A propósito, esses artigos norteiam a finalidade assistencial do instituto quando determinam a oitiva da criança ou do adolescente que será previamente ouvido por equipe interprofissional, modificação explícita pela Lei 12.010/09, em que prevê a presença dos servidores auxiliares encarregados de subsidiar o trabalho da Justiça da Infância e da Juventude, opinião que será levada em consideração, respeitando o grau de desenvolvimento e compreensão da criança ou adolescente (art. 28, §1º, ECA) e tratando-se de maior de 12 anos de idade, será necessário o consentimento do mesmo, colhido em audiência conforme prevê o art.28, § 2º, ECA.

Ressalta-se o cumprimento dos seguintes requisitos legais para a colocação da criança ou do adolescente em família substituta: a) a observância da relação de parentesco e afinidade ou afetividade entre o pretense guardião e o menor (art. 28, §3º, ECA);b) os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela, ou guarda da mesma família substituta, evitando o rompimento definitivo dos vínculos fraternais (art. 28,§ 4º, ECA); c) a preparação gradativa da família substituta e acompanhamento posterior pela equipe multidisciplinar a serviço da Justiça (art. 28, § 5º, ECA);d) a possibilidade de indeferimento da medida no caso de incompatibilidade ou ambiente inadequado (art.29, ECA); e) a proibição da guarda para terceiros ou entidades sem autorização judicial (art.30, ECA); f) a excepcional idade da adoção internacional como medida, não sendo cabível o deferimento de guarda provisória ou definitiva para estrangeiros não residentes no Brasil (art. 31, ECA); g) e a formalidade de um

compromisso firmado, mediante termo lavrado nos autos e registrado em Cartório em livro próprio (art. 32, ECA).

Com o advento da Lei 12.010/2009 tem-se um novo conceito de família, esculpido no art. 25 do ECA, assim, considera-se família,: “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”, ou seja, mesmo não sendo os parentes diretos da criança ou do adolescente, deve-se dar preferência a adoção dentro da família, isto é, tios, primos e parentes próximos, mas não diretos, têm preferência sobre o cadastro nacional e estadual de adoção. Essa previsão reafirma a necessidade de afinidade e afetividade da criança com os parentes, elementos fundamentais para garantir, de modo pleno, o direito à convivência familiar. Sendo a família substituta responsável em atender aos reais interesses do adotando, retirando-o da situação de abandono, para a inserção no seio de uma família, onde receberá a proteção necessária ao seu desenvolvimento.

3-ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

A temática em questão traz à baila vários questionamentos no tocante ao instituto da adoção por casais do mesmo sexo. De toda sorte, não há nenhuma lei que impeça a esses casais de pleitear a adoção, principalmente, quando esses convivem em um lar respeitável e duradouro, aptos a oferecerem um ambiente familiar adequado, proporcionando ao adotando uma assistência material, moral e intelectual, necessária ao desenvolvimento do mesmo.

3.1 Da possibilidade jurídica no ordenamento pátrio

No Brasil, juridicamente tratam o homossexualismo com indiferença, haja vista o Direito Positivado não fazer qualquer menção quanto à sua repressão nem tampouco à sua proteção. E é neste cenário que certa parcela de juristas inclina-se ao posicionamento que se deve não só reconhecer-se, mas dar-se a devida proteção jurídica à união homoafetiva. Preambulamente, deve-se deixar consignado que não há nenhum dispositivo legal a impedir a adoção em razão da opção sexual do adotante.

Sob essa ótica e considerando os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação, que os Tribunais Brasileiros passaram a conceder os direitos inerentes a essas uniões, conseqüentemente, o direito desses casais adotarem. Porém, há posicionamentos divergentes, dos quais se sobressai o entendimento de que a heterossexualidade é uma espécie de requisito subjetivo para adotar. Alguns doutrinadores, defendem a corrente que apregoa não ser possível a adoção requerida por casais homoafetivos. Os fundamentos relacionam-se, em suma, com questões de ordem moral e melhor ambiente para o desenvolvimento do adotando. Segundo Marmitt (1993,p.112), “se: de um lado não há impedimento contra o impotente, não vale o mesmo quanto aos travestis, aos homossexuais, às lésbicas, às sádicas, etc., sem condições morais suficientes. A inconveniência e a proibição condizem mais com o aspecto moral, natural e educativo.

No mesmo sentido, corrobora Brito (2005) para o qual os homossexuais têm um referencial desvirtuado do papel de pai e mãe, tal adoção poderia acarretar risco ao bem estar psicológico do adotado. Preleciona o mesmo (2005, p.55) que:

No caso de dois homossexuais que vivam juntos, muito embora não haja nenhum impedimento legal, entendemos que essa adoção não deveria ser possível, pois o adotado teria um referencial desvirtuado do papel de pai e de mãe, além de problemas sociais de convivência em razão do preconceito, condenação e represália por parte de terceiros, acarretando um risco ao bem-estar psicológico do adotado que não se pode ignorar.

Esta questão tem sido alvo de discussão em toda a doutrina internacional, seja a dos países mais tradicionalistas, seja a dos países mais receptivos às mudanças que frequentemente emergem das relações interpessoais. De toda a sorte, durante muito tempo os pedidos de adoção por homossexuais foram indeferidos e/ou improcedentes, em vista do argumento, simplista, de que uma convivência doméstica dessa natureza, considerada por muitos “anormal”, impediria um bom desenvolvimento da criança e do adolescente como pessoa.

A visão que a sociedade tem a respeito dessa relação homoafetiva, no entanto, é caricaturada por séculos de discriminação e preconceito, podendo-se afirmar que, diferentemente de suas crenças, casais homoafetivos, tanto quanto, casais heterossexuais possuem parceiros fixos, são fiéis um ao outro e buscam viver de maneira íntegra e harmônica em seus lares.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 29, prioriza a existência de reais vantagens para o adotando, ao dispor que: “não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”. Assim, ao trazer em seu bojo a expressão “ambiente familiar adequado”, cuja significância abrange desde os princípios morais, que devem reger a educação de uma criança até o que a sociedade chama de bons costumes, necessários à aceitação futura do adotante pelo meio.

Portanto a adoção, na esteira do artigo 29 do ECA, só será deferida àqueles que, comprovadamente, possuam comportamentos compatíveis com a natureza do instituto analisado, que apresentem conduta adequada e condições psicossociais de criar e educar uma criança ou adolescente. Observe-se que, é consequência de indeferimento da adoção requisitada por pessoas que não apresentem formação moral adequada, haja vista desvirtuar o que impõe o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a saber, o dever de assistência moral ao adotando. Não obstante, é inaceitável que a sociedade prejudique, pelo tão só fato de

serem os adotantes homossexuais, que os mesmos desfrutam de vida promíscua e desregrada, amparando-se nisso e no dispositivo supracitado para indeferir-lhes o pedido de adoção.

Tudo isso ocorre pelo fato do legislador não cumprir com sua verdadeira função, qual seja, de regulamentar as regras sociais de conduta. Existem no Congresso Nacional projetos de lei em trâmite, mas que nunca são levados à votação.

Deve-se atentar para o fato de que o Direito deve acompanhar os anseios da Sociedade, de forma a acolher tal possibilidade. E mais, que o Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), afirma no seu artigo 4º que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito", e no seu artigo 5º, complementa ordenando que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

Por ser, a hipótese aventada, um caso de omissão legislativa, caberá a aplicação analógica, ou consuetudinária do Direito, uma busca dos princípios gerais de direito; sempre atentado aos fins sociais da lei, e às exigências do bem comum. E, todos estes caminhos levam à possibilitar tais adoções. Assim pela analogia, conclui-se que é possível equiparar a adoção por homossexual à adoção por heterossexual, posto que o único elemento discrepante seja a orientação sexual do adotante, que não é requisito legal da adoção, e não poderia ser diferente, haja vista a proibição constitucional à discriminação de qualquer natureza.

3.2- Adoção por casais homoafetivos: estudo comparado

Muito se discute nas mais diversas comunidades jurídicas, sobre as legislações que admitem a união entre homossexuais, bem como acerca da possibilidade de regulamentação legal desta nos países que não a reconhecem. E em virtude da crescente quantidade de pessoas que lutam por esse reconhecimento, que determinadas vozes se levantam a fim de sustentar a necessidade de proteção jurídica para os, atualmente denominados, casais homoafetivos.

Cabe frisar que as primeiras justificativas situam-se no âmbito da similaridade de características entre tal enlace (união homoafetiva) e as uniões heterossexuais, quais sejam: convivência duradoura, mútuo compromisso emocional e financeiro e, sobretudo, o objetivo de constituir uma família. Soma-se no mais, que a questão em destaque, diante da perplexidade que em regra causa nos tradicionalistas, se encontra em diferentes estágios ao redor do globo, conforme a cultura do seio social em que ela está inserida.

A desembargadora Maria Berenice (*apud* FERNANDES, 2004), em seus estudos realizados sobre o tema, propõe uma classificação didática dos países, segundo o grau de liberdade e acolhida jurídica que os mesmos conferem às uniões homossexuais. Para tanto, aponta a autora o exemplo da cultura dos países Islâmicos e Mulçumanos, cuja repressão extrema ao homossexualismo, revela-se proveniente do apego aos usos e costumes que há milênios foram, e ainda são, proliferados por meio da religião. Fala-se, outrossim, do caso do Afeganistão, cujas leis penais chegam a considerar a homossexualidade como crime, ao qual são cominadas sanções de multa, prisão, banimento e, até mesmo, a pena capital.

