

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

**CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM PREPARAÇÃO PARA
MAGISTRATURA**

MARCELO VITTO BONGIOLO

**A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAIS
HOMOAFETIVOS**

CRICIÚMA, NOVEMBRO DE 2010

MARCELO VITTO BONGIOLO

**A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAIS
HOMOAFETIVOS**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Pós Graduação *Lato Sensu* em preparação para a magistratura, da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: MSc. Ismael Francisco de Souza.

CRICIÚMA, NOVEMBRO DE 2010

AGRADECIMENTOS

Aos colegas e novos amigos da Escola da Magistratura, parceiros nesta jornada e que muito colaboraram para esta conquista.

Aos meus pais e minhas irmãs que sempre me apoiaram, incentivaram e não mediram esforços para ajudar a concluir meus estudos.

Ao Mestre Ismael, orientador deste projeto, que sempre solícito me ajudou e apoiou na elaboração deste trabalho.

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade apresentar a possibilidade de casais homoafetivos no processo de inscrição do Cadastro de adoção. Para entender esta possibilidade que hoje vem sendo aceita por alguns Tribunais de Justiça brasileiros, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça. Buscou-se elencar a evolução do instituto da adoção. Enquanto que nos primórdios seria de dar um filho a quem não poderia ter, atualmente os princípios e interpretações convergem no sentido de dar uma família a estas crianças que se encontram em programa de acolhimento, prevalecendo assim o princípio de melhor interesse da criança. Conjuntamente com esta evolução do instituto da adoção, necessário se faz o estudo da evolução no direito de família em especial, das novas modalidades de entidades familiares que até a Constituição Federal de 1988 era constituída única e exclusivamente através do casamento e a partir de então reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Desta forma abriu-se margem para interpretação jurisprudencial, sendo hoje dominante a jurisprudência brasileira que reconhece a união homoafetiva como entidade familiar. Assim, com base no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e no princípio fundamental do melhor interesse da criança buscou-se defender a possibilidade de autorizar casais homoafetivos que atendam aos requisitos exigidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, a se inscreverem no cadastro de adoção. Esta evolução na legislação e na jurisprudência é fruto da realidade social vivenciada a cada momento e as normas devem ser aplicadas e interpretadas para atender as necessidades e realidades momentâneas. O método adotado foi dedutivo com procedimento monográfico em análise de jurisprudências, livros, legislações, teses e dissertações, além de artigos.

PALAVRAS CHAVE: Adoção. Entidade Familiar. Melhor interesse. Criança. Adolescente. Homoafetividade

ABSTRACT

The present study has since finality presents the possibility of couples homoffective in the process of inscription of the Register of adoption. In order that understand this possibility that today is accepted by some Brazilian Courts of Justice, inclusive for the Superior Court of Justice. There for was looked the evolution of the institute of the adoption. Whereas in the origins it seriates of a son gives to the one who might have, at present the beginnings and interpretations converge in the sense of giving a family to these children who are in program of welcome, when there is prevailing so the beginning of better interest of the child. Jointly with this evolution of the institute of the adoption, necessary the study of the evolution is done in the right of family in special, of the new kinds of familiar entities that up to the Federal Constitution of 1988 it was appointed only and exclusively through the marriage and from then it recognized the stable union between man and woman like familiar entity. In this way edge opened for interpretation jurisprudence, when there is today dominant the Brazilian jurisprudence that recognizes the union homoffective like family entity. So, on basis of the recognition of the union homoffective like familiar entity and in the basic beginning of the best interest of the child it was looked to defend the possibility to authorize couples homoffective what pay attention to the requisites demanded in the Statute of the Child and of an Adolescent, be registering in the register of adoption. This evolution in the legislation and in the jurisprudence is a result of the social reality survived all the time and the standards must be applied and interpreted to attend the necessities and momentary reality. The adopted method was deductive with monographic proceeding in analysis of jurisprudence, books, legislation, theories and dissertations, besides articles.

KEYWORDS: Adoption. Family Entity. Best interest. Child. Adolescent. Homoffective.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. A ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.	8
1.1 Breve histórico da adoção no Brasil.	8
1.2 A adoção no Direito Civil.	12
1.3 Adoção Estatutária.....	15
2. ENTIDADE FAMILIAR.....	21
2.1. Aspectos sóciojurídicos da família no Brasil.	21
2.2 Novos Arranjos familiares.	23
2.3 Homoafetividade como entidade familiar.....	28
3. A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.....	33
3.1. Requisitos da Adoção no Direito Brasileiro.....	33
3.2 Análise das decisões dos Tribunais de Justiça Brasileiros.....	36
3.3 A possibilidade de inscrição de casais homoafetivos no cadastro de adoção.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da possibilidade de casais homoafetivos se inscreverem no cadastro de adoção. Para chegar a esta possibilidade necessário se faz o estudo de alguns institutos relacionados ao direito de família.

Quando se fala em homoafetividade, o maior obstáculo a ser vencido é a discriminação que estas pessoas sofrem por parte da população e também por parte do poder judiciário quanto à possibilidade de adoção. Diante disto fica difícil para estas pessoas verem seus direitos reconhecidos. Conseguir algo é fruto de muita luta e discussão, o que não foi diferente com todo o direito de família. A realidade em que se vive é diferente daquela em que foram elaboradas as leis, necessário se faz adaptar as normas para que se possa atender aos anseios atuais, a realidade social vivenciada.

Assim o estudo trata primordialmente do instituto da adoção, sua evolução principalmente no ordenamento jurídico brasileiro, em especial ao fato de que este instituto passou a mudar o foco das atenções, sendo que o que era antes usado para dar filho à casais que não poderiam ter naturalmente, passa hoje a ser o de dar um lar a quem vive em situação de abandono, levando-se em consideração o melhor interesse do adotado e não do adotante.

Posteriormente é feito o estudo acerca da evolução do conceito de entidade familiar, tendo como finalidade demonstrar que a família brasileira passou por várias transformações, e que hoje o objetivo não é mais a geração de filhos, mas o amor, o afeto. A Constituição Federal de 1988 passou a admitir a União Estável como entidade Familiar, o que gerou margem para esta mudança inclusive no que se refere às uniões homoafetivas, sendo jurisprudencialmente aceita estas uniões como entidades familiares e reconhecendo em vários casos os mesmos direitos das uniões heterossexuais.

Com essa evolução ocorrida no direito de família em especial no instituto da adoção, procurou-se demonstrar através de princípios constitucionais e decisões judiciais, que os casais não necessariamente precisam ser formados por pessoas de sexos diferentes, que basta para o infante ter um lar, onde receberá atenção carinho, educação e afeto, independentemente da opção sexual de seus adotantes. A partir disto foi defendida a adoção como direito fundamental de qualquer ser

humano, inclusive do casal homoaefetivo, baseando-se nos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, não discriminação e melhor interesse da criança.

O método de abordagem foi dedutivo e o método de procedimento foi o monográfico com pesquisa bibliográfica e documental. O levantamento envolveu levantamentos nas seguintes bases de dados: Base de Teses e Dissertações da Capes, *Scielo*, Base de Dados do Senado Federal, além de pesquisa jurisprudencial.

1. A ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

1.1 Breve histórico da adoção no Brasil.

O instituto da adoção tanto no Brasil quanto no mundo passou por várias mudanças. Segundo Rizzardo (2008, p.541), a adoção encontra sua origem em épocas anteriores ao direito Romano, mas foi em Roma onde mais se desenvolveu este instituto, com a finalidade de dar filhos àqueles que não tinham possibilidades. Salienta ainda o autor que por bom tempo entrou em declínio a adoção, sendo restaurada na época de Napoleão Bonaparte, que não tinha herdeiros para a sucessão, sendo então, introduzida no Código Civil francês, no entanto, era raramente colocada em prática.

No mesmo sentido ensina Tânia da Silva Pereira (2008, p.420):

O instituto da adoção tem antecedentes remotos e é reconhecido pela maioria das legislações e também em praticamente todas as culturas. Sua evolução se deu em vista de novos critérios que resgatam o valor e a dignidade da criança e do adolescente, considerados pessoas capazes de adquirir e exercer direitos.

Caio Mario da Silva Pereira citado por Pereira (2008), esclarece que dentro da nossa cultura ocidental, o instituto da adoção tem sua origem no Direito Romano fundado na necessidade de satisfazer o instituto paternal, ou de cumprir as exigências do sentimento de solidariedade humana, abandonando a sua vinculação à necessidade de assegurar um continuador do culto doméstico a quem não tivesse descendentes.

No Brasil não foi diferente, o instituto da adoção também sofreu alterações e transformações com o decorrer dos tempos.

Se hoje a criança e o adolescente são sujeitos de direitos reconhecidos nos ordenamentos jurídicos nacional e internacional, e objeto de amor e de intensa proteção e afetividade da família, é preciso lembrar que nem sempre gozaram dessa privilegiada situação.(PEREIRA, 2008, p. 81)

Antes da legislação propriamente dita com relação a proteção da criança e do adolescente cabia a igreja católica o acolhimento à criança desamparada, e segundo Pereira (2008), a história de proteção a criança no Brasil começa com a chamada “Roda dos Expostos”, que teve como base a estrutura política das práticas caritativas dos enjeitados de Portugal.

[...] a roda dos expostos como um entendimento entre as Câmaras Locais e as Santas Casas cariocas e soteropolitanas, com recursos, doados por benfeitores ou fruto de contratos com a Misericórdia, passando-lhe a administração dos “expostos” mediante o pagamento de soma anual. (Pereira, 2008, p. 89)

A Roda dos Expostos, de origem Européia, recebe este nome pelo formato cilíndrico do dispositivo em que se colocavam os bebês, fixado geralmente nos muros ou janelas das instituições, o qual possuía uma abertura externa e uma divisória que garantia o anonimato do expositor ao deixar a criança. Após girar a roda, o expositor tocava a sineta para que a vigilante ou rodeira o recolhesse (MARCÍLIO, 1999).

Quanto à estrutura ou funcionamento da roda dos expostos:

No Brasil, o acolhimento de órfãos através da roda se estabelece no século XVIII e segue a tradição ibérica, segundo a qual caberia a Santa Casa de Misericórdia o monopólio da assistência à infância abandonada contando, todavia, com o auxílio da respectiva Câmara Municipal. Uma vez recebida pela Misericórdia, a criança seria criada por uma ama-de-leite geralmente até os três anos. As amas, mulheres pobres e na maioria sem nenhuma instrução, recebiam um pagamento pelos serviços prestados o que podia prolongar o período de permanência dos pequenos, caso a Casa tivesse condições de pagá-la durante esse tempo. Além disso, essa situação dava margem para diversos tipos de fraudes, como mães que abandonavam seus bebês e logo em seguida se ofereciam como nutrizas. Por falta de recursos, a instituição procurava logo empregar os órfãos, tanto como aprendizes no caso dos meninos (nas Companhias de Marinheiros ou no Arsenal de Guerra, nos quais conviviam com presos e degredados num brusca inserção no mundo do trabalho) e como domésticas no das meninas. (MARCÍLIO, 1997)

No entanto, até então a legislação que tratava da proteção da criança e do adolescente era precária. Neste sentido, Tânia da Silva Pereira (2008, p.421) expõe que a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas cuidou superficialmente da adoção em seus arts. 1635 e 1640, cabendo apenas ao Código Civil de 1916 introduzir o instituto no ordenamento jurídico Brasileiro, consagrando-o nos arts. 368 a 378.

