UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
BIANCA NASCIMENTO PEREIRA HIGASHI

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

Palhoça
2009

BIANCA NASCIMENTO PEREIRA HIGASHI

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina – *Campus* Grande Florianópolis, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª. Anna Lúcia M. Mattoso Camargo

Palhoça

2009

BIANCA NASCIMENTO PEREIRA HIGASHI

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 08 de junho de 2009.

_____

Profª. e orientadora Anna Lucia M. Mattoso Camargo
Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

_____

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

Declaro para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativamente, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 08 de junho de 2009.

_____

Bianca Nascimento Pereira Higashi

Dedico este trabalho a meu marido e a minha filha, Marcus Vinicius e Isabella, pela compreensão, apoio e paciência dispensados a mim, com amor e carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por estar sempre ao meu lado, iluminando e regendo meus caminhos e a minha vida.

Ao meu marido, por toda dedicação no percurso desta caminhada e por não medir esforço para a conquista do meu sucesso.

À minha querida tia Eliza, que muito me ajudou e incentivou nesta jornada.

Aos meus sogros, Alfredo e Thelma, por toda paciência, apoio, ajuda e por sempre torcerem pela minha felicidade.

Ao meu cunhado Rodrigo, por ser um grande amigo e incentivador, sempre apoiando todas as minhas decisões.

Aos meus pais, por toda força e compreensão, que tanto ouviram meus anseios sobre este trabalho e pacientemente me incentivaram.

À minha orientadora Anna Lúcia M. Mattoso Camargo, à qual estou muito agradecida pelo incentivo e interesse, que foi fundamental para concretização deste trabalho.

Tempos Modernos
Eu vejo a vida melhor no futuro, eu vejo isso por cima do muro de hipocrisia Que insiste em nos rodear.
Eu vejo a vida mais clara e farta, repleta de toda satisfação, que se tem direito do firmamento ao chão.
Eu quero crer no amor numa boa, que isto valha pra qualquer pessoa, que realizar a força que tem uma paixão.
Eu vejo um novo começo de era, de gente fina, elegante e sincera, com habilidade pra dizer mais sim do que não.
Hoje o tempo voa, amor. Escorre pelas mãos, mesmo sem se sentir. E não há tempo que volte amor, vamos viver tudo o que há pra viver, vamos nos permitir. (LULU SANTOS).

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na adoção por casal homoafetivo sob a ótica das normas vigentes. Neste diapasão, apresenta-se uma breve análise histórica da família, demonstrando seus conceitos no sentido amplo, mais limitado e restrito. Demonstra-se que com o advindo da Constituição Federal de 1988, foi reconhecida a pluralidade familiar equiparando a família constituída pelo casamento à entidade familiar resultante da união estável e a monoparental, por exemplo. Ainda neste sentido, discorre-se sobre os conceitos e natureza jurídica do Poder Familiar, além de se demonstrar os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Ao apresentar uma breve análise histórica da adoção, seus conceitos, sua natureza jurídica, tratar-se-á dos requisitos necessários para ser adotante. E no último capítulo, atinge-se o cerne do que se propõe o trabalho, traçando alguns aspectos das relações homoafetivas como seu histórico sem preconceitos à atual situação discriminadora, sem previsão jurídica; além de se discorrer sobre a adoção unilateral do indivíduo homossexual, concluindo com a preservação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Direito de família. Adoção. Criança. Adolescente. Melhor interesse. Casal homoafetivo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 09
2 AS RELAÇÕES FAMILIARES 11
2.1 CONCEITUANDO A FAMÍLIA.....11
2.2 A PLURALIDADE FAMILIAR.....14
2.3 ASPECTOS GERAIS DO PODER FAMILIAR.....18
3 A ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....25
3.1 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADOÇÃO.....25
3.2 O CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA ADOÇÃO.....30
3.3 REQUISITOS PARA SER ADOTANTE.....33
4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....37
4.1 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.....37
4.2 ADOÇÃO UNILATERAL DO INDIVÍDUO HOMOSSEXUAL.....40
4.3 ADOÇÃO CONJUNTA DE CASAIS HOMOAFETIVOS E A PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....42
5 CONCLUSÃO.....47
REFERÊNCIAS.....49
ANEXOS.....52

1 INTRODUÇÃO

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a única forma de família reconhecida pelo direito brasileiro era a formada pelo casamento, cujo objetivo dominante era a geração de filhos.