Porém, existem países mais liberais, que a partir década de 80, intensificaram a proteção jurídica das mencionadas uniões. O primeiro país a reconhecer a união homoafetiva foi a Dinamarca, em 1989, através do Ato n. 372. A disciplina dessa legislação estabeleceu uma espécie de parceria registrada, isto é, um contrato registrado em cartório, entre pessoas do mesmo sexo, maiores e capazes, com força de regulamentar a vida em comum do casal homossexual. O referido pacto estipulava todos os direitos deferidos ao casamento tradicional, inclusive, o direito de um dos companheiros a adotar o filho do outro. Outros países como a Noruega, em 1992, e a Bélgica, em 2003, embora com algumas restrições (a exemplo da possibilidade de adoção) inspirando-se nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana passaram também a reconhecer a união homossexual.

Nos Estados Unidos, de outro lado, há posicionamentos divergentes sobre a questão. Dando uma idéia dos números, Peres (2006, p.204) informa que, “: nos Estados Unidos, estima-se que cerca de um milhão e meio a cinco milhões de crianças estejam sendo criadas por famílias homossexuais, ao passo que este número alcança o montante de seis a 14 milhões de crianças criadas por pelo menos um pai ou mãe homossexual”.

Assim, alguns Estados norte-americanos, por exemplo, vedam expressamente qualquer tipo de oficialização entre pessoas do mesmo sexo, enquanto outros, através de suas Supremas Cortes, têm viabilizado o casamento homossexual, como em Massachusetts, Havai, Alaska e em Vermont. Frise-se que este último é o único a reconhecer, de forma plena, as uniões homossexuais como instituição familiar, e passou a vislumbrar nos casais homossexuais os mesmos atributos pertinentes às relações heterossexuais. De igual modo, em 2002, a Califórnia, além de permitir aos pares homoafetivos o direito de registrar a respectiva parceria doméstica, garantiu-se, ainda, a faculdade de poder-se adotar o filho do parceiro.

Um caso emblemático ocorreu na Pensilvânia, onde um Tribunal conferiu o direito a alimentos a uma lésbica. Esta mãe de pentagêmeos, provindos de uma inseminação artificial, foi abandonada por sua parceira. Demonstra-se que, ao ser cominada a referida obrigação

alargou-se o espaço de reflexão acerca da moderna noção de paternidade sócio-afetiva(SOUZA, 2006, p.1).

Os países considerados subdesenvolvidos surpreenderam positivamente, como no caso da África do Sul, primeiro país no mundo a elevar em nível de garantia constitucional fundamental, o direito a orientação sexual, proibindo qualquer tipo de discriminação. Israel, desde 1992, consagrou em lei a igual oportunidade de emprego, no sentido de eliminar a discriminação em relação ao homossexual frente ao mercado de trabalho. Na Suécia, em 1995, oficializaram-se os laços entre pessoas do mesmo sexo.

O Pacto Civil de Solidariedade (PACS), segundo Coelho (2000), surgido na França, com a Lei 99.944, de 15 de novembro de 1999, alterou o Código Civil daquele país, estabelecendo a alternativa, tanto aos casais heterossexuais como homossexuais, de poder formalizar um instrumento contratual registrável em cartório, apto a delimitar os direitos e deveres a serem observados na vida comum do casal, tanto em relação um ao outro, quanto em relação a terceiros. Alguns operadores do direito, buscaram uma reforma em tal legislação, vez que, ainda, certas adoções por casais homossexuais encontram obstáculos para se efetivarem, não restando alternativa a estes, senão a de omitirem sua opção sexual.

Dentre os países nórdicos, a Holanda, desde o ano de 2001, passou a admitir o casamento de pessoas de mesmo sexo. Não obstante, o direito adquirido para realização de casamento por homossexuais só é assegurado àqueles que preenchem alguns requisitos, como a nacionalidade holandesa ou, pelo menos possuírem, esses casais, residência no país. A lei também permite a adoção, desde que os adotandos sejam holandeses e que o casal conviva a pelo menos três anos. A respeito, Peres (2006, p. 201) explica que: “em dezembro de 2000, a Holanda deu um grande passo na história, ao se tornar o primeiro país a aprovar uma lei que permite o casamento civil entre homossexuais, prevendo os mesmos direitos e deveres conferidos aos casais heterossexuais”.

Atualmente existem dez países que já legalizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo: Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal, Islândia e agora a Argentina. Em julho de 2010, a Argentina aprovou lei que concede o casamento aos casais homossexuais, conferindo todos os direitos iguais aos casais formados por homem e mulher, incluindo direito à adoção e a herança, já existia um preceito legal na cidade de Buenos Aires, desde 2002, a Lei de União Civil entre pessoas do mesmo sexo, o que dava aos casais gays alguns direitos municipais iguais aos dos casais heterossexuais, porém apenas quatro cidades argentinas admitiam a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Ainda na América Latina, no Uruguai e na cidade do México já tem leis permitindo a união

civil entre homossexuais, mas a lei argentina é a primeira a permitir o casamento. Além disso, a Cidade do México homologou, em dezembro de 2009, uma lei que reconhece aos casais homossexuais todos os direitos atribuídos aos casais heterossexuais, incluindo a adoção.

Esse é um movimento global, que reconhece pouco a pouco que esses são seres como qualquer outro cidadão e que se têm os mesmo deveres, como por exemplo, o pagamento dos mesmos impostos, também é justo ter os mesmos direitos. De toda sorte, a maior parte da doutrina e da jurisprudência, em todas as nações, posiciona-se acerca da igualdade entre todo ser humano, inclusive ao direito de se inserir uma criança ou adolescente em um lar. Nessa toada, não é demais lembrar que, pelo princípio internacional da Reunião Familiar, é direito da família viver em união, numa mesma pátria e sob um mesmo teto, independentemente da orientação sexual de seus membros.

3.3 –Posicionamento dos Tribunais Brasileiros acerca do tema

No Brasil, até hoje não se aprovou nenhuma lei que aceita, sequer, a união estável entre homossexuais, ao contrário da Argentina que em 2002 já buscava legalizar o interesse desses. A união civil entre pessoas do mesmo sexo, na República Federativa do Brasil, é algo que é decidido por juízes, fato isso que dá ao Judiciário um poder que não é dele, o de legislar, ficando a sentença a depender das crenças do juiz. Quando adentra a questão de crença, dificulta e muito a discussão no Brasil, onde não é muito claro para a maioria das pessoas que existe uma separação entre Estado e Igreja, prejudicando, deste modo, estes cidadãos, que são cobrados todos os deveres pelo Estado, mas que não gozam dos mesmos direitos dos que optam pela heterossexualidade, sendo aqueles impedidos, principalmente, de construir uma vida e uma família do lado dos que amam.

Em 1998, o Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro, através da decisão do relator Des. Jorge Miranda Magalhães motivou sua decisão com trecho do depoimento da criança que, com dez anos de idade, à época, disse ter orgulho de ter um pai e uma família já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, conforme se extrai do disposto na Apelação Cível 143322/98. Sob essa nova ótica e considerando os princípios da dignidade humana, da igualdade e da não discriminação, os Tribunais passaram a conceder as adoções. A exemplo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (1998) em decisão proferida na Apelação Cível 14979/98, que segue:

Adoção. Elegibilidade admitida, diante da idoneidade do adotante e reais vantagens para o adotando. Absurda discriminação, por questão de sexualidade do requerente, afrontando sagrados princípios constitucionais e de direitos humanos e da criança. Apelo improvido, confirmada a sentença positiva da Vara da Infância.

Acerca da temática, Dias (2000), não vê justificativas para barrar o pedido de adoção por casais homossexuais, argumenta a citada autora que, se o legislador se preocupasse com tais questões, estas deveriam ter impedido o mesmo de promulgar a Lei do Divórcio, vez que, mencionada legislação prevê, por exemplo, no art. 9º, que separados os pais, a criança passará a viver com apenas um dos genitores. Assim, se nesta hipótese o legislador não anteviu qualquer prejuízo para a pessoa que passasse a conviver somente com um dos consortes, e conseqüentemente sob a responsabilidade de “um só sexo”, por que teria o mesmo prejuízo na adoção por casais homossexuais sob tal fundamento. Nesse sentido se expressa Dias(2000, p. 109) que:

A priori, não se pode declarar ser o ambiente familiar inadequado com a natureza da medida ou que a relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo seja incompatível. Dita postura revela-se nitidamente preconceituosa, e, conforme lembra Delma Ibias, as relações homoafetivas assemelham-se ao casamento e à união estável, devendo os julgadores atribuir-lhes os mesmos direitos conferidos às relações heterossexuais, dentre eles o direito à guarda e à adoção de menores.