Da mesma forma complementa, Artur Marques da Silva Filho (2009, p.35), Teixeira de Freitas na sua Consolidação, faz apenas uma referência à adoção em seu art. 217. Explicitou que aos Juízes de primeira instância compete conceder cartas de legitimação aos filhos sacrílegos, adulterinos e incestuosos, e confirmar as adoções precedendo as necessárias informações e audiências dos interessados, havendo-os.

Rebouças *apud* (Silva Filho, 2009, p.35), afirma que esta, no entanto, traçou os lineamentos de sua regulamentação no esboço, arts. 1625 a 1633. Salienta ainda, que na Consolidação de Carlos de Carvalho a matéria foi compendiada nos arts. 1635 a 1640).

Deste modo, os autores são unânimes em afirmar que a sistematização do instituto da adoção se deu com o revogado Código Civil (lei 3071, de 01.01.1916).

Quanto à evolução legislativa do instituto da adoção Albergaria (1990, p.37), explica que a natureza jurídica da adoção clássica resumia-se no contrato entre seus sujeitos, ainda não havia a intervenção do Estado, pois prevalecia a autonomia da vontade das partes.

Conforme Lidia Webber (2010, p.54), no que se refere à adoção um grande passo foi dado através da lei 4.655/65, que criou a chamada Legitimação Adotiva, pela qual o adotado ficava quase que com os mesmos direitos e deveres dos filhos legítimos, salvo no caso de sucessão, se concorresse com filho legítimo superveniente à adoção. No entanto, ainda era muito formalista e pouco aplicada. Maior progressão para o instituto da adoção foi dada através da lei 6.697/79, que passou a admitir uma forma de adoção simples, que era aplicada aos menores em situação irregular e houve também a substituição da legitimação adotiva pela adoção plena.

A revolução no direito da criança e do adolescente veio a partir da Constituição da República federativa do Brasil de 1988 e com a conseqüentemente com a publicação da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do adolescente), o que será tratado mais especificamente adiante.

Como explica Oliveira (1999, p.148), a adoção mudou de finalidade com o passar dos anos, o que anteriormente era a de atender a interesses religiosos dos adotantes, passou a ser a de atender aos interesses do adotado, objetivando dar-lhe um lar, uma família.

Nesta visão de melhor atender aos interesses e princípios que regem do direito da criança e do adolescente é que a Constituição Federal em seus art. 227, § 6º estabelece que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Assim, o direito à convivência familiar e comunitária é um dos direitos fundamentais assegurados tanto pela Constituição Federal quanto pelo Estatuto e que tem como princípio fundamentador o da Proteção Integral.

Segundo Carvalho (2006, p.362):

A Doutrina da Proteção Integral estabelece que a família é o ambiente natural para o crescimento e o bem estar de todos os seus membros e, em particular da criança e do jovem que deve receber a proteção e assistência necessária a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade.

Logo, tem-se a proteção e a assistência familiar como valores jurídicos fundamentais. A entidade familiar, juntamente com a comunidade, tem o dever de promover o devido amparo à criança e ao adolescente, pois estes têm direito a crescer e conviver com proteção e amor, desenvolvendo, assim, o afeto necessário para seu amadurecimento e sua formação humana.

O princípio do Interesse Superior da Criança e do Adolescente, também estruturante do sistema jurídico infanto-juvenil, corrobora a mudança do Estado no trato com a infância, que passou a considerar, conforme o novo ordenamento, o interesse da criança e do adolescente como de superior relevância para a consecução de seus direitos fundamentais. De acordo com Bruñol, conforme interpretação de Lima, este princípio:

[...] existe, não porque o interesse superior da criança seja algo socialmente valioso, ou em razão de qualquer outra concepção relacionada ao bem-estar social ou da bondade, mas, sim, porque a criança tem direitos que devem ser respeitados, sendo certo que, ao se tomar qualquer medida atinente a ela, devem ser adotadas aquelas medidas que promovam e protejam esses direitos e não as que possam prejudicá-los. (2001, p.221)

O reconhecimento do interesse superior da criança e do adolescente não advém, portanto, da bondade ou benemerência do Estado. Consiste, unicamente, pelo simples fato de serem sujeitos de direitos.

Segundo Custódio e Veronese (2009,p.115)

Por isso, todos os atos relacionados ao atendimento das necessidades da criança e do adolescente devem ter como critério a perspectiva dos seus melhores interesses. Essa perspectiva é orientadora das ações da família, da sociedade e do Estado, que nos processos de tomada de decisão, sempre, devem considerar quais as oportunidades e facilidades que melhor alcançam os interesses da infância.

Logo, reconhecido o interesse superior da criança e estabelecida a responsabilidade compartilhada entre família, sociedade e Estado, é dever destes a promoção do direito à convivência familiar e comunitária.

Para Albergaria (1990, p.17), a adoção na sua atual concepção, visa a resgatar a dignidade humana da criança em situação de abandono. A dignidade da pessoa humana não reside apenas em seu valor pessoal, mas decorre, sobretudo de sua qualidade de membro do gênero humano.

A adoção na modernidade moderna desloca o seu centro de gravidade do adotante para o sujeito adotado, seu objetivo é a criança. (Albergaria, 1990, p. 38).

Albergaria ao comentar que o instituto da adoção merece atenção especial do Estado e que trata-se de um problema atual exemplifica:

A adoção plena, como a adoção simples do menor, são medidas de proteção da infância desassistida ou de defesa preventiva da sociedade, cuja sobrevivência se baseia na preservação da criança e em sua integração na comunidade. A sociedade futura dependerá da proteção a salvaguarda das novas gerações. Os técnicos em planejamento da política social reconhecem que a assistência social à criança representa investimento análogo ao da educação, e o menor educado, preparado para a maturidade e integrado na vida da nação significará o melhor investimento, com rentabilidade econômica, social e cultural. Nos países subdesenvolvidos, o abandono do menor é mal crônico. Já se observou que o abandono do menor é uma doença dos países subdesenvolvidos, e a delinqüência juvenil, um mal na sociedade industrial. Por essas razões, a instituição merece especial atenção do Estado, como privilegiado instrumento de política do bem-estar do menor. (Albergaria, 1990, p.105)

Atualmente não existe diferença na adoção, não há mais esta diferenciação entre adoção plena e adoção simples, hoje a adoção é tratada por todos simplesmente como adoção e é regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069/1990.

1.2 A adoção no Direto Civil.

Foi através do Código Civil de 1916 que o instituto da adoção passou a fazer sistematicamente parte de nosso ordenamento jurídico, pela redação original, podiam adotar os maiores da 50 anos que não tivessem filhos dados pela natureza, devendo ser de 18 anos a diferença entre adotante e adotando. Era exigido o

consentimento dos pais ou tutor ou ainda do próprio adotando no caso de ser maior de 18 anos. (Pereira, 2008, p. 421)

Bevilacqua (1973, p.824) observa que a diferença de idade entre adotante e adotado já fazia parte do direito romano, sendo esta diferença de idade suficiente para dar ao pai ou a mãe adotiva a distância que infunde respeito, pressupõe também, maior experiência e põem cada uma sem seu lugar, os pais para velar e dirigir e filho para venerar e confiar.

Estabelecia ainda o Código Civil em seu art. 373, que o adotado poderia desligar da adoção quando cessasse a minoridade.

Destaca Bevilacqua (1973, 827) ao comentar este artigo que o infante não tem vontade própria nem discernimento para compreender se a adoção seria vantajosa ou desvantajosa. Neste sentido nada mais justo do que permitir que a criança ao adquirir a maioridade, possa romper com vínculo pessoal que lhe desagrade.

Estabelecia ainda em seu art. 374 que a adoção poderia ser dissolvida por acordo das partes ou ainda quando o adotado cometer ingratidão com o adotante.

Na seqüência estabelece que a adoção fosse feita por escritura pública.

Por fim, elencava em seu art. 378 que os direitos que resultassem do parentesco natural, não se extinguiriam pela adoção, exceto o pátrio poder que será transferido do pai natural para o adotivo. Assim, Bevilacqua (1973, 832) explica que o adotado continuaria a ter direitos com relação à família natural, como se não sobreviesse a adoção.

Segundo Pereira (2008, p. 421):

A Lei 3.133/57, entre outras substanciais alterações ao Código Civil, reduziu a idade para a adoção de 50 para 30 anos, autorizando a adoção a casais que tivessem cinco anos de casados, bem como ao tutor ou curador do pupilo ou curatelado após prestar contas de sua administração. Foi dado ao adotado o direito de desligar-se da adoção ao cessar a menoridade ou a interdição, admitindo a dissolução do vínculo da adoção por acordo e nos casos em que era admitida a deserção. A adoção se fazia por escritura pública e o parentesco resultante se limitava ao adotante e adotado, o que levava a exclusão dos direitos sucessórios se os adotantes tivessem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos.

Estas disposições encontravam-se elencadas nos arts. 368 a 378 do Código Civil de 1916.

A legislação sobre adoção foi sofrendo alterações, surgiu então a lei 4.665, de 1965, que segundo Artur Marques da Silva Filho (2009, p.37), é considerada por muitos como um marco da legislação brasileira, pois estabeleceu a legitimação adotiva, cujos princípios acabaram acolhidos no Código de Menores (Lei 6.697, de 10.10.1979).

Conforme Pereira (2008, p.422), o Código de Menores de 1979 introduzia no Brasil a Legitimação Adotiva, sem extinguir a adoção simples do Código Civil de 1916. Tal lei manteve a idade mínima de 30 anos para os casais interessados, autorizou o procedimento antes desta idade, desde que o matrimônio tivesse mais de cinco anos e provada a esterilidade e estabilidade conjugal. A grande novidade se dava pelo fato de que a legitimação só ocorreria por decisão judicial e não mais escritura pública, sempre acompanhada pelo Ministério Público, e a sentença definitiva e irrevogável era averbada no registro de nascimento da criança, não devendo revelar o nome dos pais naturais e extinguindo o parentesco com a família natural.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, foram revogados os princípios do Código Civil de 1916 para os menores de 18 anos que passaram a ser regidos pela nova lei. Aos maiores desta idade se aplicavam os princípios do Código Civil vigentes, respeitados os princípios constitucionais de 1988. (PEREIRA, 2008, 425).

O código civil de 2002, antes da lei 12.010/2009, elencava em seus arts. 1618 e ss. os requisitos para adoção, onde estabelecia idade mínima de 18 anos para o adotante, ainda estabelecia a diferença de 16 anos entre adotante e adotado, bem como a concordância dos pais ou representante legal, de quem se deseja adotar, e ainda, da concordância do adotado caso conte com mais de 12 anos. Referido consentimento poderia ser revogado até a publicação da sentença constitutiva de adoção, e era dispensado caso fossem desconhecidos os pais do adotando ou tivessem sido destituídos do poder familiar.