Diante de tantas mudanças na sociedade, essa realidade mudou, pois a Constituição Federal vigente viu a necessidade de reconhecer da existência de outras estruturas de convívio emprestando especial proteção à união estável e à formada por qualquer dos pais com seus descendentes, chamada de família monoparental. Mesmo sendo inovadora, acabou limitando o universo familiar, pois existem outras formações de indivíduos que vivem como entidades familiares.

Não há no Brasil, qualquer norma que proteja os direitos dos casais homoafetivos, muito menos na questão que envolve a adoção. Por esse motivo, afirma-se que o tema do presente trabalho se faz importante, pois se refere ao preconceito e procura saber o que é melhor para o futuro de uma criança ou adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não apresenta vedação quanto a adoção por casal homoafetivo, diferente do Código Civil, que, apesar de não proibir, limitou as possibilidades em seu art. 1.622 ao dizer que ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher ou se viverem em união estável (também composta, apenas, por homem e mulher – art. 1.723 do Código Civil).

Individualmente não há restrição, podendo o homossexual adotar. Trata-se assim, de fazer um alerta de que a orientação sexual de quem adota não se afigura como ponto central a ser analisado nas questões relativas à adoção.

Os requisitos para ser adotante devem ser estudados e analisados. O equilíbrio emocional, disponibilidade afetiva para receber o encargo de educar uma criança, estabilidade profissional, maturidade, consciência do papel a ser desempenhado, entre outros, são fatores prioritários para decidir o processo de adoção.

O presente trabalho visa estudar a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na adoção por casais homossexuais, pois se trata de mais uma forma de crianças sem lares possuir uma família que possa

cuidar, respeitar e contribuir para o seu desenvolvimento que é o objetivo fundamental asseverado no princípio citado.

Para desenvolver o estudo, foi necessário organizar o trabalho em capítulos. O primeiro capítulo é destinado a introdução, e, no segundo apresenta-se uma breve análise histórica da família, demonstrando seus conceitos no sentido amplo, mais limitado e restrito, além de discorrer sobre seu moderno pluralismo. Ainda neste sentido, será tratado o Poder Familiar, seus conceitos e natureza jurídica, além de se discorrer sobre os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Já no terceiro capítulo, apresenta-se uma breve análise histórica da adoção, demonstrando seus conceitos, sua natureza jurídica, além de discorrer sobre os requisitos necessários para ser adotante sob a ótica das normas vigentes.

E no quarto capítulo, atinge-se a essência do que se propõe o presente trabalho. Desta forma, traçam-se alguns aspectos das relações homoafetivas como seu histórico sem preconceitos à atual situação discriminadora, sem previsão jurídica; além de se discorrer sobre a adoção unilateral do indivíduo homossexual, concluindo com a possibilidade da adoção conjunta por casais homoafetivos, em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

É neste campo de atuação que esta pesquisa deverá ser orientada, especialmente com o objetivo de responder diversos questionamentos presentes sobre o tema em nosso cotidiano jurídico, como:

Diante da exegese, a adoção por casais homoafetivos coaduna com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente?

Este trabalho, de natureza exploratória, teve por base o método dedutivo, ou seja, partiu do geral para o particular, utilizando-se a técnica de pesquisa bibliográfica, como por exemplo, o estudo da Constituição da República Federativa do Brasil, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, doutrinas, jurisprudências e obras jornalísticas.

2 AS RELAÇÕES FAMILIARES

Neste capítulo, apresenta-se uma breve análise histórica da família, demonstrando seus conceitos no sentido amplo, mais limitado e restrito, além de discorrer sobre seu moderno pluralismo. Ainda neste sentido, será tratado o Poder Familiar, seus conceitos e natureza jurídica, além de se discorrer sobre os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

2.1 CONCEITUANDO A FAMÍLIA

A palavra família é de origem romana, *fumulus*, cujo termo não se referia ao casal e seus filhos, mas sim, ao conjunto de escravos, servos que trabalhavam para a subsistência e parentes que se achavam sob a autoridade do *pater familias*, ou seja, o ascendente mais velho, ainda vivo, que reúne os descendentes sob sua autoridade, formando a família.[1]

Nas relações familiares em geral prevaleceu o *patriarcado*, que foi exercido em diversos períodos da história. Com a evolução do Direito Romano, houve progressivamente uma restrição da autoridade do *pater*, concedendo a mulher e aos filhos maior autonomia. [2]

O termo família não possui, nos dias atuais, uma única acepção, pois revela diversas hipóteses distintas, dificultando sua exata compreensão no mundo jurídico.