Ademais, o deferimento de colocação em família substituta não depende da orientação sexual, mas da conduta moral daqueles que almejam constituir uma família. Nesse entendimento, Vilela(2003), comentando o caso do menino Chicão, filho da cantora Cássia Eller, afirmou que diariamente nas Varas da Infância e Juventude é decidida casos semelhantes, que apenas por se tratar de uma pessoa pública, a mídia alardeou como “decisão inédita” a concessão à companheira da cantora, Maria Eugênia, da guarda do filho de sua parceira falecida. Veja-se o posicionamento de Vilela (2003, p.10):

Não é a preferência erótica do guardião ou da guardiã que o juiz se funda para atribuir ou manter a guarda e, sim, nas qualidades morais e nas condições materiais de quem a pretenda. Faltassem a Eugênia atributos adequados e Chicão teria de ser afastado de sua companhia, mesmo em vida de Cássia.

De fato, com o passar dos anos e com a evolução da sociedade, os entendimentos jurídicos foram se adequando às novas realidades, inclusive concedendo adoções independentemente da opção sexual do adotante, haja vista priorizarem, as decisões, os interesses do adotando. Ademais os estudos e pareceres psicológicos e psiquiátricos, já relatam que a orientação sexual dos pais não influenciam a dos filhos. Conforme, cita Dias(2000, p.109):

Na Califórnia, desde meados de 1970, vem sendo estudadas a prole de famílias não-convencionais, filhos de hippies e de quem vive em comunidade ou em casamentos abertos, bem como crianças criadas por mães lésbicas ou pais gays. Concluíram os pesquisadores que filhos com pais do mesmo sexo demonstram o mesmo nível de ajustamento encontrado entre crianças que convivem com pais dos dois sexos. Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças. As meninas são tão femininas quanto as outras e os meninos tão masculinos quanto os demais.(grifos do autor)

Em 2004, o Juiz Julio Cesar Spoladore Domingos, na cidade de Catanduva-SP, aceitou que dois homens entrassem na fila de espera de pais adotivos, visto que já conviviam há dez anos, em união estável, tanto o este juiz como o Ministério Público de São Paulo orientaram-se, dentre outros fundamentos, pela Resolução nº 01/99 do Conselho Federal de Psicologia que, veda qualquer tipo de tratamento discriminatório com relação à homossexualidade, mencionando que esta não se trata de doença, desvio ou distorção e que, por isso, os profissionais da Psicologia não devem colaborar com qualquer serviço que proponham tratamento das homossexualidades.

Diante de tais julgados, resta provado que, argumentos em que se fundam as negativas de adoção por casais homoafetivos, a saber, a influência desta condição na opção sexual do menor adotando e o prejuízo no seu desenvolvimento psicológico e social, tornam-se ineficazes. Psicólogos e psicanalistas encaram a questão com naturalidade. A esse respeito, Ferreira(2001, p. 02) informa que:

Parece-me que uma primeira 'preocupação' apontada quando se fala em adoção por homossexuais diz respeito à possibilidade da opção sexual dos pais vir a influenciar a dos filhos. Em primeiro lugar, acredito que devemos pensar no fato de que quase a totalidade de homossexuais vem de um núcleo familiar se não tradicional, pelo

menos heterossexual. Se a expressão erótica dos pais influenciasse necessariamente a dos filhos, isso não aconteceria.

Uma segunda preocupação, conforme a autora supracitada(2001), seria acerca da identificação que ocorre dos filhos para com os pais, mas de acordo com a referida autora(2001, p.02):

A identificação que ocorre dos filhos para com os pais geralmente do mesmo sexo não tem a ver diretamente com o sexo em si, mas sim com a função que ele exerce. Obviamente de maneira geral tendemos a 'colar' o materno e feminino na mãe e o paterno e masculino no pai, mas muitas vezes até mesmo em famílias que apresentam um esquema tradicional, o pai assume a função materna e a mãe a função paterna, sem que isso prejudique o desenvolvimento ou influencie a expressão sexual ou erótica dos filhos.

Outra abertura judicial se deu na cidade Bagé/RS, quando possibilitou a legalidade de filiação, através da adoção, de duas mulheres para com dois menores, mesmo contrário ao Ministério Público da comarca em questão, ao vislumbrar, de modo literal, a legislação brasileira, o vanguardista Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da sua Sétima Câmara Cível, negou provimento, por unanimidade, á Apelação Cível interposta pelo Ministério Público (2006), senão leia-se:

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. UNÂNIME.**

Fatos dessa natureza, em que o ordenamento jurídico pátrio baseou-se, para se posicionar, mais no interesse do adotando do que em padrões sociais vetustos, podem

significar a solução para o problema do abandono e da exclusão de menores. Ademais, o art. 4º do ECA impõe à família, à sociedade e ao Poder Público a responsabilidade de assegurar os direitos fundamentais à criança ou ao adolescente, assegurando a esses um lar, não importando a preferência sexual daqueles que os acolhem como membros de suas famílias, pelo que se entende, deve ser plenamente aceita a adoção por casais homossexuais.

Toda essa problemática é proveniente da ausência de regulamentação da união homoafetiva, visto que, o Código Civil, que poderia ter suprido essa lacuna, silenciou a respeito. Isso porque o anti-projeto do referido Diploma Legal pertence a segmentos conservadores, enrustidos de preconceitos.

Embora o Estado Brasileiro seja laico, os legisladores não conseguem, ou temem, se libertar das pressões religiosas, impedindo-os de discutir as situações como essas que o presente trabalho aborda, o qual gera situações desconfortáveis levando todos os dias pessoas às salas de audiências buscando soluções de seus problemas através do Poder Judiciário. Assim, no que tange ao deferimento do pedido de adoção, o magistrado decide sob os interesses dos menores, sendo este um ato de extrema responsabilidade, por isso, não é qualquer vinculação heterossexual que revela a segurança afetiva e estabilidade, bem como, não é qualquer união ou namoro homossexual que pode ensejar colocação do menor em seio familiar homoafetiva.

Por isso, o magistrado deve perscrutar, evitando pré-julgamentos, visto que, não permite que casais homossexuais integrem a fila de pretendentes a pais adotivos é flagrante desrespeito aos princípios constitucionais da igualdade e do respeito à dignidade humana. Além disso, não há impossibilidade jurídica do pedido, visto que no art. 5º da Constituição Federal assegura que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. E como já mencionado, o ECA não faz menção a requisito para adotar vinculado à sexualidade do requerente, e consonância com a Lei Maior. No inciso II do mesmo dispositivo constitucional citado estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, inexistindo vedação legal expressa, não pode privar um casal, por terem orientação sexual destoante da convencional de adotar, se a lei não assim determinar.

Destarte, a lei é destinada a resguardar o direito de todos os cidadãos, não podendo essa acolher razões preconceituosas, como impedir a concessão da adoção por casais homossexuais, principalmente, quando essa união constituir um lar respeitável e duradouro, alicerçada na lealdade, fidelidade, assistência recíproca, respeito mútuo, com comunhão de

vida e de interesses, além, desses estarem dispostos a ajudar a minimizar o drama de menores oferecendo-os um ambiente familiar adequado.

4 A ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS E A LEI NACIONAL DE ADOÇÃO

A Lei Nacional de Adoção introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a preservação da criança e do adolescente no seu ambiente familiar natural, no entanto, quando a família biológica maltrata este menor, o Estado intervém tomando as providências cabíveis, e uma dessas é colocar o menor em uma família substituta, a qual o proporcione, sob todos os aspectos, um ambiente salutar.

Nesse mesmo norte reportar-se-á a adoção por casais homossexuais, que buscam constituir uma família, e para isso pleiteiam nos Tribunais Brasileiros o direito a postularem a adoção como os casais heterossexuais, alegando que todos são iguais perante a lei e que buscam amenizar o abandono e a marginalização desses menores.

4.1 Análise jurídica da Lei Nacional de Adoção

A adoção sempre foi conhecida pela sua burocracia exacerbada, o que ocasionava um processo lento, impossibilitando que crianças ou adolescentes fossem colocados em uma família substituta, hoje, esse instituto tem caráter solidário garantindo a esses menores o direito a um lar de afeto. No decorrer dos anos, a disciplina jurídica acerca da adoção passou por várias alterações, sendo a mais recente ocasionada pela Lei 12.010/2009, mais conhecida como a Lei Nacional de Adoção, que alterou alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e revogando os dispositivos do Código Civil relacionados a temática.

É oportuno frisar que, a denominada Lei Nacional de Adoção tem como finalidade aperfeiçoar a sistemática prevista para garantir o direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, alargando o conceito de família, visando, primordialmente, desburocratizar os processos de adoção no Brasil, que ao verificar a impossibilidade de permanência em família natural, a criança ou adolescente seja colocado em poder familiar de uma família substituta, o mais rápido possível, evitando dessa forma, a permanência desses em programas de acolhimento institucional, bem como prejuízo no desenvolvimento psíquico-social. Assim, o diploma legal em comento, constitui uma melhoria no processo de

adoção no ordenamento jurídico pátrio, beneficiando a vida de milhares crianças e adolescentes carentes de um lar.