A adoção segundo o Código Civil de 2002 só poderia ser deferida a duas pessoas, caso fossem marido e mulher ou vivessem em união estável.

Estabelece ainda, que a adoção observará o devido processo legal e judicial, inclusive aquela em que os adotandos fossem maiores de 18 anos.

Com a entrada em vigor da lei 12.010/2009, foram revogados praticamente todos os artigos referente à adoção no Código Civil, restando apenas dois artigos, sendo eles:

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

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.

Diante disto pode-se perceber que a adoção hoje é integralmente regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (lei. 8.069/90).

1.3 **Adoção Estatutária.**

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, faz-se necessário para adequar o instituto da adoção e os direitos da criança e do adolescente a elaboração de uma lei que atendesse aos princípios agora elencados na Carta Magna, surge então a lei 8069/90, principalmente para regulamentar o artigo 227.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O estatuto da criança e do adolescente (lei 8069/90) estabelece já em seu artigo primeiro que a lei disporá sobre a proteção integral a criança e ao adolescente. No que se refere à adoção podemos citar primordialmente o art. 19, onde estabelece:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

No mesmo sentido do art. 227, § 6º da Constituição Federal, o art. 20 do Estatuto estabelece:

Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que toda criança deve ser criada e educada no seio de sua família, e excepcionalmente em família substituta. No que se refere à família substituta o Estatuto estabelece a partir do art. 28 as possibilidades e requisitos de inserção em família substituta que se daria através da guarda, tutela ou adoção.

Dentro das disposições gerais que tratam da colocação em família substituta, podemos destacar ainda a necessidade de consentimento do maior de 12 anos, que deverá ser colhido em audiência, levando-se em conta também na apreciação do pedido de colocação em família substituta o grau de parentesco entre as partes, sendo que os irmãos que serão colocados à adoção, guarda ou tutela, devem ser postos na mesma família, para evitar rompimento do vínculo fraternal, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso.

Esclarece também que a inserção da criança ou adolescente em família substituta será precedida de preparação gradativa e de posterior acompanhamento por profissional a serviço da Justiça da Infância e Juventude, consistindo, na prática, no estudo social realizado pela assistente social.

O estudo em questão refere-se principalmente ao instituto da adoção que encontra-se elencado a partir do art. 39 do ECA, que sofreram substanciais alterações com a promulgação da lei 12.010/2009. Estão aí dispostos os requisitos e procedimentos a serem observados em caso de adoção, os quais passarão a ser analisados.

No que se refere a possibilidade de adoção apresentada pelo ECA, podemos afirmar que se trata de medida excepcional, assim como as outras modalidades de colocação em família substituta, no entanto, quanto a adoção o art. 39, § 1º, estabelece que a mesma é irrevogável.

Quanto à irrevogabilidade da adoção destaca-se:

A irrevogabilidade da adoção, após o trânsito em julgado da sentença, pressupõe, ato jurídico perfeito e fundamenta-se na equiparação estabelecida no parágrafo 6 do art. 226 da Constituição Federal. Alerta-se, no entanto, a possibilidade de ação rescisória (art. 485, CPC) desde que

identificadas quaisquer das hipóteses indicadas na lei processual. (PEREIRA, 2008, p.427)

Adoção segundo o Estatuto não pode ser realizada por procuração, estabelece a idade máxima de 18 anos ao adotando nada data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela do adotante.

Em seu art. 41, garante ao adotado a condição de filho, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando de quaisquer vínculos com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (art. 1521 do CC).

Art. 1.521 do CC. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante; [...]

Quanto a capacidade para ser adotante estabelece o ECA que podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, no entanto, estabelece que para adoção conjunta é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou vivam em união estável, comprovada a entidade familiar. Exige ainda, como em toda legislação brasileira até então existente a necessidade de uma diferença de idade entre o adotante e adotado, que hoje conforme o estatuto em seu art. 42, § 3º, é de 16 anos.

O art. 43 do ECA, estabelece que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando. Neste sentido, como já exposto acima, podemos perceber que a adoção vem sofrendo alterações significantes, principalmente neste ponto, quando nos primórdios a preocupação era com a família que não poderia ter filhos, com a religião, hoje não mais assim definida, sendo relevante neste momento a situação da criança, levando-se principalmente em consideração o direito da criança e do adolescente a uma vida digna e diante de uma família que possa proteger e dar assistência.

O consentimento dos pais também é exigido, como em leis anteriores. No art. 45 o Estatuto elenca tal requisito, dispensando-o quando os pais forem desconhecidos, tiverem sido destituídos do poder familiar ou ainda quando o adotado contar com mais de 12 anos de idade.

O Estatuto ainda se preocupa com a adaptação da criança adotada com a nova família, visto que, atualmente o que se leva em consideração é o melhor

interesse para o adotado, a preocupação com os infantes, que eles possam ser inseridos em famílias aptas a criar e educar. Por isto em seu art. 46, a lei 8069/90, exige antes de ser deferida a adoção o estágio de convivência, pelo prazo que a autoridade judicial achar conveniente, sendo dispensado este apenas quando o adotado já estiver sob a guarda ou tutela do adotante por tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da adoção.

Antes da promulgação da lei 12010/09 o Estatuto estabelecia neste mesmo artigo que o estágio de convivência para adoção internacional seria de no mínimo quinze dias para criança de até dois anos de idade e de 30 dias quando tivesse mais de dois anos de idade. Com o advento desta lei o prazo de estágio para adoção internacional passa a ser único e de no mínimo trinta dias.

Cabe ressaltar ainda, que este estágio conforme preceitua o art. 46, deverá ser acompanhado por profissionais a serviço da Justiça da Infância e Juventude, que deverá, ao final, apresentar relatório minucioso acerca da conveniência da aplicação da criança em família substituta.

Quanto ao procedimento de adoção o ordenamento jurídico brasileiro exige o procedimento judicial, a sentença que constituirá o vínculo da adoção e posterior averbação no registro civil. Em todos os processos de adoção intervirá também o Ministério Público, consoante dispõe o art. 82 do Código de Processo Civil.

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Segundo Maria Berenice Dias (2010, p.422), a ação de adoção, tanto de maiores, quanto de crianças e adolescentes, será processada perante as varas de família, no entanto, quando tratar-se de adoção de crianças ou adolescentes em situação de vulnerabilidade, consoante dispõe o art. 98 do ECA, a competência seria então das varas da infância e juventude. (ECA, art. 148, III)

Esclarece ainda a mesma autora:

A fixação da competência deve atender ao princípio do juízo imediato, ou seja, do juízo onde se encontra o adotando, critério que melhor atende aos objetivos do ECA para a outorga de uma prestação jurisdicional mas célere e eficaz. Será determinada a realização de estudo social e, se possível,

perícia por equipe interdisciplinar, devendo a concessão da medida ser antecedida de estágio de convivência.(DIAS, 2010, p. 443)

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, todas as Comarcas deveram manter um cadastro de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas, bem como um cadastro das pessoas interessadas em adotar, como disposto no art. 50 da lei 8069/90. Afirma em seguida que não será deferida a adoção se o interessado não satisfizer certos requisitos, quais sejam, compatibilidade com a natureza da medida e oferecimento de ambiente familiar adequado.

Quanto à habilitação de pretendentes à adoção o Estatuto apresenta em seu art. 197-A e seguintes algumas exigências, sendo que deverá os requerentes apresentar petição requerendo a inscrição com os documentos exigíveis, desta petição será dada vista ao Ministério Público que poderá apresentar quesitos para a realização do estudo psicossocial, poderá também o órgão ministerial requerer a designação de audiência para ouvida dos interessados à inscrição no cadastro de adoção, bem como, requerer outras diligências que entender necessárias.

Realizadas todas as diligências e também o estudo psicossocial, a autoridade judiciária decidirá sobre habilitação dos pretendes à adoção. Caso seja deferida a habilitação, será efetuada a sua inscrição no cadastro de adoção (art. 197-E), cadastro este que segundo o art. 50, § 12, será fiscalizado pelo Ministério Público, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis. Apresenta também em seu parágrafo primeiro uma exceção à ordem cronológica, que seria a hipótese do art. 50, § 13, desde que esta seja a melhor solução para o adotando. (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 2010)

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

- I - se tratar de pedido de adoção unilateral;
- II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;
- III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

Por fim estabelece em seu art. 197-E, § 2º, que a recusa sistemática na adoção da criança ou adolescente indicados, importará na reavaliação da habilitação concedida.

2. ENTIDADE FAMILIAR.

2.1. Aspectos sóciojurídicos da família no Brasil.

Quanto à origem da estrutura familiar mundial e das entidades familiares bem como as transformações deste instituto a doutrina praticamente converge, dizendo que o marco é o Direito Romano, passando pelas modificações do direito germânico e sofrendo grandes influências religiosas através do Direito Canônico.

Neste sentido Guilherme Calmon comenta que

Na estruturação atual, os juristas são unânimes em reconhecer como antecedente remota da família moderna a estrutura familiar da civilização romana, com as modificações sofridas posteriormente, notadamente do Direito Canônico e das instituições germânicas. (CALMON, 2001, p. 29)

Complementa ainda o autor que na civilização romana a estrutura era calcada no modelo patriarcal, o pai, o homem era o centro da família, como figura principal. Desta forma a família tinha um único comandante, um chefe familiar. (CALMON, 2001, p. 29)

A evolução do Direito Romano conduziu progressivamente a uma restrição da autoridade do *pater*, concedendo-se maior autonomia à mulher e aos filhos. No período imperial, a mulher passa a gozar de autonomia, participando da vida social e política. (CALMON, 2001, p. 31)

No que se refere a influência religiosa cabe exemplificar:

Com o aparecimento do Cristianismo, a Igreja passou a legislar através das normas que denominou cânones, com a finalidade de diferenciá-las das leis que provinham do Estado, sendo certo que a Igreja, no início de suas atividades, não interferiu no Direito Romano, pertencente ao Estado. O conjunto de normas editadas pela Igreja passou a ser denominada Direito Canônico, consistente na legislação eclesiástica elaborada, sendo que no curso dos tempos uma das questões mais freqüentemente abordada pela Igreja foi justamente a família, em especial o matrimônio. (CALMON, 2001, p. 33)

E ainda:

A partir de tais considerações, a Igreja passou a entender que, sendo o matrimônio um sacramento e sujeito à indissolubilidade, todas as outras uniões entre homem e mulher fora do casamento eram uniões precárias, passíveis de pronta dissolução, apresentando-se como concubinato. (CALMON, 2001, p.33)

Na sua evolução pós-romana, a família recebeu a contribuição do direito germânico. Recolheu, sobretudo, a espiritualidade cristã, reduzindo-se o grupo

familiar aos pais e filhos, e assumiu cunho sacramental. Substituiu-se a organização autocrática uma orientação democrático-afetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor. (Pereira, 1997, p. 19)

O pai exerce o pátrio poder no interesse da prole menos como direito do que como do que como complexo de deveres (poder-dever, em lugar de poder-direito). A expressão poder marital já se considera um eufemismo vazio do antigo conteúdo. Os filhos podem adquirir bens, que, em sua menoridade, são administrados e usufruídos pelos pais. A mulher forma seu patrimônio reservado, de que o marido não pode dispor, e ainda tem a faculdade de defender a sua parte do acervo comum, contra os credores do marido. Cooperava na administração do lar, repartindo com ele as decisões e responsabilidades. (PEREIRA, 1997, p. 19)

No Brasil, não foi diferente, passou também o direito de família como um todo por algumas transformações com o decorrer dos anos, com o surgimento dos movimentos sociais e novas necessidades, sejam elas sociais, econômicas ou políticas, teve este direito que se adaptar as realidades.