Com a mudança da sociedade e a evolução dos costumes, ocorreu o alargamento conceitual das relações interpessoais, acarretando reflexos na formação da família, que não possui mais um significado singular[3].

---

[1] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado:** direito de família. São Paulo: RT, 2005. v. 5. p. 23-24.
[2] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família.** São Paulo: Atlas, 2008. p.15.
[3] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 39.

Assim, são diversas significações jurídicas atribuíveis à palavra família. Na seara jurídica encontram-se basicamente três conceitos fundamentais: o amplo, o mais limitado e o restrito.

No sentido amplo de família, diversos autores discorrem sobre seu significado. Para Maria Helena Diniz, que o designa como sentido amplíssimo tem-se a dizer que:

> No *sentido amplíssimo* o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do art. 1.412, § 2°, do Código Civil, em que as necessidades da família do usuário compreendem também as das pessoas de seu serviço doméstico.[4]

Nessa mesma diretriz, Carlos Alberto Gonçalves afirma que:

> *Lato sensu*, o vocábulo *família* abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas por afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins. [5]

Para o doutrinador Silvio Rodrigues, o vocábulo família no sentido amplo é visto como:

> Num conceito mais amplo, poder-se-ia definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consangüíneos.[6]

Assim, apenas Maria Helena Diniz considera como família as pessoas de seu serviço doméstico. Já Silvio Rodrigues exclui os parentes afins.

Silvio de Salvo Venosa é da mesma opinião, todavia não descarta de seu conceito de família os parentes por afinidade:

> Desse modo, importa considerar a família em *conceito amplo*, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins.[7]

---

[4] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5. p. 9-10.
[5] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 1.
[6] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6. p. 4.
[7] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6. p. 2.

Na concepção mais limitada, alguns juristas possuem seus conceitos bastante definidos. Maria Helena Diniz chama de *acepção lata* e a conceitua afirmando que "além dos cônjuges e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes de outro cônjuge) [...]." [8] Já Silvio Rodrigues compreende "a família como abrangendo os consangüíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até quarto grau." [9]

Neste mesmo sentido, Eduardo de Oliveira Leite assevera que a "família abrangeria os consangüíneos em linha reta - por ex., pais e filhos - e os colaterais sucessíveis, isto é, até o quarto grau." [10]

Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que em um sentido mais limitado, a família "alcança somente cônjuges, ascendentes e descendentes, além de colaterais até o quarto grau." [11]

Como se observa, apenas Maria Helena Diniz inclui neste conceito os afins. Já Silvio de Salvo Venosa não discorre sobre o meio termo, conceituando família apenas em sentido amplo e restrito.

Ao tecer comparações doutrinárias a respeito do que vem a ser considerado família em sentido restrito, os doutrinadores também possuem suas definições. Para Maria Helena Diniz:

> Na *significação restrita* é a família não só o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (CC, arts. 1.567 e 1.716), mas também a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §§ 3° e 4°, da Constituição Federal, independentemente de existir o vínculo conjugal, que a originou (*JB, 166*:277 e 324).[12]

Já Silvio Rodrigues afirma que "constitui família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole" [13]. E Silvio de Salvo Venosa endossa afirmando que a "família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar." [14]

Ao discorrer sobre o conceito de família em sentido restrito, Eduardo de Oliveira Leite afirma que "a família se reduziria aos pais e sua prole. É o que se

---

[8] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. p. 10.
[9] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. p. 5.
[10] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado:** direito de família. p. 24.
[11] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família.** p. 7.
[12] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. p. 10.
[13] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. p. 5.
[14] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. p. 2.

chama, atualmente, 'família nuclear'." [15] Na mesma acepção Washington de Barros Monteiro assevera que "num sentido restrito, o vocábulo abrange, tão somente, cônjuges e prole." [16]

Assim sendo, depois de várias definições acerca do conceito de família, tem-se a concluir que família independente de se tratar de sentido amplo ou restrito, nada mais é que as relações das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade.[17]

2.2 A PLURALIDADE FAMILIAR

As Constituições passadas, bem como o Código Civil de 1916, só reconheciam a família decorrente do casamento como instituição de produção e reprodução dos valores sociais, culturais, éticos, religiosos e econômicos.[18]

Essa realidade mudou, pois a Constituição Federal de 1988 viu a necessidade de reconhecer da existência de outras estruturas de convívio. Maria Berenice Dias destaca que a Constituição Federal "emprestou especial proteção à união estável (CF 226 § 3°) e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CF 226 § 4°), que começou a ser chamada de família monoparental." [19]