Para tanto, traz como princípio norteador o do melhor interesse da criança ou adolescente, insculpido no art. 227 da Constituição Federal, bem como no art. 3º do ECA, sendo este de suma importância para subsidiar as decisões dos magistrados, posto que são deveres da autoridade parental criar, assistir, educar os filhos, aos quais deverão ser formados dentro de um núcleo de liberdade com responsabilidade. Atualmente, na nova configuração do vínculo entre pais e filhos os sentimentos de amor, respeito e solidariedade, superam o caráter de subordinação, verifica-se que com esse novo quadro familiar o aspecto hierárquico transforma-se em aspecto de união em busca da felicidade.

Portanto, quando o ambiente familiar natural não é propício ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social da criança ou do adolescente, torna-se necessário uma postura do Estado diante dessa situação, tendo em vista ser, também, dever do poder público o de resguardar a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, a dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar desses.

No Brasil, o contingente de crianças e adolescentes chega a 80.000, buscando, esses, um lar de afeto e respeito, não fazendo nenhuma exigência sob a opção sexual daqueles que venham a adotarem, já que muitos desses, também, são vítimas de preconceitos devido a cor, idade, sexo, e que muitos casais heterossexuais impossibilitados de conceberem naturalmente um filho, buscam nesses, suprimir a frustração de não gerar um filho biológico, vindo na bagagem expectativas de crianças brancas, menor de 03 anos, e preferencialmente menina, o que em contrapartida, os casais homossexuais não apresentam nenhuma preferência de cor, sexo ou idade, buscando apenas ofertar afeto, respeito e constituir um família feliz.

Noutro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente alterado pela lei em estudo, baseia-se no princípio da proteção integral à criança ou adolescente reconhecendo direitos especiais e específicos a esses, conforme preleciona seu art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Assim sendo, é notório que os princípios são os alicerces para sustentar todas as demais normas jurídicas, vez que são as normas basilares, sua observância deve obrigatoriamente vincular o legislador quanto ao aplicador da lei, até porque a aplicabilidade desse é geral, vez que alcança de forma mais ampla quaisquer situações, inclusive aquelas já regulamentadas pelas normas infraordinárias.

Verifica-se, portanto, que se trata de direito personalíssimo da pessoa humana, que independe da condição física, social, econômica, sexual, etc, todos tem o direito de ser respeitados, não podendo servir de meio de discriminação em virtude de suas características pessoais que lhe conferem individualmente. Segundo, Moraes (2006, p.75) “[...] a dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes as personalidades humanas.” Nesse contexto, não podem servir de ridicularização perante a sociedade devido aderir a condição sexual adversa dos padrões tradicionais impostos pela mesma.

Ademais, no art. 5º da Constituição Federal encontra-se sacramentado o princípio da igualdade ou isonomia, que visa garantir a igualdade entre todas as pessoas perante a lei, assim dispõe que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes...”

Esse dispositivo constitucional deve ser considerado sob dois aspectos: o da igualdade na lei e da igualdade perante a lei. O primeiro constitui exigências destinadas ao legislador que na elaboração da norma não faça nenhuma discriminação, o segundo refere-se a aplicação da lei que não façam qualquer discriminação nas decisões judiciais.

Ademais, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, portanto o legislador não pode esquivar-se dessa finalidade. No tocante ao adotado não pode sofrer qualquer tipo de discriminação, assim como àqueles que postulam à adoção, também, não podem ser privados de tal direito, pelo fato de optar por companheiro do mesmo sexo.

No ordenamento jurídico pátrio não pode haver discriminação, e levando em consideração o princípio do não-discriminação que é considerado uma extensão da dignidade da pessoa humana e da igualdade, é constatado que a Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação como supramencionado, no entanto essas cláusulas não são taxativas, mas meramente exemplificativa, pois o art. 3º, inc. IV, da Carta Magna, adota fórmula genérica de

ampla abrangência quando escreve a expressão “qualquer outras formas de discriminação”, pode-se neste caso subentender distinções de religião, convicção política e opção sexual.

Assim sendo, o Estado na qualidade de guardião da sociedade deve propiciar a todos, inclusive a crianças e adolescentes órfãos, aos pares homossexuais, condições efetivas que atendam seus interesses, como por exemplo: colocar aqueles em uma família de afeto, bem como reconhecer a esses o direito da união estável e da adoção, sem contudo esquecer de alicerçar-se nos princípios do melhor interesse do menor, na dignidade da pessoa humana, da igualdade e não-discriminação, visando desta forma o bem social e a justiça. Nota-se que na prática processual brasileira vem ocorrendo o reconhecimento das uniões homossexuais, aplicando a analogia, reconhecendo essas uniões como entidades familiares, e claro, levando em consideração os requisitos estabelecidos por lei, para caracterização de união estável, sendo assim, também, pode reconhecer a adoção por casais homoafetivos, que em consequência retiraria milhares de crianças dos programas de acolhimento institucional, as quais buscam o afeto, o respeito e um lar.

4.2 Adoção: alterações processuais introduzidas pela Lei 12.010/2009

A Lei 12.010/09 (Lei Nacional da Adoção) visando aperfeiçoar os trâmites legais da adoção, e, por conseguinte garantir mais efetividade quanto ao direito das crianças e dos adolescentes à convivência familiar, fortalecendo e preservando assim, a família de origem e evitando ou abreviando ao máximo que esses menores permanecem em programas de acolhimento institucional, alterou substancialmente sob a ótica processual o instituto da adoção, principalmente a previsão legal disposta no ECA e no Código Civil.

Assim, com o advento da Lei 12.010/09 foram alterados os procedimentos específicos de perda e suspensão do poder familiar, colocação em família substituta, além de inserir o procedimento denominado “ Da habilitação de Pretendentes à Adoção”, procurando dessa forma o legislador através dessas mudanças assegurar a prioridade absoluta dos processos e procedimentos voltados à infância e a juventude.

Ademais, ressalta-se que essas inovações tem como finalidade humanizar o processo jurídico de adoção, por isso é importante focar nesse momento os deveres imposta à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao Poder Público, já que esses são os responsáveis para que a efetivação dos direitos desses menores seja absoluta prioridade no

seio social. A família desempenha o papel de célula-mater da sociedade, devendo, esta, assumir suas responsabilidades, protegendo integralmente suas crianças ou adolescentes, oferecendo todas as oportunidades para esses se desenvolverem com dignidade, sem contudo, delegar essa competência para o Estado, como se este fosse o responsável universal dos menores, ou até mesmo para terceiros, representados nesse caso por instituições privadas de assistência a crianças e adolescentes. De outro lado, o Estado tem o dever de garantir a ordem, a paz e o bem estar social, mediante a conscientização da família, promovendo serviços de orientação, apoio, e promoção social da referida entidade, garantindo, desse modo, a proteção à família, consagrada na Carta Magna.

Posto que, o Poder Público deve assegurar o efetivo direito a convivência familiar, bem como oferecer acompanhamento psicológico à gestante no período pré e pós natal, e ainda nas hipóteses em que a gestante manifestar o desejo de entregar o bebê à adoção, deve estas ser encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude para entregar a criança, que será incluída no Cadastro Nacional de Adoção. Esta medida tem o objetivo de proteger a mãe, quando esta se encontra em parcas condições financeiras ou em caso de gravidez indesejada, e, esta medida visa principalmente proteger a criança, já que muitas vezes é abandonada em locais inadequados, em situação de abandono como acontece diariamente em locais inapropriados, além de muitas das vezes essas serem entregues a pessoas que não são cadastradas pelo Poder Judiciário, cerceando o direito daqueles que se encontram numa fila de espera há algum tempo. Assim dispõe a nova redação do parágrafo único, art. 13, do ECA, segundo o qual, “ as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude.”

Em contrapartida, Dias (2007, p. 46), faz uma crítica a esse dispositivo, entendendo que a primeira barreira estaria nas regras para a mãe que deseja entregar seus filhos à adoção, pois de acordo com a citada doutrinadora:

O consentimento precisa ser colhido em audiência pelo juiz, com a presença do Ministério Público, e isso depois, de esgotados os esforços para a manutenção do filho junto a família. Esse procedimento é tão burocrático que vai fazer crescer ainda mais a fila de interessados na adoção.

Nesse sentido, vislumbra-se que as mães e as gestantes serão remetidas para o juiz especializado, o da Vara da Infância e Juventude, tendo este prerrogativa para julgar as causas

decorrentes da aplicação do ECA. Ademais, o art. 148, III do Estatuto, dispõe que a: “Justiça da Infância e da Juventude é competente para: [...] conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes; [...]”. Obstante lembrar que, os profissionais de saúde, como por exemplo, médico, enfermeiro, diretor de estabelecimento de saúde, entre outros, omitirem ou esquivarem-se de encaminhar a gestante que pretende doar o filho, estará cometendo infração administrativa, insculpida no art. 258-B do ECA.

O Poder Judiciário, também, é incumbido de criar e manter cadastros estaduais e nacionais de adoção de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção, medida esta que impede a adoção informal, ou seja, sem a intermediação das autoridades, além de oferecer programas de orientação (preparação psicossocial) para pessoas interessadas em adotar, visando incentivar a adoção de grupo de irmãos, de crianças portadoras de necessidades especiais, que representam os grupos mais difíceis de serem inseridos em família substituta, já que sem a devida preparação os adotantes buscam a criança perfeita e estereotipam os que não querem adotar. Corrobora com esse entendimento o § 3º do art. 50 do ECA, alterado pela Lei 12.010/09, segundo o qual:

Art. 50.[...]