Sobre a evolução do direito de família ou as normas que a regulam destaca-se:

O assunto família no Brasil praticamente passou despercebido pelos responsáveis pela elaboração das duas primeiras Constituições nacionais, pois a primeira de 1824, nenhuma referência fazia à família em particular e a segunda apenas passou a reconhecer o casamento civil como o único ato jurídico capaz de constituir família, determinando que sua celebração fosse gratuita. Nada mais disse sobre a constituição da família. (OLIVEIRA, 2002, p. 25)

Continua o mesmo autor, discorrendo sobre a evolução constitucional do direito de família:

A constituição de 1934, na esteira da evolução do direito constitucional do século XX, incluiu tópicos além do político, em especial o social, acabou por consagrar um capítulo inteiro a respeito do assunto, dispondo que a família ficava sob a proteção do Estado e que sua base estava no ato jurídico do casamento indissolúvel. A partir deste primeiro marco, o direito constitucional brasileiro nunca mais deixou de regulamentar a constituição da família em nosso país. (OLIVEIRA, 2002 p. 27)

As Constituições seguintes seguiram a mesma linha de pensamento apontando o casamento a única forma de se constituir família, bem como sua indissolução (BRITO, 2000, p.25).

É na Constituição da República Federativa do Brasil, que pela primeira vez na história brasileira, se percebe a inserção de união extramatrimonial, reconhecendo expressamente a união estável entre um homem e uma mulher como entidade familiar.

Calmon afirma que esta evolução é fruto das influências sociais que o instituto vem sofrendo e não é de agora. Neste sentido:

Verifica-se que a evolução da família desde a época do Direito Romano, é fruto de uma série de influências das mais variadas, cumprindo assinalar que as modificações ainda encontram-se em andamento, bastando para tanto ser relembradas as discussões que vêm sendo travadas mundialmente e, particularmente no Brasil, envolvendo assuntos da maior relevância, inclusive quanto à própria noção atual da família e as repercussões jurídicas daí decorrentes. (CALMON, 2001, p. 37)

Os monumentos mais significativos da vida dos povos dedicam seu interesse a família como organismo. A Carta das Nações Unidas, votada pela ONU, em 10 de dezembro de 1948, alude particularmente ao direito de “fundar uma família”, sem quaisquer restrições étnicas ou religiosas. E acrescenta: “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. (PEREIRA, 1997, p. 03)

A legislação adapta-se depois de muito já existir na realidade social. O que a princípio seria entidade familiar apenas aquela gerada através do casamento, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a reconhecer também como entidade familiar aquela originada pela união estável entre o homem e a mulher. Analisando esta nova forma de constituição de entidade familiar, e estes novos pensamentos, o redirecionamento do fundamento da entidade familiar, que não mais está ligado diretamente a formalidade do casamento e sim às reais e atuais características que configuram uma família, que seria o amor, o afeto, a convivência em comum de forma harmoniosa, é que será feito um estudo detalhado no próximo capítulo.

2.2 Novos Arranjos familiares.

Os novos aspectos no que se referem a entidade familiar de longe vem se vendo na prática, mas na legislação a grande mudança veio com a Constituição Federal de 1988 onde estabelece um conjunto de princípios, mas especificamente para este estudo, o disposto em seu art. 226, § 3º .

Art. 226 da CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Com relação aos novos arranjos familiares, Nahas, comenta:

Com a nova ordem constitucional, desfez-se a exclusividade do matrimônio, e a pluralidade teve garantido o seu espaço. Destaca-se especialmente o reconhecimento dos efeitos jurídicos às famílias, de fato, de pessoas de sexo diversos, ou seja, aquela geradas no seio da sociedade, independente de uma solenidade jurídica para a constituição de um vínculo. (NAHAS, 2008, p. 104)

O impulso desta mudança foi a busca pela realização do indivíduo. A família não mais objetiva a procriação e transmissão de patrimônio, busca sim a realização individual de cada ser humano. (NAHAS, 2008, p. 106)

Atualmente a uma concepção nova de família. Fala-se na sua desagregação e no seu desprestígio. Fala-se na crise da família. Um mundo diferente impõe feição moderna à família. Não obstante certas resistências e embora se extingam os privilégios nobiliárquicos, a família ainda concede prestígio social e econômico, cultivando os seus membros certo orgulho por integrá-la. Recebe inequívoca proteção do Estado, que intervém cada vez mais e na medida em que os poderes privados declinam. (PEREIRA, 1997, p. 19)

No que tange à família, esta deve ser considerada e respeitada em todas as suas diversidades, tendo em vista que o modelo tradicional de família nuclear, patriarcal (pai, mãe e filhos), concebido historicamente como ideal. Assim,

Além dos arranjos familiares, as famílias brasileiras são marcadas, ainda, por uma vasta diversidade sociocultural. Nesse sentido, vale destacar as famílias pertencentes aos povos e comunidades tradicionais, como povos indígenas e comunidades remanescentes de quilombos, cuja organização é indissociável dos aspectos culturais e da organização do grupo.
[...]

Vimos, agora, surgir a imperiosa necessidade de reconhecimento do direito à diferença, desde que respeitado o referencial dos direitos de cidadania. Ou seja, a família nuclear tradicional, herança da família patriarcal brasileira, deixa de ser o modelo hegemônico e outras formas de organização familiar, inclusive com expressão histórica, passam a ser reconhecidas, evidenciando que a família não é estática e que suas funções de proteção e socialização podem ser exercidas nos mais diversos arranjos familiares e contextos socioculturais [...]. (BRASIL, 2006, p.31)

Sem dúvida a família está passando por grandes modificações e assim se pode ver inclusive através das decisões nos Tribunais de Justiça brasileiros, falar em desagregação ou desprestígio, conforme apresentado por Pereira (1997, p.19), seria demasiado, trata-se sim de uma evolução em que a realidade social em que vivemos exige, e que tem que ser respeitada e enquanto não sobrevier legislação parar

regulamentar, caberá ao poder judiciário a aos estudiosos do direito fazer a aplicação das regras existentes de forma que possa dar a estes casos não abrangidos diretamente pela lei a melhor solução.

Cabe destacar que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, desapareceu a organização patriarcal, que vigorou no Brasil por todo o século passado, não apenas no direito, mas, sobretudo nos costumes. O pai, como um *pater* romano, exercia autoridade plena sobre os filhos, que nada faziam sem a sua permissão. Escolhia-lhes a profissão, elegia o noivo da filha, estava presente em toda a vida de uns e de outros, a cada momento. (Pereira, 1997, p. 20).

A Carta Magna ao estender o conceito de família nada mais fez do que regulamentar uma situação que na realidade já existirá a tempo.

Gradativamente, conforme se operavam as mudanças sociais, também o casamento foi mudando o seu perfil. Questões patrimoniais deixaram de ser prioritárias, e o instituto foi se tornando cada vez menos um negócio para a constituição da família e transmissão de patrimônio, e mais uma opção dos noivos na busca da realização individual. O casamento passou a se realizar em razão do amor e do afeto.(NAHAS, 2008, p. 102)

A alteração do perfil do casamento, e dos relacionamentos em geral, acarretou um novo enfoque da comunidade familiar, antes voltado para a aceitação externa e conveniência social, para uma busca interna e conveniência individual. (NAHAS, 2008, p.103)

Houve, pois, sensível mudança nos conceitos básicos. A família modifica-se profundamente. Está se transformando sob os nossos olhos. Ainda não se podem definir as suas linhas de contorno precisas, dentro do conflito de aspirações. Não se deve, porém, falar em desagregação, nem proclamar-se verdadeiramente uma crise. Como organismo natural a família não acaba. Como organismo jurídico, elabora-se a sua nova organização. (PEREIRA, 1997, p. 20)

A Constituição Federal de 1988 abriu horizontes ao instituto jurídico, foi um marco no ordenamento jurídico brasileiro em todas as áreas e também com relação à família, que merece sua atenção em três pontos relevantes: entidade familiar, planejamento da família e assistência direta à família destacada no Art. 226. (Pereira, 1997, p.24)

Quanto ao planejamento familiar o fez fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Levou em consideração o crescimento populacional desordenado, entendendo, todavia, que cabe à decisão livre do casal a escolha dos critérios e dos modos de agir, vedada

qualquer forma coercitiva por parte das instituições oficiais ou particulares. (PEREIRA, 1997 p. 25)

No tocante a assistência familiar, dirige sua bússola, enfrentando o desafio de milhões de brasileiros que vivem em condições de miséria absoluta. Com base nesta norma constitucional (Art. 226, § 8º) incumbe a todos os órgãos, instituições e categorias sociais conscientes, envidar esforços e empenhar recursos na sua real efetivação. (PEREIRA, 1997, p.25)

Das três inovações, a que tem despertado maior interesse, suscitando certas divergências polêmicas é a que se contém na disposição do § 3º, do art. 226 da Constituição Federal, que elenca: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como “entidade familiar”, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. (PEREIRA, 1997, p. 25)

A abordagem trazida neste tópico versou sobre a união estável como entidade familiar, que mereceu atenção especial em virtude de ser o objetivo principal deste capítulo para que possamos defender adiante as uniões homossexuais como uma forma de união estável e também como entidade familiar, mas nesta nova concepção de família não se restringe a união estável.

Assim, as mudanças trazidas pela Constituição Federal não foram apenas estas, se pode perceber através dos arts. 226 e ss. da CF/88, onde estabelece diversos aspectos em especial em seu art. 226, de onde a principal mudança encontra-se na não necessidade do casamento para constituir família, mas também se destaca, que para configurar como entidade familiar não mais precisa da figura masculina e feminina como nas legislações anteriores, pode-se conceber entidade familiar formada por um dos pais e seus descendentes. Outra inovação que muito a Carta Magna enfatiza é a igualdade de direitos entre homens e mulheres. Sem dúvida estas inovações eram necessárias e a nossa realidade exigia.

Sobre os princípios da igualdade e da liberdade cabe salientar:

A liberdade e a igualdade são os dois principais valores das sociedades contemporâneas ocidentais. Trata-se de elementos constitutivos de nosso sistema judiciário. O direito se ampara nesses dois valores e por vezes sugere um conflito entre ambos. Compreendendo a liberdade como um valor situado no espaço privado. Posso afirmar que a liberdade é um valor profano e a igualdade é um valor divino. (APPIO, 2008, p. 341).