[...]

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

Em alguns Estados do país, a medida em comento é administrada pelo Conselho Nacional de Justiça, e possui duas finalidades: a) potencializa as possibilidades para os pretendentes em adotarem crianças e adolescentes disponíveis, na medida em que, ao ter o nome inserido no cadastro nacional, esses aparecem nas quase 3.000 varas da Infância e Juventude do País; b) possibilita conhecer quem são os pretendentes a adotarem e as crianças e adolescentes disponíveis, o que ajuda na orientação das políticas públicas em torno do assunto. Nesse diapasão, o § 5º do art. 50 do ECA dispõe que a inscrição dos postulantes à adoção será precedida o cadastro de pretendentes à adoção trata-se de um registro de brasileiros, ou estrangeiros, residentes no Brasil, que se interessem na adoção de crianças e adolescentes a ser mantido por cada Juízo da Infância e da Juventude dos Estados Brasileiros.

Outro fator importante foi a preocupação de crianças não terem uma infância institucionalizada, sendo estabelecido o tempo de permanência da criança ou adolescente de

no máximo dois anos nos programas de acolhimento institucional, sendo este prazo estabelecido para o julgamento e destituição do poder familiar nas hipóteses de violência ou abandono, o que acelera a colocação da criança para adoção, salvo casos de determinação expressa da justiça, porém quando isso ocorre é necessário que a cada seis meses seja reavaliada a situação de cada criança abrigada, para que não somente justifique a entrada ou saída do menor no abrigo, mas, sobretudo, para que a cada avaliação vislumbre a possibilidade de reintegração do menor à família de origem, ou colocação em família substituta. No caso de transcorrido o prazo de dois anos é obrigatório o encaminhamento desses menores em programas de acolhimento familiar, cumprindo, deste modo, o objetivo dessas instituições, qual seja, a transitoriedade.

Nesse sentido, cabe ressaltar o novo conceito estabelecido pela nova lei de Adoção, insculpida no seu artigo 25, o de “família extensa”, que dá preferência a adoção dentro da família, mesmo não sendo os parentes diretos da criança ou do adolescente, nesses casos, tios, primos e parentes próximos, mas não diretos, têm preferência sobre o cadastro nacional e estadual de adoção, considerando os vínculos de afinidade e afetividade.

Adveio, também, a obrigatoriedade da definição de políticas públicas intersetoriais para promover o relevante exercício da paternidade/maternidade responsável, prevenindo ou abreviando assim, os períodos de abrigamento institucional de crianças e adolescentes, já que as novas regras de adoção enfatizam a excepcionalidade dessa medida. Se por um lado, com a implantação das referidas políticas, objetiva-se evitar os abrigamentos desnecessários, muitas das vezes solicitada pela família natural sob a alegação de falta de condições materiais, por outro lado, garante-se à criança e ao adolescente o direito a convivência familiar de forma mais célere, seja pelo fato de a reintegração familiar ou colocação noutra família, seja pela inclusão desses menores em outros programas e serviços públicos diferentes daqueles em que já são cadastrados.

Referente à destituição, a nova lei estabeleceu o prazo de conclusão, louvável, de 120 (cento e vinte) dias, pretendendo com isso uma atenção permanente do juiz ao processo de adoção, em virtude da delicadeza do assunto, que seja prioridade o desenvolvimento da criança em um seio familiar e saudável. Objetiva-se, em suma, maior agilidade no andamento do pedido de adoção. Pois de acordo Honorato (2007, p. 10) com “a verdadeira finalidade da adoção é proporcionar à criança ou adolescente que se encontra alheio ao poder familiar, e à espera de uma família substituta, um lar onde possa encontrar carinho, atenção, compreensão e acima de tudo a figura dos pais”.

No tocante a colocação da criança/adolescente em família substituta, o ECA já previa que o indivíduo a ser adotado deveria ser previamente ouvido, sempre que possível, a Lei 12.010/2009, prevê a atuação dos serviços auxiliares encarregados de assessorar a Justiça da Infância e da Juventude, que passam a ter a atribuição de ouvir a criança e o adolescente acerca do pleito de adoção, e vai mais além quando prevê que o juiz deve ouvir o adolescente maior de 12 anos não só no processo de adoção, mas também no de colocação em família substituta, com a participação do Parquet(art. 28, §2º, ECA).

Destaca-se um grande avanço introduzido pelo diploma citado, ao dispor no §4º. do art. 28, ECA, que os irmãos levados à guarda, tutela ou adoção, não poderão ser separados, devendo os mesmos permanecer juntamente com a família acolhedora, ressalvada a hipótese que comprovada a existência de risco de abuso ou outra situação que justifique o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. Esse dispositivo serviu, também, para positivizar algumas regras já aplicadas pelos Tribunais Brasileiros como argumenta Malheiros(2009, p.1) para o qual, “medidas como não separar irmãos ou autorizar os adotados a terem acesso ao seu processo já eram praticadas”.

Ainda, traz a lei em pauta que nos dias atuais, é obrigatória, a preparação psicossocial e jurídica dos adotantes, visando uma melhor orientação dos pretensos pais, explicando-lhes a responsabilidade da adoção, incentivando-os ao contato com as crianças disponíveis para adoção, viabilizando a aproximação entre adotado e adotante, e conseqüentemente o sucesso da adoção, minimizando as devoluções. Medidas como essa inibem o comércio, a intermediação indevida e a exploração de crianças, pois nesses encontros com a equipe multidisciplinar que acompanhará os pretensos adotantes, buscar-se-á auferir os motivos que impulsionam os futuros pais a tal decisão.

Assim, quem tenha interesse em adotar, deve dirigir - se ao Poder Judiciário, ao qual apresentará petição inicial, portando os documentos exigidos pela lei, bem como exames de saúde física e mental, além de proceder o cadastro que será analisado e deferido pelo Magistrado, como bem dispõe o art. 197-A do ECA introduzido pela nova lei de adoção, segundo qual:

Art. 197-A - Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste:
I-qualificação completa;
II-dados familiares;
III-cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável;

- IV- cópias da célula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas;
- V- comprovante de renda e domicílio;
- VI- atestados de sanidade física e mental;
- VII- certidão de antecedentes criminais;
- VIII- certidão negativa de distribuição cível.

Dessa forma, qualquer pessoa que atenda aos requisitos legais previstos na lei para os fins de adoção, pode cadastrar-se independente de seu estado civil e que seja maior de 18 anos. Observe-se que, mesmo sem os 18 anos completos há essa possibilidade de adotar, devendo o menor receber acompanhamento jurídico e psicológico, conforme entendimento de Cornélio(2010).

Atualmente, a habilitação prévia para adotar deve observar algumas exigências, e não pode mais ser feita como era em alguns lugares do país, através de colocação do nome dos pretendentes em um livro, sem qualquer procedimento específico. É importante salientar que, não obstante as alterações ocorridas, subsistem algumas vedações para a adoção, já previstas anteriormente, a saber: a) proibição de adoção por procuração; b) estágio de convivência entre o adotado e o adotando; c) irrevogabilidade de perfilhação; d) restrição a adoção de ascendentes e irmãos do adotando; e) Critérios para expedição de mandado e registro no termo de nascimento do adotado.

A falta de observância à ordem cronológica do cadastro de pessoas habilitadas à adoção, nos casos em que não há nada que recomende a relativização desse critério acaba incentivando e contribuindo para a colocação de crianças em famílias substitutas, de forma irregular, em prejuízo a todos os direitos e garantias legais de proteção integral à infância. Em consonância com tal entendimento, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná(2001) tem sistematicamente rechaçado essas adoções sem observância do cadastro, nas hipóteses em que não há circunstâncias excepcionais que autorizem a relativização do critério objetivo, conforme se observa em decisão que segue:

Agravo de instrumento. Adoção. Registro de pessoas interessadas. Deferimento da adoção segundo a ordem de inscrição. Admissibilidade. Inteligência do artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso desprovido” (Agravo de instrumento nº95738-6, União da Vitória, Rel. Juiz Convocado Campos Marques, ac. Nº13076 - 1ª Câm. Crim.,j.15/03/01)

Assim, torna-se claro que seja obedecida a ordem de casais habilitados à adoção, devidamente registrada. Entretanto, tem-se posicionamento contrário, que dependerá das

circunstancias do caso. Neste sentido, tem-se decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Rondônia(2009), que segue:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PEDIDO DE GUARDA PROVISÓRIA. PRETENSÃO DE REGULARIZAR. CONDUTA MORAL IRREPREENSÍVEL. PROVIMENTO. Adoção. Cadastro de adotantes. Inobservância. Interesse do menor. Não se deve afastar uma criança do convívio, ainda que provisório, de uma família que a acolhe, supre suas necessidades e tem a intenção de adotá-la, sob o argumento de inobservância cadastral de pretendentes à adoção, a não ser que se comprove de plano a inabilitação moral daquela família. (TJRO; AI 100.005.2009.002289-6; Rel. Des. Moreira Chagas; DJERO 29/07/2009; Pág. 43)

Nesse aspecto vislumbra-se o cadastro de pretendentes à adoção, homossexuais, é permitido, não encontrando nenhuma vedação legal. Deve-se verificar, entre outros requisitos de ordem social e psicológica, se o pretendente oferece ambiente familiar adequado ou se revela qualquer incompatibilidade com a medida.