Assim, quanto a alteração no conceito e na estrutura familiar, surgem outras situações;

Modernamente, o grupo familiar se reduz numericamente. A necessidade econômica ou a simples conveniência leva a mulher a exercer atividades fora do lar, o que enfraquece o dirigismo no seu interior. Problemas habitacionais e de espaço, e atrações freqüentes exercem nos filhos maior fascínio do que as reuniões e os jogos domésticos do passado. Nos meios menos favorecidos de fortuna, os menores começam a trabalhar muito cedo, seja em empregos regulares, seja em serviços eventuais e pequenos expedientes. Desta sorte diminui necessariamente a coesão familiar. O menor adquire muito jovem, maior independência, deixando de se exercer a influência parental na sua educação. (PEREIRA, 1997, p. 20)

Com as mudanças na realidade social e na família, as pessoas buscando mais cedo a sua independência, sejam as esposas, ou os filhos, e sem dúvida o grande crescimento populacional, surgem problemas que se tornam cada vez maiores e que cabe ao poder público através de medidas políticas e econômicas tentar amenizar.

Obviamente, surgem e crescem problemas sociais. Levanta-se em nosso tempo o mais grave de todos, que é o referente à infância abandonada e delinqüente, o da juventude que procura no uso das drogas uma satisfação para anseios indefinidos. Tudo isso suscita novo zoneamento de influências, com a substituição da autoridade paterna pela estatal. Mas em contrapartida, a família necessita maior proteção do Estado, e tanto mais adiantado um país, quanto mais eficiente esta se faz sentir. (PEREIRA, 1997, p. 20)

Um dos grandes debates atuais gira em torno das chamadas novas organizações familiares - ou novas famílias, novos arranjos familiares - enfim, sobre uma forma de ligação afetiva entre sujeitos onde existe, ou não, uma forma de exercício da parentalidade que foge aos padrões tradicionais: famílias monoparentais, homoparentais, adotivas, recompostas, concubinato, temporárias, produções independentes, e tantas outras. Temos, ainda, as mudanças que afetam diretamente as condições de procriação tais como: barriga de aluguel, embriões congelados, procriação artificial com doador de esperma anônimo e, muito mais breve do que se pensa, a clonagem. Seguramente, muitos destes modos de procriação e de filiação sempre existiram. (CECCARELLI, 2007).

Entretanto, eles eram marginalizados em relação aos padrões oficiais ou, simplesmente, ignorados como se não estivessem ocorrendo ou, ainda, tratados como uma fatalidade infeliz: crianças criadas por um só genitor - na grande maioria dos casos a mãe. Mas, a partir do momento que os protagonistas desses arranjos passaram a exigir seus direitos de cidadãos provocando visibilidade, começaram a surgir questões que interpelam todo o tecido social. (CECCARELLI, 2007).

Buscando defender a união homoafetiva como entidade familiar é que será dedicado o próximo capítulo deste trabalho.

2.3 Homoafetividade como entidade familiar.

O mundo de hoje vem passando por grandes e rápidas transformações e o mesmo ocorre com o padrão de família, não existe mais um padrão de família, não se pode mais caracterizar uma família como normal, estruturada, tradicional, típica ou com os seus opostos. Surgem novas terminologias como monoparental feminina ou masculina, famílias de produção independente, famílias recasadas, famílias homossexuais masculinas ou femininas. E esse último arranjo de família citado talvez seja o mais polêmico e mais permeado de mitos e dúvidas. (Mães Homossexuais e seus filhos: Os novos arranjos familiares. Disponível em <http://users.cjb.net/maehomo/arranjos.htm>. Acesso em 15/09/2010).

Buscando defender estas novas formas de entidade familiar, em especial a homoafetiva e que será direcionado este capítulo.

Os Estados Democráticos de Direito consagram como fundamentos a dignidade da pessoa humana, e liberdade, suas manifestações e igualdade de todos perante a lei. No entanto, a realidade é outra, sendo comum pessoas sofrerem situações de discriminação e preconceito. (FIGUERAS *apud* Porto, 2003, p. 224)

Entendendo-se, como dignidade da pessoa humana:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.(SARLET *apud* CACHAPUZ, 2005)

No que tange a sexualidade, é manifesta a discriminação dos indivíduos com opção sexual diversa da heterossexual, que se encontram inclusive, legalmente marginalizados, porque inexistente regramento jurídico específico para tutelar os direitos e deveres advindos das relações entre pessoas do mesmo sexo.

Segundo Dias (2009, 178-179), tem enorme importância o fato de a Constituição Federal de 1988 ter trazido os conceitos de entidade familiar e de união

estável, mas sem definir nenhum destes, pois abre margem para um alargamento do direito de família. Afirma ainda que a Carta Magna elegeu o afeto como elemento constitutivo da união estável, passando também a família a identificar-se com a presença do vínculo afetivo. Além disto a Constituição elencou outro ponto importante, pois assegurou o direito à igualdade e proibiu qualquer espécie de discriminação, inclusive em relação ao sexo.

[...] as uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar a tutela jurídica, cabendo ao poder judiciário solver os conflitos trazidos, sendo incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à margem determinadas relações sociais, pois a mais cruel conseqüência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças. (PORTO, 2003, 103)

Nestes casos, em que a lei silencia, cabe ao poder judiciário o papel de preencher tais lacunas, reconhecendo juridicamente as conseqüências advindas destas uniões, que sem sombra de dúvida, constituem verdadeiras entidades familiares, permeadas pelo respeito mútuo, fidelidade, convivência pública, contínua e duradoura, com a conjunção de esforços ou recursos para lograr fins comuns. (PORTO, 2003, 104).

Em que pese a idéia de família natural, nascida da informalidade de uma relação afetiva, durante muito tempo o legislador acolheu apenas o casamento como instituição apta à constituição familiar, negando efeitos jurídicos a outras espécies de união. A evolução dos costumes e a realidade das novas relações, porém, forçou a adaptação do direito dos fatos, de modo que receberam positivamente, entre outras situações, a permissão da dissolução do casamento pelo divórcio, a legitimidade dos filhos havidos fora do casamento, o concubinato e a união estável. (PORTO, 2003, p.105)

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 prescreve que a família, base da sociedade, receberá especial proteção do Estado, considerando, além daquela constituída pelo matrimônio, a comunidade formando por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como a advinda da união estável. Apesar de trazer grande inovação quanto ao reconhecimento da união estável como entidade familiar, surge outro problema, pois o mesmo artigo refere-se apenas a união entre homem e mulher, acabando por gerar mais um ponto de discussão, pois não regulou a união estável entre pessoas do mesmo sexo, cabendo então a jurisprudência fixar esta interpretação.

Esta exigência de diversidade de sexo para que se configure uma união como estável acaba por ferir os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, reconhecidos na Constituição como fundamentos do Estado Democrático de Direito. (PORTO, 2003, p.105).

Com o passar dos anos e das transformações da sociedade as regras se adequam as necessidades do momento e, enquanto não se adequam, cabe ao poder judiciário adaptar estas interpretações.

Enquanto a lei não acompanha os avanços sociais, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juizes, pode fechar os olhos às novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas, incumbe a justiça emprestar-lhes visibilidade e assegurar aos parceiros os mesmos direitos das demais relações de afeto. Essa é a contribuição transformadora da jurisprudência. (DIAS, 2009, p. 179)

Neste sentido, a união homoafetiva configura sim uma espécie de união estável, já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. 1. AÇÃO NOMINADA DE SOCIEDADE DE FATO. IRRELEVÂNCIA. FUNDAMENTO DA PRETENSÃO CENTRADO NA UNIÃO HOMOAFETIVA. PLEITO DE MEAÇÃO. 2. ENTIDADE FAMILIAR. RELAÇÃO FUNDADA NA AFETIVIDADE. 3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. 4. POSSÍVEL ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL. 5. COMPETÊNCIA DA VARA DA FAMÍLIA. ACOLHIMENTO DO CONFLITO.

1. "O nome iuris conferido à petição, desde que adaptável ao procedimento legal, não implica em inadequação do meio processual" (TJSC, apelação cível n. 2003.020538-1, da capital, rel. Des. José Volpato de Souza, j. Em 09.12.2003).

2. "O direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto a interesses comuns, que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independentemente da orientação sexual do par" (DIAS, Maria Berenice. união homossexual: o preconceito e a justiça. 2. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2001, p. 68).

3. "Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes as que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevado sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade." (TJRS, Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 14.03.2001).

4. "O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto. Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável." (STJ, Resp 238.715, Terceira Turma; Rel. Min. Humberto Gomes De Barros, j. em 07.03.2006).

5. Reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, centrada que é no afeto, a ela é possível atribuir, por analogia, e dependendo da prova, os reflexos jurídicos compatíveis da união estável heterossexual, cenário que faz chamar a competência da vara especializada de família.

(Conflito de Competência n. 2008.030289-8, TJSC, Relator: Henry Petry Junior, julgado em 20/10/2008)

Quanto ao surgimento de novos arranjos familiares pode-se dizer que a união homoafetiva é um deles, sendo reconhecido e admitido pela jurisprudência brasileira. A União de pessoas do mesmo sexo desde que fundada em uma relação duradoura, com comunhão deveres e direitos, há de se reconhecer a qualidade de entidade familiar, aplicando aos integrantes deste relacionamento as mesmas regras aplicadas aos relacionamentos heterossexuais, e neste sentido vem sabiamente declinando a jurisprudência brasileira.

O conceito e a estrutura familiar sofreram modificações com o passar dos anos, mudou-se aquele conceito de que para existir família, necessário se faz a presença de um homem, uma mulher e filhos. A definição de família mais do que uma relação hierárquica, em que o pai é o chefe da família, é uma relação de afeto entre as pessoas, podendo ser formadas inclusive por pessoas do mesmo sexo.

De acordo com NAHAS (2008,103), para se ter noção do que é família é necessário contextualizar na sociedade e no tempo, por ser uma realidade dinâmica.

Para caracterizar a união homoafetiva como entidade familiar, é importante além do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, que este relacionamento seja duradouro, exista os requisitos da vida em comum, neste sentido:

Presentes os requisitos da vida em comum, coabitação e mútua assistência, não há como deixar fora do conceito de família as uniões homoafetivas. É necessário que se conceda os mesmos direitos e se imponha iguais obrigações a todos os vínculos de afeto com idênticas características. (DIAS, 2009, p. 180)

Continua a mesma autora defendendo ainda a união homoafetiva como entidade familiar e cita José Carlos Teixeira:

Se duas pessoas têm vida em comum, cumprindo deveres de mutua assistência, convívio caracterizado pelo amor e respeito, a identidade meramente biológica de sexo do par não impede que se reconheçam direitos ou que se deixe de impor obrigações recíprocas. Assim, firme nos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e da igualdade, não é desarrazoado fazer uso da analogia e, com suporte nos princípios gerais do direito, aplicar os mesmos efeitos patrimoniais presentes na união estável, repartindo-se o acervo angariado pelos parceiros em sua vida em comum, desde que se vislumbre os pressupostos da notoriedade, da publicidade, da coabitação, da fidelidade, de sinais explícitos de uma verdadeira comunhão de afetos. (TEIXEIRA *apud* Dias, 2009, p.181)

Defendendo a idéia de que para a união homoafetiva constituir entidade familiar precisa provar a convivência duradoura, pública e contínua já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL. INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. 1. A união estável para ser reconhecida como entidade familiar, exige a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, inclusive com a possibilidade de sua conversão em casamento, o que não ocorre na espécie. 2. Não havendo sequer situação fática assemelhada a um casamento, sem que o par sequer tenha morado sob o mesmo teto, não há como reconhecer a pretendida união homossexual com o objetivo de estender-lhe os efeitos próprios de uma união estável. Recurso desprovido, por maioria. (segredo de justiça) (Apelação Cível Nº 70009888017, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/04/2005)

Corroborando em defesa de que as uniões homoafetivas devem ser consideradas como entidade familiar podemos destacar as ponderações de Dias (2009, p.181), destacando que em várias áreas já se pode observar esta evolução, como na partilha de bens, no direito previdenciário e também no que se refere aos alimentos.