Outro dispositivo, o art. 197-B, ECA, diz que deve ser considerado é com relação ao prazo da autoridade judiciária de encaminhar, em 48 horas, o processo de adoção ao *parquet*, para que este dentro de cinco dias requeira as seguintes diligências: a) apresente quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional, haja vista esta ser responsável de elaborar estudo técnico; b) a designação de audiência para oitiva dos postulantes em juízo e testemunhas; c) a juntada de documentos complementares e a realização de outras diligências que entender necessárias.

Todos esses procedimentos são necessários para que o Órgão Ministerial possa emitir parecer bem fundamentado, e que atenda ao melhor interesse da criança ou adolescente, sendo esses novos mecanismos instituídos pela Lei 12.010/09 a fim de assegurar aos pretensos adotados uma maior segurança diante daqueles que postulam à adoção no Brasil. No processo de adoção, será obrigatório, a intervenção da equipe interprofissional que presta serviço a Justiça da Infância e Juventude, tendo esses o dever de elaborar estudo psicossocial com os pretensos adotantes, a fim de aferir a capacidade e se estão preparados para exercer uma paternidade ou maternidade responsável, respaldando o princípio da proteção integral do menor(art. 197-C, ECA). Para cumprir com essa etapa processual, a equipe multidisciplinar precisa acompanhar os postulantes a adoção em programas oferecidos pela Justiça da Infância e Juventude, que proporcionam a preparação psicológica, orientação e estímulo aos adotantes

em não esterotipar crianças e adolescentes, estimulando a adoção inter-racial, com necessidades especiais de saúde e de deficiência e de grupos de irmãos.

Ademais, é louvável no processo de adoção quando trata da etapa obrigatória de preparação dos postulantes à adoção, sempre que possível e recomendável a criança ou adolescente manter contato com a pretensa família substituta, podendo esse relacionamento ser através do acolhimento familiar ou nas instituições de acolhimento, porém essa fase processual deve ser orientada, supervisionada e avaliada pela equipe multidisciplinar a serviço do Poder Judiciário, mas precisamente, da Justiça da Infância e Juventude, garantindo o direito à convivência familiar.

Passada essa fase de orientação e entendimento do verdadeiro processo adotivo, é certificada nos autos do feito a conclusão da participação no programa de execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, em seguida a autoridade judiciária, no prazo de 48 horas, decidirá acerca das diligências requeridas pelo Ministério Público, bem como momento em que determinará a juntada do estudo psicossocial, e dependendo do caso, designará audiência de instrução e julgamento. Caso o Órgão Ministerial entenda não necessitar de diligências para determinado processo ou sendo essas indeferidas pela autoridade judiciária, essa determinará a juntada do estudo psicossocial, designado, conforme o caso, e *posteriori* designará audiência de instrução e julgamento.

Não obstante, as fases processuais estabelecidas pela nova Lei Nacional de Adoção são cautelosas diante da delicadeza do pedido postulado na ação de adoção, é tanto que depois de todos esses procedimentos é que deferida a habilitação, é sacramentado o cadastro dos postulantes à adoção no Cadastro Nacional de Adoção, ressalta-se que se deve obedecer a ordem cronológica de habilitação, bem como a observância da disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis. No entanto, essa lista de postulantes à adoção pode ser desobedecida quando comprovado que os vínculos de afinidade e afetividade entre o adotado e adotante compactuam com o princípio do melhor interesse do menor, porém, embora desconsiderado o cadastro, é exigido comprovação cabal durante o procedimento judicial de adoção que os pretendentes preencham os requisitos exigidos para habilitação à adoção. Por oportuno, é válido lembrar que quando àquele que se encontra habilita rejeitar a criança ou adolescentes indicados naquele momento, esse não se interessar na adoção desse, terá que ser reavaliado na habilitação concedida.

Corroborando nesse sentido, bem como obedecendo ao princípio do melhor interesse do menor o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul(2009), proferiu a seguinte decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. PEDIDO DE ADOÇÃO. REQUERENTES NÃO HABILITADOS. ADOÇÃO DIRIGIDA. IMPOSSIBILIDADE. Inexiste cerceamento de defesa quando os requerentes, devidamente intimados acerca da audiência aprazada para oitiva dos genitores do menor, nada requereram. O desatendimento à ordem da lista de espera para adoção somente é admissível em casos excepcionais, em que evidenciada ampla e duradoura relação de afetividade entre o menor e o pretense adotante, situação não retratada nos autos. Caso em que os genitores, quando da realização de estudo social, manifestaram interesse em receber de volta o filho, apresentando condições favoráveis para tanto. Recomendação de instauração de medida de proteção, com acompanhamento psicológico da família, a fim de evitar que entreguem, novamente, o filho a terceiros. REJEITARAM A PRELIMINAR E DESPROVERAM A APELAÇÃO. (TJRS; AC 70024893885; Caxias do Sul; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho; Julg. 11/03/2009; DOERS 23/03/2009; Pág. 41) (Publicado no DVD Magister nº 26 - Repositório Autorizado do TST nº 31/2007)

Outro ponto digno de nota está inserido no parágrafo único do art. 153 do ECA, em que dispõe sobre a flexibilização procedimental e estabelece alternativas para o juiz, diante de situações que não tenha procedimento específico previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, possa de ofício tomar as providências cabíveis para o caso, ouvindo o Ministério Público, no entanto, esse procedimento não se aplica no caso de afastamento da criança ou adolescente de sua família de origem e em outros procedimentos necessariamente contenciosos.

Esse dispositivo autoriza a autoridade judiciária a adequar o procedimento caso não haja um específico, não quer dizer que haja, nesses casos, a exclusão de um procedimento judicial formal, o qual assegura as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, já que trata-se da retida do menor do seio da família natural, e que tal medida deve ter caráter excepcional, sendo esta controlada por meio de um procedimento contencioso. Desse modo, a flexibilização deve ser entendida como procedimento que beneficie as partes e a efetividade do processo, e não apenas configure como procedimento apuratório sendo utilizado de forma indevida apenas para cumprir meros expedientes administrativos, retirando precipitadamente o menor do seio da família originária, sem contudo observar o procedimento contraditório.

Com fulcro no Decreto-lei nº 99.710/90, que ratificou a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, deve-se assegurar à criança e ao adolescente que tiverem capacidade de formular seus próprios juízos, podendo se expressar, demonstrando sua opinião, levando-se em conta a idade e a maturidade. A criança ou adolescente colocada em família substituta, seja por guarda, tutela ou adoção, sempre que possível, terá sua opinião considerada com

relação à sua adoção e, quando maior de 12 anos, será necessário seu consentimento, colhido em audiência (art. 28, §§ 1º e 2º, ECA). Este dispositivo é de extrema relevância, apesar de não ser o único fato formador de convicção do magistrado, já que é de sua competência decidir o que mais conveniente para o menor, todavia para contrariar a criança deverá fundamentar sua decisão de modo que justifique as disposições divergentes daquela expressa pelo consultado.

No que se refere a duração do procedimento de adoção, o mesmo terá prazo máximo para conclusão de 120 dias, como prevê o art. 163 do ECA. No caso em que os pais forem falecidos, ou destituídos ou suspensos do poder familiar, ou mesmo que esses tenham aderidos a colocação em família substituta, este poderá se dirigir ao Cartório da Vara da Infância e Juventude e através de uma petição devendo, apenas, ser assinada pelos requerentes, sendo dispensado a assistência de advogado, posteriormente serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do *parquet*, sendo as declarações prestadas tomadas a termo, no entanto a equipe interprofissional da Justiça da Infância e Juventude prestará orientações aos pais biológicos e reportará, principalmente, no ponto da adoção ser uma medida de caráter irrevogável. Cabe frisar que o consentimento dos genitores da criança, mesmo prestados por escrito, se não for reafirmado na audiência não terá validade, visto que a retratação do consentimento pode ser feito até a data da sentença constitutiva da adoção.

A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 do ECA para o qual, “a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”, caso em que terá força retroativa à data do óbito. Portanto, o vínculo da adoção é constituído por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão (art. 47, ECA). Nesta inscrição estará consignado o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes. O registro original do adotado será cancelado. Caso os adotantes requeiram o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência. Saliencia-se que nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro. Ademais, a sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome. Preconiza o § 6º do art. 47, com redação determinada pela Lei 12.010/09, que caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 do ECA.