A união homoafetiva é fato e faz parte da nossa realidade, devemos respeitar e aplicar a elas as mesmas regras que são aplicadas às outras uniões, desde que na prática constituam obviamente uma união estável, com convivência duradoura e contínua. Se for desta forma seria injusto deixar de aplicar à união homoafetiva as mesmas regras que são aplicadas às outras uniões estáveis, única e exclusivamente por causa do sexo dos conviventes, pois observando a Constituição Federal pode-se perceber que os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, bem como de promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, estariam por, se não em defender, igualar, estas uniões, ao menos, não discriminar e dar a elas as mesmas interpretações e aplicar as mesmas regras.

3. A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS.

3.1. Requisitos da Adoção no Direito Brasileiro.

No que se refere à adoção e ao direito de família como já exposto acima, pode-se perceber que, houve sensível mudança com o passar dos tempos, mudanças estas que ocorreram primeiramente na vida social e conseqüentemente vinham se adaptando nas legislações.

Com a adoção não foi diferente, começou como sendo um método de dar filhos àqueles que não tinham condições de ter um filho biológico, fazendo ainda distinção entre filho biológico e filho adotado. Hoje a Constituição Federal veda esta diferenciação, os dois têm os mesmos direitos.

Com o advento da lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e também agora com a lei 12.010 de 2009, a adoção passa a ter como foco o melhor interesse da criança e do adolescente. Muda o centro das atenções, que antes era dos pais que não poderiam ter filhos e passa a pensar principalmente e primordialmente no que for melhor para o adotado.

O estatuto prevê em seu art. 19 que toda criança tem o direito de ser criada e educada no seio de sua família, excepcionalmente será posta em família substituta. A adoção assim como a guarda e a tutela são formas de colocação em família substituta, mas conforme se depreende do art. 19, são medidas excepcionais e não regras a serem aplicadas. A regra é que a criança ou adolescente deve ser criada no seio de sua família natural.

Sendo então medida excepcional, passa-se a analisar os requisitos e as possibilidades em que cabe a adoção como forma de colocação em família substituta.

O Estatuto estabelece disposições gerais acerca da colocação em família substituta, a partir do art. 28, tais regras aplicam-se à adoção, guarda e tutela e posteriormente apresenta regras específicas para cada tipo de colocação em família substituta. As regras específicas de adoção encontram-se elencadas a partir do art. 39.

Segundo Rossato (2009, p.52), existem requisitos subjetivos e objetivos que devem ser analisados quando da possibilidade de adoção. Dentre os requisitos subjetivos o primeiro seria a idoneidade do adotando, depois viria a vontade do adotando em ter a pessoa em desenvolvimento como filho. Ressalta ainda o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e se fundar em motivos legítimos, que segundo mesmo autor, traduz-se na possibilidade efetiva de convivência familiar e estabelecimento de vínculo adequado à formação e ao desenvolvimento da personalidade do adotando. (ROSSATO, 2009, p. 52)

Dentre os requisitos objetivos, Rossato (2009, 53), destaca a idade, ressaltando que podem adotar os maiores de 18 anos, e que a diferença entre adotante e adotado a de ser pelo menos de 16 anos, consoante dispõe o art. 42 da Lei 8069/90. Outro requisito seria o consentimento. O primeiro consentimento seria dos pais biológicos ou de seu representante legal, art. 45, ficando dispensado em caso de serem desconhecidos os pais ou de terem sido destituídos do poder familiar. O segundo consentimento trata-se daquele elencado no art. 45, § 2º, onde especifica que é necessário o consentimento do adotando quando este for maior de 12 anos de idade. Neste sentido, defende ainda, que o menor de 12 anos também deve ser ouvido, ainda que sua opinião não seja determinante, em decorrência do princípio da proteção integral, em que crianças e adolescentes são sujeitos de direito e não objeto de proteção. Continua ainda elencando como requisito objetivo o estágio de convivência que será realizado antes do deferimento da adoção e também ao estudo psicossocial, com a finalidade de averiguar a capacidade dos adotantes em adotar uma criança.(ROSSATO, 2009, p.53)

Todo processo de adoção tem início a partir da inscrição dos interessados no Cadastro de Pretendentes à adoção do fórum da comarca de residência com os seguintes documentos: registro de identidade; número do cadastro de pessoa física; requerimento conforme modelo; estudo social elaborado por técnico do juizado da Infância e da Juventude do local de residência dos pretendentes; Certidão de antecedentes criminais; Certidão negativa de distribuição cível; Atestado de sanidade física e mental; comprovante de residência; Comprovante de rendimentos; Certidão de casamento (ou declaração relativo ao período de união estável) ou nascimento (se solteiros); Fotos dos requerentes (opcional); Demais documentos que a autoridade judiciária entender pertinente. Todos os documentos deverão ser

apresentados em original ou fotocópia autenticada. (CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2010)

Depois de apresentados todos os documentos e de se observar os requisitos e procedimento elencados no art. 197-A e ss. da Lei 8069/90, já expostos no capítulo 1, item 1.3, o casal é inscrito no CUIDA, cadastro único de adoção de Santa Catarina.

O Cadastro único informatizado de adoção e abrigo foi instituído através do Provimento 13/2005 de 20 de outubro/2005. É um sistema de informações acerca de pretendentes à adoção, inscritos e habilitados em Santa Catarina, de entidades de abrigo e de crianças e adolescentes abrigados ou em condições de colocação em família substituta. Tem por objetivo agilizar os procedimentos relativos ao encaminhamento de crianças e adolescentes para adoção e racionalizar a sistemática de inscrição de pretendentes à adoção evitando a multiplicidade de pedidos. A nova disciplina introduz mudanças na sistemática de inscrição ficando instituído: 1. A inscrição de pretendentes à adoção residentes em Santa Catarina será feita unicamente na Comarca em que residem; 2. Uma vez deferida a habilitação, os pretendentes passam a integrar o cadastro estadual, concorrendo à adoção em todas as comarcas do Estado de Santa Catarina (CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2010).

Consoante dispõe o Estatuto da criança e do adolescente, será feita em cada comarca uma lista das pessoas interessadas em adotar e outra de crianças e adolescentes disponíveis à adoção. Habilitados os adotantes, eles aguardam na fila de espera para adoção. Quando surge uma criança a ser adotada é verificada a lista da comarca se esta se encaixa em algum perfil requerido pelos adotantes. Se na Comarca não houver ninguém interessado aí então se passa a analisar o cadastro estadual.

O art. 197 – E, do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece em seu parágrafo segundo que a recusa sistemática na adoção de crianças ou adolescentes indicados, importará na reavaliação da habilitação concedida. Interessante o exposto neste artigo, tendo em vista que os requerentes não podem simplesmente, sem motivo algum recusar a criança que preenche os requisitos requeridos, sob pena de terem reavaliada a sua habilitação.

3.2 Análise das decisões dos Tribunais de Justiça Brasileiros.

Os Tribunais de Justiça brasileiros vem renovando nas interpretações das normas referentes ao direito da criança e do adolescente, estão levando principalmente em consideração o que for melhor para criança, princípio do melhor interesse da criança, e isto já foi decidido no Superior Tribunal de Justiça.

EMENTA: Recurso Especial - Aferição da prevalência entre o cadastro de adotantes e a adoção *intuitu personae* - Aplicação do princípio do melhor interesse do menor - Verossímil estabelecimento de vínculo afetivo da menor com o casal de adotantes não cadastrados - Permanência da criança durante os primeiros oito meses de vida - Tráfico de criança - Não verificação - Fatos que, por si, não denotam a prática de ilícito - Recurso Especial Provido.

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;[...] (Recurso Especial Nº 1.172.067 - MG (2009/0052962-4), Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator : Ministro Massami Uyeda, julgado em 18/03/2010)

O Princípio do Melhor Interesse da Criança consolidou-se no ordenamento jurídico brasileiro com bases constitucionais, tendo como referências os direitos e garantias instituídas na Carta Magna, bem como dos Tratados Internacionais que o Brasil faz parte (PEREIRA, 2008, p. 39).

Um dos principais fundamentos da Doutrina da Proteção Integral é o princípio do melhor interesse da criança. Conforme este princípio da Convenção (que foi traduzido impropriamente para o português como princípio do interesse maior da criança), quando houver um conflito entre interesses de crianças e interesses de outras instituições, os primeiros devem prevalecer. A aplicação do princípio do melhor interesse da criança não pode servir como justificativa para uma atuação meramente assistencialista no trato das questões relacionadas à infância, a qual é perversa, pois no mais das vezes impede a efetiva mudança. A noção de melhor interesse da criança foi fundamental para romper com o paradigma da Doutrina em Situação Irregular. Quando a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem que o Estado, a família e a sociedade devem atuar sempre conforme o melhor interesse de toda e qualquer criança, enquadre-se ela ou não em uma das situações definidas como irregulares, passa-se de um modelo parcial que regulava somente algumas situações irregulares pra um modelo integral segundo o qual todas as crianças e adolescentes devem ter seus direitos preservados (VERONES; VIEIRA, 2006, p. 33-34)

Com relação à possibilidade de casais formados por pessoas do mesmo sexo se inscreverem no cadastro de adoção e poderem adotar uma criança vem do Estado brasileiro do Rio Grande do Sul, foi o primeiro acórdão proferido por um tribunal de justiça brasileiro. Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça gaúcho:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006)

O Tribunal de Justiça gaúcho com base em princípios constitucionais reconhece a união formada por pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, pois presente os requisitos que configuram a família e deixando de lado o preconceito e discriminação deferiu a adoção ao casal formado por duas mulheres.