Por fim, ressalta-se que o processo relativo à adoção assim como outros a ele relacionados serão mantidos em arquivo, admitindo-se seu armazenamento em microfilme ou por outros meios, garantida a sua conservação para consulta a qualquer tempo. Não obstante a procura do adotado por seu origem biológica junto às Varas da Infância e da Juventude ser uma situação corriqueira na prática, após completar 18 anos, tal possibilidade não era prevista no ECA, porém com o advento da Lei 12.010/2009, o art.48, passou a ter a seguinte redação:

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

Dessa forma, consagra-se o direito à identidade genética ou “Direito ao Reconhecimento das Origens”, direto personalíssimo da criança e do adolescente, não sendo passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai. Outro ponto interessante, é abordado por Dantas (2009) que ressalta a inclusão do §4º, no art. 33 do ECA, que dispõe que quando do deferimento da guarda da criança ou adolescente, os pais, naturais ou adotivos, terão direito a visitas aos filhos, salvo expressa e fundamentada determinação em contrário. Referido parágrafo, além do direito supracitado, traz, em sua parte final, a obrigação da prestação alimentar. Assim, o ECA inova ao regulamentar o direito de visitas e a prestação de alimentos pelos pais que perderam o poder de família.

Percebe-se que a lei em análise, introduziu significativas mudanças no que tange a adoção, especialmente em relação a ótica processual. Entretanto, tais mudanças não importam em maior morosidade para o procedimento, e sim, que o mesmo seja conduzido com maior responsabilidade. Salienta-se que existem elementos indispensáveis para formação de um processo de habilitação para quem pretende adotar, exemplos: algumas formalidades fundamentais (como o próprio processo de habilitação), requisitos e medidas de proteção visando a segurança, sempre o bem estar da criança e o sigilo das informações.

Outro aspecto fundamental é acerca da reintegração familiar referente à eventual colocação das crianças e adolescentes em família substituta. Esta deve ser feita sempre com cautela, preparando os profissionais, e demais envolvidos, com acompanhamento posterior, para assegurar o sucesso da medida.

Insta registrar que as medidas para cadastro são bastante simples, apesar de burocráticas, e não serão obstáculos para desestimular a adoção ou dificultar a vontade das partes envolvidas. Outro ponto importante é o prévio cadastro, ou seja, o procedimento de habilitação, ante a necessidade de analisar a idoneidade, os motivos para a adoção e o preparo dos interessados.

Cabe frisar que não foi citada pela nova lei, a adoção por casais homossexuais, portanto, como não há nenhum impedimento legal, bem como não poderia deixar de registrar que perde o legislador brasileiro a oportunidade de explicitar o direito desses cidadãos, e já que há omissão nesse âmbito, continua sendo possível a adoção por casais homoafetivos, conforme vem ocorrendo em algumas comarcas brasileiras, e como a Constituição Federal veta qualquer tipo de discriminação e preconceito seria um afronto aos princípios constitucionais proibir esses casais de postularem a adoção baseando-se na orientação sexual do requisitante. No entanto, esse direito só será conferido dependendo do entendimento do magistrado, que poderá ou não consentir que duas pessoas do mesmo sexo constituam uma família, assim como um casal heterossexual, por meio de união estável.

Por fim, importante lembrar que a adoção é medida para satisfazer os interesses da criança e do adolescente, dando-lhe condições dignas de desenvolvimento para que possam vir a ser adultos estruturados familiarmente, por isso, é obrigatório o acompanhamento posterior à adoção, conforme mencionado anteriormente, com previsão do art. 28, §5º, do ECA, papel primordial do Poder Estatal, evitando assim, prejuízos irreparáveis para os adotados.

4.3 A Adoção por casais homossexuais à luz da Lei 12.010/2009

A possibilidade de casais do mesmo gênero adotar é alvo de discussão nos diversos segmentos sociais. E deve-se deixar consignado que não há nenhum dispositivo legal que impeça a adoção em razão da opção sexual do adotante no ordenamento jurídico brasileiro. Pois o que se deve considerar é o melhor interesse da criança, princípio jurídico consagrado no artigo 3.º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989). Dessa forma, fica assegurado que o bem-estar da criança deve vir primeiro do que qualquer interesse dos pais, tanto é que a lei Maior e o ECA materializaram o direito da criança e do adolescente

de terem asseguradas a convivência familiar e comunitária. Corroborando com esse entendimento, Ladvoat(2010, p. 01), explica que:

Do ponto de vista legal, não existe nenhum impedimento para que homossexuais adotem crianças, pois a sexualidade de cada postulante à adoção não faz parte dessa avaliação. “Para que pais possam adotar, eles devem ser avaliados pelo serviço social e de psicologia como indivíduos capazes de prover a uma criança um ambiente saudável, afetivo e que supra as necessidades físicas e psicológicas para o seu bom desenvolvimento.

De acordo com a ordem constitucional brasileira entidade familiar é reconhecida como a união entre homem e mulher, porém tem-se reconhecido outras formas de convivência, como uma pessoa sozinha com filhos. Nesse sentido, preleciona Pereira (2008, p.50), que:

As “entidades familiares” identificadas no nosso sistema jurídico não foram suficientes para atender às necessidades de proteção. Outras formas de família estão reconhecidas nesta mesma categoria constitucional para obterem a proteção do Estado. Os tribunais têm reconhecido outras entidades familiares, como dois irmãos morando na mesma casa. Dessa forma, a casa passa a ser um bem de família e não pode ser penhorado.

Nesse diapasão, importante lembrar que, apesar de não haver uma lei que diga expressamente que é possível a adoção por casais homoafetivos, esse direito pode ser concedido baseado em princípios constitucionais, posto que se deve acompanhar a evolução social, sendo, portanto, a jurisprudência pátria a responsável a deferir essas tutelas atuais.

Defende a adoção por casais homoafetivos, Ladvoat 2010 (*apud* NASCIMENTO, 2010, p.01) ao dispor que:

O direito à adoção é um direito humano imprescindível, um gesto de solidariedade que independe de orientação sexual, além do fato de homossexuais também terem sentimento de paternidade e maternidade. Assim como os heteros, nós também gostaríamos de adotar em conjunto, filhos e filhas.

Corroborando com tal posicionamento, Silva Junior (2006, p 2) apresenta a decisão proferida pela Vara da Infância e Juventude da Comarca de Catanduva/SP (2006), quando o

Juiz Julio César Spoladore Domingos, aceitou que dois homens, um casal gay, entrassem na fila de espera de pais adotivos em 2004, os cabeleireiros Vasco Pedro da Gama, 35, e Júnior De Carvalho, 43, vislumbrando a união estável desse casal que já conviviam há 14 anos.

De fato, com o passar dos anos e com a evolução da sociedade, os entendimentos jurídicos foram se adequando às novas realidades, inclusive concedendo adoções independentemente da opção sexual do adotante, haja vista priorizarem, as decisões, os interesses do adotando. Ademais os estudos e pareceres psicológicos e psiquiátricos, já relatam que a orientação sexual dos pais não influenciam a dos filhos. Conforme, cita Dias(2000, p 99):

Estudos que datam de 1976 constataram que as mães lésbicas são tão aptas nos papéis maternos quanto as heterossexuais. Com a devida estimulação, por meio de brinquedos típicos de cada sexo, procuram fazer com que os filhos convivam com figuras masculinas com as quais possam se identificar. Não há mostras de que as mães prefiram que os filhos se tornem homossexuais, não tendo sido encontrada evidência de investidas incestuosas delas para com os filhos. Essencialmente, não foram detectadas diferenças na identidade de gênero, no comportamento do papel sexual ou na orientação sexual. Todas as crianças pesquisadas relataram que estavam satisfeitas por serem do sexo que eram, e nenhuma preferia ser do sexo oposto.

Também não foi detectada qualquer tendência importante no sentido de que filhos de pais homossexuais tenham a mesma opção sexual dos pais, como bem preleciona a citada autora(2000, p.100):

A criação em lares formados por lésbicas não leva, por si só, a um desenvolvimento psicossocial atípico ou constitui um fator de risco psiquiátrico. Diante de tais resultados, não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores é geradora de patologias, eis não ter sido constatado qualquer efeito danoso para o desenvolvimento moral ou a estabilidade emocional da criança conviver com pais do mesmo sexo. Muito menos se sustenta o temor de que o pai irá praticar sua sexualidade na frente ou com os filhos. Assim, nada justifica a visão estereotipada de que o menor que vive em um lar homossexual será socialmente estigmatizado e terá prejudicado seu desenvolvimento, ou que a falta de modelo heterossexual acarretará perda de referenciais ou tornará confusa a identidade de gênero.

Diante de tais considerações, deve-se atentar para o fato de que o Direito precisa acompanhar os anseios da Sociedade, de forma a acolher as particularidades que possam advir. Além do mais a que ressaltar o Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), que afirma no seu artigo 4º que: "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de

acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito", complementando com seu art. 5º, ao dispor que, "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

Por ser, a adoção por casais homossexuais, um caso de omissão legislativa, cabe aqui a aplicação analógica, ou consuetudinária do Direito, além da aplicação dos princípios gerais de direito, sempre atentado aos fins sociais da lei, e às exigências do bem comum. Desse modo, é possível equiparar a adoção por homossexual à adoção por heterossexual, posto que o único elemento discrepante seja a orientação sexual do adotante, que não é requisito essencial para que se proceda a adoção.