No mesmo sentido do proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Superior Tribunal de Justiça em decisão inédita, confirma o acórdão gaúcho:

Ementa: Direito Civil. Família. Adoção de menores por casal homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da família. Presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a requerente. Imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores. Relatório da assistente social favorável ao pedido. Reais vantagens para os adotandos. Artigos 1º da lei 12.010/09 e 43 do estatuto da criança e do adolescente. Deferimento da medida.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências

que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam 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 a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. (Recurso Especial Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4), Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator : Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 27/04/2010)

No Estado de Santa Catarina também já existe decisão de primeiro grau, neste sentido, deferindo a adoção por casais homoafetivos, desde que preenchidos os requisitos exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo proferida na Comarca de Piçarras:

[...]Trata-se de Ação de Adoção movida por JGS e DP na qual objetivam as pretendentes a tutela jurisdicional para adotar EFG, filho de GG e JAT. Em

análise dos autos, verifica-se que as Adotantes são companheiras entre si, tendo criado o adotante desde o 40º dia de vida, como se filho delas fosse, prestando-lhe toda a assistência necessária para o desenvolvimento sadio e seguro. Em contrapartida, os pais biológicos expressaram em juízo sua concordância com a adoção, inclusive pelas duas mulheres, companheiras entre si. Como se pode observar, apesar de atípica a situação, o Superior Tribunal de Justiça já assentou um entendimento inédito no sentido de ser possível a adoção de criança por casal de homossexuais. Ademais, é salutar que se garanta à criança duas fontes de cuidados e obrigações, dentre as quais, a obrigação de alimentos e a garantia do direito de herança da criança. Desta forma, entendo que, apesar de não estar expressamente prevista em lei a possibilidade de adoção por um casal de homossexuais, não há como negar que não há proibição. Por outro lado, as correntes mais vanguardistas em direito de família e infância lamentam que a nova lei de adoção (Lei 12.010/09) não tenha acolhido expressamente esta situação, todavia, não há dúvidas de que o maior interesse da criança abarca esta possibilidade. Este é o entendimento, por exemplo, da Magistrada Fluminense Andrea Pachá, que foi a Magistrada que iniciou o projeto de Cadastro Único do Adoção junto ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Portanto, sob este prisma, entendo que estão preenchidos todos os requisitos para a adoção, de tal sorte que a procedência da ação é a medida que desponta necessária para a garantia dos direitos e do bem-estar da criança em questão[...] (Proc. 048.10.002023-0, Juíza de Direito Joana Ribeiro Zimmer, j. 02.07.2010)

Pode-se perceber pelas decisões dos nossos tribunais que a realidade social está à frente da nossa realidade legal. As leis quando feitas adaptam a uma determinada realidade, mas com o passar dos tempos a realidade e a necessidade são outras, cabe ao poder judiciário adequar estas leis, até certo ponto “ultrapassadas” em relação à realidade social, e aplicá-las de acordo com as novas necessidades. As sentenças proferidas pelo poder judiciário brasileiro quanto a possibilidade de casais homoafetivos se inscreverem no cadastro de adoção é um exemplo claro desta interpretação e adaptação que o poder judiciário vem fazendo, tendo em vista que não existe lei que preveja esta possibilidade. Com realidade social em que vivemos, com crianças em orfanatos, com baixa qualidade de vida e de ensino, não desmerecendo os orfanatos, mas sem dúvida que a dificuldade e precariedade destes ambientes é notório e público, nada mais justo do que dar oportunidade a quem quer ter um filho e também a quem quer ter uma família, e possibilitar melhor qualidade de vida a estas crianças, que atualmente se encontram marginalizadas e desamparadas.

Assim, análise da possibilidade de adoção por pessoas do mesmo sexo, unidas por relação homoafetiva, passa necessariamente pela discussão do reconhecimento jurídico de tais uniões como verdadeiras entidades familiares.

3.3 A possibilidade de inscrição de casais homoafetivos no cadastro de adoção.

Quando se fala em casais homoafetivos poderem adotar, não se fala em beneficiar estes casais, se fala sim em deixar eles se inscreverem no cadastro de adoção respeitando e cumprindo os mesmos requisitos que os casais heterossexuais ou pessoas solteiras. Deverão todos obedecer aos requisitos que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, sejam requisitos objetivos, com relação à idade, diferença de idade, ou seja respeitando as formalidades legais, com estudo social, acompanhamento por profissionais da justiça da infância e juventude.

A questão mais tormentosa quando se fala em homoafetividade é a que diz respeito à possibilidade de parceiros do mesmo sexo realizarem o sonho de serem pais. De todas as discriminações de que são vítimas, gays, lésbicas, travestis, a negativa de reconhecimento do direitos de ter filhos, sejam adotivos ou oriundos da utilização de técnicas de reprodução assistida, é a mais cruel. Inviabiliza a realização do projeto pessoal como seres humanos, de terem família e filhos a quem dar amor e transmitir o que aprenderam ao longo da vida. (SAPKO *apud* DIAS, 2009, p. 210)

Não autorizar pessoas do mesmo sexo que vivam em união estável a adotar, seria o mesmo que proibir estas pessoas de formarem família, de terem filhos, fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, estaria sim discriminando estas pessoas em razão da opção sexual o que é expressamente vedado pela nossa Carta Magna.

As controvérsias sobre o direito a homoparentabilidade, ou seja, o direito à paternidade a pares sexuais, não podem ser solvidas sem ultrapassar a face mais ampla do preconceito e da discriminação, ainda tão enraizadas na nossa cultura. Impõe-se a desconstrução e a edificação de um novo senso comum, baseado em um conhecimento emancipatório e uma nova compreensão da realidade, superando a tendência legislativa de proibir que homossexuais possam legalizar suas uniões, adotar crianças e adolescentes ou lançar mão das técnicas de reprodução artificial para concretizar seu projeto parental. (SAPKO *apud* DIAS, 2009, p. 210)

Uma das grandes dificuldades de casais homoafetivos sem dúvida nenhuma é a discriminação, como já foi com a mulher divorciada, mulher solteira que engravida, no entanto, as realidades vão mudando e a sociedade vai aceitando estas novas formas de vida e de relacionamento.

A restrição à homoparentabilidade afeta os mais sagrado de todos os direitos fundamentais, o direito de personalidade, no qual está inserido o direito de ter filhos, pois a maternidade e a paternidade fazem parte do ideário humano, de seu espectro de realização como seres humanos. (SAPKO, *apud* DIAS, 2009, p. 211)

Não há dúvida de que existe um direito subjetivo à paternidade, que se situa no âmbito dos direitos de personalidade, espraiando-se para o direito das famílias, na medida em que decorre de um desejo íntimo e pessoal. (GIRARDI, *apud* DIAS, 2009, p. 211)

Nem o Estatuto da Criança e do adolescente e nem o Código Civil trazem qualquer restrição quanto ao sexo, ao estado civil ou à orientação sexual do adotante. A faculdade de adotar é outorgada tanto ao homem quanto à mulher e a ambos, em conjunto ou isoladamente e independente do estado civil. Assim indiferente se faz a opção de vida de quem quer adotar. Na ausência de impedimento, deve prevalecer o princípio consagrado pelo Estatuto, que admite a adoção quando se funda em motivos legítimos e apresenta reais vantagens ao adotando. Diante da preocupação do legislador com o bem-estar da criança, nenhum motivo legítimo existe para deixá-lo fora de um lar. Constituindo os parceiros, ainda que do mesmo sexo, uma família, é legítimo o interesse na adoção, não se podendo deixar de ver a existência de reais vantagens a quem não tem ninguém. (DIAS, 2009, p. 214)

Referida autora ainda cita outros métodos hoje permitidos com a evolução da engenharia genética, como a reprodução assistida.

É impossível reconhecer como inadequada a família constituída por duas pessoas do mesmo sexo e que o ambiente seja incompatível para uma criança. Negar essa possibilidade é postura nitidamente preconceituosa, pois 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 a guarda e a adoção de menores. (IBIAS *apud* DIAS, 2009, p. 215)

O direito à adoção por casais homoafetivos tem fundamento de ordem constitucional. Não é possível excluir o direito à paternidade e a maternidade à pessoas homossexuais, sob pena de infringir-se o princípio da dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de discriminação de qualquer forma. (DIAS, 2009, p. 216)

A Constituição consagra o princípio da proteção integral, atribuindo ao Estado o dever de assegurar a crianças e adolescentes, além de outros, o

direito ao respeito à dignidade, à liberdade e à igualdade. Tais direitos, certamente, meninos e meninas não encontram nas ruas, quando são largados à própria sorte, ou depositados em alguma instituição. Dificultar, burocratizar ou impedir a adoção por homossexuais, na verdade, é negar às crianças abandonadas pelos pais, ou que foram deles retiradas em razão da violência, o direito de serem colocadas em famílias substitutas, onde poderá ter o carinho e o cuidado de que necessitam. (SAPKO *apud* DIAS, 2009, p. 216)

A dificuldade de deferir adoções em face da orientação sexual dos pretendentes acaba impedindo que grande número de crianças seja retirado de situações de vulnerabilidade, dos abrigos e instituições que até tentam, mas não conseguem dar a devida atenção. Não se pode deixar de lado a realidade social brasileira, com enorme contingente de crianças abandonadas, quando poderiam ter uma vida cercada de afeto e atenção. A adoção é o meio mais legítimo, rápido e eficaz para assegurar respeito ao interesse superior da criança abrigada. É um direito fundamental de todo indivíduo usufruir de uma vida familiar e comunitária, ao invés de conviver em abrigos, que mantém crianças e adolescentes, abandonados moral e materialmente pelos pais, em regime fechado, privando-os da colocação em família substituta, que lhe oferecerá educação, assistência e existência digna, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988. (BRAUNER *apud* DIAS, 2009, p. 221)

Posturas pessoais ou convicções de caráter subjetivo, de ordem moral ou religiosa, não devem impedir que se reconheça que uma criança, sem pais nem lar, terá melhor formação se integrada a uma família, seja esta formada por pessoas de sexo distintos ou não. Mister assegurar às crianças o direito de um lar. Pais verdadeiros são aqueles que dão amor incondicional, quem amam apesar de e não por causa de. (ANDRADE *apud* DIAS, 2009, p. 223)

De acordo com Passetti (2000, p.348-349),

No internato as crianças são criadas sem vontade própria, tem sua individualidade sufocada pelo coletivo, recebem formação escolar deficiente e não raramente são instruídas para ocupar escalões inferiores da sociedade. A internação traz o sentimento de revolta no residente porque ali anuncia-se, para ele, a sua exclusão social.

A realidade dos abrigos brasileiros é notória e não raras as vezes são notícias na mídia brasileira, onde a situação do abrigado é precária. Não autorizar a inscrição de casais homoafetivos a inscreverem-se no cadastro de adoção seria deixar as crianças convivendo em situação precária, sem família. Podemos dizer que muito melhor seria uma criança vivendo na companhia de pais homossexuais, onde é ofertado carinho, afeto, assistência financeira e educação, ao invés de viverem

abandonadas nos abrigos, onde não existe esta atenção especial, este carinho e convivência familiar que um casal homoafetivo pode oferecer.

Existe o temor da ocorrência de prejuízos de ordem psicológica. Também há o mito de que os filhos de homossexuais teriam a tendência a se tornarem homossexuais. Mas vale lembrar que os homossexuais são frutos de relacionamentos heterossexuais; logo não há relação direta entre aquilo que se vive, a formação e uma escolha futura. (ANDRADE *apud* DIAS, 2009 p. 211)

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 estabelece que é dever do Estado, família e da sociedade assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, a cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Estes direitos garantidos às crianças e aos adolescente, dificilmente são atendidos nos abrigos, conquanto que na maioria das vezes uma família homoafetiva, apta a adoção, poderia oferecer. Negar a possibilidade de um casal homoafetivo poder adotar seria indiretamente deixar de atender aos preceitos constitucionais acima elencados.

Assim,

Esgotadas todas as possibilidades de permanência na família biológica, a adoção rompe cada dia com inúmeros preconceitos e representa a mais nobre iniciativa daqueles que se propõem a assumir, com responsabilidade, crianças e adolescentes marcados pelo estigma do abandono e maus-tratos. (PEREIRA, 2008, p.423)

Quando se fala em adoção por casais homoafetivos, a preocupação da maioria que é contra esta possibilidade, seria a convivência do menor adotado com duas pessoas do mesmo sexo, que isto poderia afetar de alguma forma o seu desenvolvimento, psicológico, social.

A lei permite que uma pessoa independente de sexo se inscreva no cadastro de adoção, com isto pode um homossexual adotar sozinho. Supondo que este consiga adotar uma criança e viva sozinho, posteriormente se relaciona com outra pessoa do mesmo sexo já tendo adotado uma criança e venha o casal homoafetivo morar juntos, tendo na realidade como filho o adotado. Apesar de na “legalidade” documental ser filho de apenas um, na realidade social e familiar ele vive em companhia do casal, sendo criado e educado por ambos.

Surgiram novamente os problemas, e isto é plenamente possível, a não ser que se proíba o homossexual solteiro que depois de adotar uma criança, não possa mais viver em união com pessoas do mesmo sexo, o que seria um contrasenso, ferindo vários princípios constitucionais, dignidade da pessoa humana, livre escolha, proibição de distinção e discriminação em razão do sexo, condição sexual, direito à família entre outros. Deixar de autorizar a inscrição destes casais no cadastro de adoção traria prejuízos maiores ao adotado, que deixaria de receber benefícios sucessórios, alimentícios, em relação a pessoa que legalmente não faz parte de sua filiação, mas que na prática respondia como se fosse.

A adoção por casais homoafetivos, assim como para os casais heterossexuais devem obedecer e atender aos requisitos elencados no Estatuto da criança e do adolescente, que deverá ser realizado o estudo social, acompanhamento psicológico, estágio de convivência e desta forma será analisada a possibilidade da adoção ou não. Isto quer dizer que nem todos os casais homoafetivos, bem como os heterossexuais, ou pessoa solteira estarão habilitados à adoção, mas sim apenas aqueles que preencherem os requisitos e exigências que o Estatuto prevê.

Quando se fala que não existe norma que autoriza a adoção por casais homoafetivos, também não existe norma que proíba. Assim cabe ao Poder Judiciário analisar cada caso e aplicar a eles os princípios constitucionais.

[...] considerando que as minorias são alvos preferenciais de opressão, somente a interpretação judicial que busque restaurar o império da igualdade perante a Constituição se mostra como a melhor interpretação possível, aquela que congrega, de forma coerente, os princípios determinantes de nosso sistema jurídico [...] (APPIO, 2008, p. 344)

Assim, cabe ao Estado dar o direito aos casais homoafetivos de terem uma família, de terem filhos, com direitos e deveres iguais às famílias heterossexuais, respeitando assim os princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao estudar a evolução do direito no ordenamento jurídico, em especial no brasileiro, pode observar-se uma evolução que acompanha as necessidades que a realidade social exige. A legislação elaborada em determinada época nem sempre atinge aos anseios de uma sociedade, pois já está em vigor há muitos anos e a realidade é outra.

Diante disto, necessário se faz que os aplicadores do direito, o poder judiciário apliquem estas normas respeitando os preceitos e princípios constitucionais que devem nortear todas as demais normas do nosso ordenamento jurídico.

Com o instituto da adoção, objeto deste estudo, não foi diferente. No princípio o objetivo principal era de dar filho à família que não poderia ter naturalmente, e assim foi por muito tempo. Com a evolução da sociedade percebeu-se que a verdadeira preocupação não estava na família, que não poderia ter filho, mas sim nas crianças abandonadas que vivem largadas em abrigos, sem o mínimo de cuidado e educação.

Esta evolução, como já dito, ocorre devagar, mas o marco na legislação brasileira ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e também com a edição do Estatuto da Criança e Adolescente (lei 8.069/90) que especificamente declarou como obrigação do Estado e de toda a sociedade a proteção às crianças e adolescente. A partir de então fica claro que o objetivo maior da nossa legislação é atender ao melhor interesse da criança e do adolescente.

O Instituto da adoção até então pouco aplicado, começa a ganhar força, com os adotados tendo os mesmos direitos dos filhos legítimos, o que nem sempre foi assim. A Constituição Federal de 1988 igualou estes direitos.

A evolução destes conceitos e princípios não ocorre só na adoção foi assim também com relação à família, que anteriormente a Carta Magna, era constituída única e exclusivamente através do matrimônio, a partir de então passou a reconhecer também as uniões estáveis como entidades familiares. Foram deixados de lado os formalismos legais e passou a reconhecer como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, passando a definir entidade familiar aquela constituída através da continuidade, convivência harmoniosa, afeto e

carinho entre os integrantes, pouco importando se fossem casados legalmente ou não.

A partir de então a jurisprudência vem ampliando esta interpretação e aplicando também aos casais homossexuais. Atualmente é maioria na jurisprudência a interpretação de que as uniões homoafetivas também são consideradas entidades familiares, aplicando aos integrantes destas uniões os mesmos direitos aplicados às uniões heterossexuais, como direito à alimentos, sucessão, previdência, entre outros, aplicando assim os princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Sendo que a adoção busca o melhor interesse da criança e do adolescente e que as uniões homoafetivas são consideradas entidades familiares e também que a legislação permite a adoção por pessoas solteiras de qualquer sexo, não faz jus interpretar de outra forma senão de forma a autorizar a inscrição de casais homoafetivos no cadastro de adoção.

O preocupação maior de quem é contra esta possibilidade de pessoas do mesmo sexo que vivam em união estável poderem adotar, está no fato de como vai ser criada esta criança, as dificuldades que vai sofrer, a discriminação. No entanto, não menos dolorosa é a vivência destas crianças nos abrigos, sendo público e notório as dificuldades vivenciadas por estes estabelecimentos. Poucas pessoas cuidando de muitas crianças, não têm como dar atenção carinho e a dedicação que estes infantes merecem e precisam. É direito deles assegurado na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente ter uma vida digna, acesso a educação, cultura, o que se torna muito difícil de cumprir nos abrigos.

A realidade social deste País não é das melhores, são milhares de crianças vivendo em situação precária, a espera de uma família. Deixar de autorizar casais homoafetivos de se inscreverem no cadastro de adoção é deixar de dar cumprimento aos princípios constitucionais, é deixar de dar oportunidade destas crianças abandonadas terem um futuro diferente, com carinho, educação, saúde. Por mais eficientes que sejam os abrigos, é público que as crianças que ali vivem se tornam na maioria revoltos, usuários de drogas, e que futuramente vão delinquir. Claro que não se pode generalizar, mas se existe uma possibilidade de diminuir o número de crianças “desamparadas” nestes abrigos, porque não autorizar a adoção para casais homoafetivos. A autorização destes casais à adoção obedecerá todos os requisitos exigidos pelo Estatuto, não quer dizer que todos os casais

homoafetivos que se inscreverem vão poder adotar, apenas aqueles que forem considerados aptos, da mesma forma que é com os casais heterossexuais.

Para Lôbo (2003, p. 144) a importância dos laços afetivos, afirmando que a filiação nem sempre é um dado da natureza, sendo antes uma construção cultural, que se constrói e fortifica na convivência, independentemente de sua origem, biológica ou não. Estes laços afetivos são construídos diariamente também nos casos de pais e filhos biológicos, de modo que o autor citado afirma que também os filhos biológicos são adotados por seus pais no cotidiano de suas vidas.

A jurisprudência brasileira sabiamente vem decidindo, com base nos princípios constitucionais, autorizar casais homoafetivos a se inscreverem no cadastro de adoção, inclusive com decisão inédita do Superior Tribunal Justiça neste sentido. Como em todo o direito as normas que regulam determinados fatos surgem sempre depois. A evolução legislativa é lenta e não consegue acompanhar a evolução social. Para adaptar as necessidades momentâneas, como não existem normas específicas, necessário se faz a aplicação dos princípios constitucionais e com base neles autorizar a adoção por casais homoafetivos.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, **Adoção Simples e Adoção Plena**. Rio de Janeiro, Editora Aide. 1990. 276 p.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2008, 396 p.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, Editora Rio. 7 tiragem. 1973.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre Homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo, Editora LTr, 2000.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8069/90**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm.

CARVALHO, Pedro Caetano de. O conselheiro tutelar e a ética do cuidado. IN: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUSTÓDIO; André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Curitiba: Multidéia, 2009.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Plano Nacional de Promoção, proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília: Conanda, 2006.

CALMON, Guilherme; DA GAMA, Nogueira. **O companheirismo. Uma Espécie de Família**. 2 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001. 630p.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. A adoção sobre a égide do princípio da dignidade humana. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/351/207> acessado em 27/11/2010.

CECCARELLI, Paulo Roberto. *Novas Configurações Familiares: Mitos e Verdades*. Disponível em: <http://www.ceccarelli.psc.br/artigos/portugues/html/confmitver.htm>. Acessado em 25/08/2010

CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Comissão Estadual Judiciária de Adoção – CEJA. Disponível em: <http://cgj.tj.sc.gov.br/ceja>

FILHO, Artur Marques da Silva. **Adoção. Regime Jurídico-Requisitos-Efeitos-Inexistência-Anulação**. 2 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2009. 333p.

DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 2 ed. São Paulo, Editora Contexto. 2000. 445 pag.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010. 672 pag.
_____. **União Homoafetiva: O preconceito & a justiça**. 4 ed., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1997.

Marcilio, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada no Brasil colonial: 1726-1950. in: Freitas. Marcos Cesar de. (Org.). **História Social da Infância no Brasil**. São Paulo: Cortez. 1997

Mães Homossexuais e seus filhos: Disponível em <http://users.cjb.net/maehomo/arranjos.htm>. Acesso em 15/09/2010)

LIMA, Miguel M. Alves. **O direito da criança e do adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado: Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial**. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **História social da criança abandonada**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

NAHAS, Luciana Faísca. **União Homossexual – Proteção Constitucional**. Curitiba, Editora Juruá. 2008.

OLIVEIRA, J.M. Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção**. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Júris; 1999. 272 p.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2002. 384 p.

PASSETTI, Edson. Crianças Carentes e Políticas Públicas. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. 2 ed. São Paulo, Editora Contexto. 2000. 445 p.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. Volume V, 11 ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1997.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente. Uma Proposta Interdisciplinar**. 2 ed. Rio de Janeiro, Editora Renovar. 2008. 1.110 p.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTARROZ, Daniel (organizadores). **Tendências Constitucionais no Direito de Família**. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado. 2003. 224 p.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 6 ed. Rio de Janeiro, Editora Forense; 2008. 1046 p.

RIZZINI, Irene(coord.). et al. **Acolhendo Crianças e adolescentes**; Experiências de promoção do direito à convivência familiar e Comunitária no Brasil. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Cortez; Brasília, 2007. 152 p.

ROSSATO, Luciano Alves, LEPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção – Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2009.

WEBBER, Lídia. **Pais e filhos por adoção no Brasil**. Curitiba. Editora Juruá. 2010. 273 p.