Destarte, diante no imenso número de crianças necessitando de um ambiente familiar adequado, bem como a existência de casais homossexuais bem estruturados sob todos os aspectos, desejando constituir uma família, é tempo de o Direito ser aplicado a todo cidadão, sem distinção de qualquer fator, posto que cabe ao Estado atender as peculiaridades que há na sociedade atual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada sobre o tema proposto, possibilitou expressivas considerações acerca da possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais no Brasil, observando as alterações na ótica processual trazidas pela Lei 12.010/2009. Ao analisar tal possibilidade jurídica percebeu-se, que os lares constituídos por estes casais podem ser ambientes normais para o regular desenvolvimento sócio-educativo de qualquer criança tendo em mira que, igualmente do que ocorre na família cujo poder familiar está nas “mãos” de heterossexuais, em vários desses lares existem os mesmos valores preconizados pela tradicional família heteroafetiva. Essa reflexão resultou da análise da legislação e julgados de Tribunais brasileiros, das concepções doutrinárias e jurídicas, bem como do estudo dos procedimentos adotados pela Lei Nacional de Adoção.

O presente estudo realizou-se por meio do levantamento bibliográfico referente ao tema, seleção do material adquirido, e em seguida fichamentos do material selecionado, entre eles, livros, revistas, doutrinas, jurisprudências, artigos da internet, julgados de Tribunais, e outras publicações, bem como, analisou-se a legislação que regulamenta o instituto da adoção. Fazendo-se uso dos métodos dedutivo, comparativo e histórico-evolutivo.

Constatou-se perfeitamente que, com o decurso do tempo tem-se conseguido relevantes modificações na seara da adoção, precipuamente no sentido de conseguir uma família para uma criança e não uma criança para satisfazer as necessidades de um casal sem filhos. Desta feita, o enfoque social dado ao instituto da adoção deve, sobretudo, observar, o dispositivo do art. 43 do ECA, que estabelece ser a adoção deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Verificou-se, ainda, que muito se discute nas mais diversas comunidades jurídicas, sobre as legislações que admitem a união entre homossexuais, bem como acerca da possibilidade de regulamentação legal desta nos países que não a reconhecem. Tendo como principal justificativa a similaridade de características entre as uniões homoafetivas, a saber, a convivência duradoura, mútuo compromisso emocional e financeiro e, sobretudo, o objetivo de constituir uma família.

Percebeu-se que, de um lado, sob esta ótica, o núcleo fundamental da família é o afeto; as pessoas que a compõem devem ser respeitadas em suas individualidades e dignidade. De outro lado, a realidade aponta para a existência de relacionamentos afetivos estáveis entre casais homossexuais. O fato de não haver lei específica regulamentando esta nova relação não

pode ser empecilho a que se reconheça que o convívio entre pessoas do mesmo sexo configura uma espécie de união estável, que gera o aspecto familiar.

Assim, no que tange a possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos à luz da Lei 12.010/2009, considerando as principais alterações sob a ótica processual, verificou-se que os magistrados têm decidido levando-se em consideração os interesses dos menores, sendo este um ato de extrema responsabilidade, por isso, não é qualquer vinculação heterossexual que revela a segurança afetiva e estabilidade, bem como, não é qualquer união homossexual que pode ensejar colocação do menor em seio familiar homoafetivo.

Desta feita, é admissível que casais homossexuais postulem adoção de crianças ou adolescentes obedecendo aos critérios legais, tais como o acompanhamento da autoridade Judiciária e do Ministério Público, bem como da equipe interprofissional, além de observar cada caso concreto, priorizando, sempre, o interesse do adotado. Sob tais perspectivas, sedimentam-se, nos mais diversos segmentos da área jurídica, o entendimento – ao qual aderiu este estudo monográfico – de não haver obstáculos de fato e de direito no tocante à adoção por parte dos, atualmente denominados, casais homoafetivos.

Deve-se atentar, para o fato de que o Direito deve acompanhar os anseios da sociedade, de forma a acolher tal possibilidade. E mais, quando a lei for omissa, o juiz deverá decidir o caso de acordo os princípios gerais do Direito, posto que observando tais preceitos estará o magistrado agindo com observância aos fins sociais e as exigências do bem comum, de forma a buscar os meios que confirmam a uma criança um lar, uma família, e o amor almejado por muitas.

REFERÊNCIAS

_____. **Comentários À Lei 12.010 De 2009 – Lei Do Direito À Convivência Familiar**, Disponível em: http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/adocao/lei_direito_convivencia_familiar.pdf Acesso em 20. jan. 2011.

_____. **Novas Regras Para Adoção (Guia Comentado) Amb- Associação De Magistrados Brasileiros**, ANO 2009

BRASIL, TJPR -. AI n.º 95738-6, 1ª Câmara Criminal, Rel. Juiz Convocado Campos Marques. Disponível em: www.tj.pr.jus.br. Acesso em 20.jan 2011

_____, TJRO, AI 1000052009002289-6, Rel. Des. Moreira Chagas. Disponível em: www.tj.ro.jus.br. Acesso em 12 mar 2011

_____, TJRS – AC n.º 70024893885, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho. Disponível em: www.tj.rs.jus.br; Acesso em: 23.jan.2011.

_____, TJRS – EI n.º 70011120573, 4º Grupo Cível, Rel. Des. Jorge Carlos Teixeira Giorgis. Disponível em: www.tj.rs.jus.br; Acesso em: 23.out.2010.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 1. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2010.

_____. [Treze em um; leis etc]. **Constituição Federal de 1988**, Código Civil de (2002 e 1916), Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal, Código Tributário, Código Comercial, Código de Defesa do Consumidor, Código de Trânsito Brasileiro, Código eleitoral, Código Florestal, Consolidação das Leis do Trabalho, Estatuto da Criança e do Adolescente. Legislação Complementar Fundamental. Organização, equipe América Jurídica. Rio de Janeiro: RJ. América Jurídica, 2010.

BRITO, Ferananda de Almeida. **União afetiva e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2005.

COELHO, Karine. **Pacto Civil de Solidariedade** Disponível em <http://www.vidalusa.com/juridico/> Acesso 10 jan 2010

CORNÉLIO , LAÍS DO AMOR **Adoção: o que mudou com a Lei 12.010/09?**, ano 2010, Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2,29358> Acesso 12 jan 2011

CURY, Munir; SILVA, Antonio Ferando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcial et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Malheiros, 1992.

DAHER, Marlusse Pestana. **Família Substituta**. Jus Navegandi, Teresina, ano 3, n.27, dez. 1998. Disponível em :<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1655>>. Acesso em 10 out. 2010

DANTAS, Danilo Sérgio Moreira. **Nova lei nacional de adoção (lei 12.010, de 29 de julho de 2009) e as novas diretrizes para a adoção no Brasil, à convivência familiar e garantias dos adotandos**. Disponível em www.jurisway.org.br, ano 2009. Acesso em 05 jan 2011

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo Revista dos Tribunais 2007

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. v.5. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERNANDES, Taisa Ribeiro. **Unões Homossexuais**. Efeitos Jurídicos. São Paulo. Método, 2004

FERREIRA, Luana Machado. **Adoção por homossexuais**. Disponível em : <http://www.glspart.com.br/enfoques/adocao.htm>. 15/05/2001. Acesso em 12 fev 2011

FREITAS, Lúcia Maria de Paula. **“Adoção-Quem de nós quer um filho?”**. In Revista Brasileira de Direito de Família, Ano III, nº 10. Porto Alegre: Síntese, 2001.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A relação homoerótica e a partilha de bens**. In: Instituto Interdisciplinar de direito de família – IDEF (Coord.): Homossexualidade discussões jurídicas e psicológicas, p. 130-131. 2000

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Direito de Família. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

HONORATO, Cássio Mattos; LENTCH, Gilciane Pacheco. **Adoção de crianças e adolescentes: princípios e a sentença que constitui o vínculo de filiação**. Revista de direito privado. n. 29. ano. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais jan-mar. 2007.

INSTITUTO DE ENSINO PROFESSOR LUIZ FLAVIO GOMES. **Do reconhecimento de direitos à união homoafetiva**. Lara Gomides de Souza. Disponível em http://www.ifg.com.br/public_html/article.php?story=20060809114541963. Acesso em 14 fev 2011

LADVOCAT, Cynthia. **Jurisprudências sobre adoção por casal homossexual**. Disponível em <http://blog.cynthialadvoocat.com.br/2010/01/04/jurisprudencias-sobre-adocao-por-casal-homossexual/>. Acessado em 28 jan 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente.Aspectos Teóricos e Prático**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

MALHEIROS, Antônio Carlos. **Lei de adoção: Judiciário não consegue atender demanda**. Disponível em: www.portalbahia.com.br/falabahia. Acesso em 02 nov 2010

MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro:Aide, 1993

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forence, 1991.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Da união estável. Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERES, Ana Paula Airiston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Flavia Ferreira. **Adoção por homossexuais**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2669>, Acesso em 20 fev 2011.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus de. Artigo: **Decisões Judiciais Inéditas viabilizam Adoção por casais Homossexuais no Brasil**, 2006. Disponível em http://www.portaldodireito.com.br/index2.php?option=content&do_pdf=1&id=170. Acesso em 22. Jan. 2011.

TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VILLELA, João Baptista. **Despreparo ou manipulação? A tragédia Cássia Eller um ano depois**. In "Del Rey Revista Jurídica", ano 5, nº 10, Belo Horizonte: Del Rey, jan/fev/mar de 2003.

WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.5. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991.