Neste contexto, Maria Helena Diniz destaca que:

> Inova, assim, a Constituição de 1988, ao retirar a expressão da antiga Carta (art. 175) de que só seria família a constituída pelo casamento. Assim sendo, a Magna Carta de 1988 e a Lei n. 9.278/96, art. 1°, e o novo Código Civil, arts. 1.511, 1.513 e 1.723, vieram a reconhecer como *família* a decorrente de matrimônio (art. 226, §§ 1° e 2°, da CF/88) e como *entidade familiar* não só a oriunda de união estável como também a comunidade monoparental (CF/88, art. 226, §§ 3° e 4°) formada por qualquer dos pais e seus descendentes independentemente de existência de vínculo conjugal que a tenha originado [...].[20]

---

[15] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado:** direito de família. p. 24.
[16] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito de família. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 3.
[17] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** p. 33.
[18] MAIA, Bruno Landim. **Princípios constitucionais do direito de família.** Disponível em <http://www.webartigos.com/articles>. Acesso em 28.abr.2009.
[19] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** p. 39.
[20] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. p. 11.

No mesmo diapasão Washington de Barros Monteiro enfatiza que a Constituição federal:

> [...] equiparou à família constituída pelo casamento, como base da sociedade e merecedora da especial proteção do Estado, a entidade familiar, resultante da união estável entre o homem e a mulher, tendente ao casamento, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §§ 3° e 4°).[21]

Mesmo tendo sido inovadora, a Constituição Federal acabou limitando o universo familiar, pois existem outras formações de indivíduos que vivem como entidades familiares.

Como observa Paulo Lôbo, são diversas as unidades de convivência encontradas na experiência brasileira atual, entre outras:

> a) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos; b) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e filhos não biológicos, ou somente com filhos não biológicos; c) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável); d) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou apenas não biológicos (união estável); e) pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental); f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental); g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos; h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos da posse de estado de filiação. [22]

Esta informação, relatada pelo autor, é baseada na pesquisa anual e regular do IBGE, intitulada Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD), que descreve os tipos de famílias encontradas no Brasil. Ressalta que dentre as várias formações, apenas as hipóteses de “a” até “f” são previstas na Constituição Federal de 1988.

---

[21] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito de família. p. 4.
[22] LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 56-57.

Ocorre que todos os tipos acima referidos possuem características comuns de entidades familiares como a afetividade, a estabilidade e a convivência pública.[23]

Maria Berenice Dias enfatiza que a presença de uma família não é limitada nesse universo tratado pela Constituição Federal, pois deve-se considerar a união dos filhos que não contam com a presença dos pais e o relacionamento de pessoas do mesmo sexo, denominadas uniões homoafetivas.[24]

A autora afirma, ainda, que:

> Como as uniões extramatrimoniais não eram consideradas de natureza familiar, encontravam abrigo somente no **direito obrigacional**, sendo tratadas como **sociedades de fato**. Mesmo que não indicadas de forma expressa, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais – agora chamadas de uniões homoafetivas – e as uniões estáveis paralelas – preconceituosamente nominadas de "concubinato adulterino" -, são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias.[25]

Assim sendo, a autora afirma que, excluir do âmbito jurídico essas entidades é ser conivente com a injustiça, pois são compostas por um elo de afetividade, gerando envolvimento pessoal e patrimonial.[26]

Numa visão mais otimista do ordenamento jurídico, Roberto Senise Lisboa observa que:

> O simples fato de o constituinte ter se limitado a prever três categorias de entidades familiares não pode se constituir numa proibição de reconhecimento de outras entidades familiares, já que o ordenamento jurídico, ao regular determinadas categorias (o casamento, a união estável entre o homem e a mulher e a relação entre o ascendente e o descendente), não excluiu a possibilidade da existência de outras (outras relações monoparentais, as uniões homoafetivas etc.). [27]

No entanto, discordando expressamente da visão de Maria Berenice Dias, Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que "a mera afetividade não é suficiente para constituir uma família jurídica, como sucede nas uniões homoafetivas e anaparentais." [28] Observa que a autora defende "o emprego do referencial da afetividade para identificar as estruturas interpessoais que possam ser qualificadas

---

[23] LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. p. 57-58.
[24] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** p. 39.
[25] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** p. 64.
[26] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** p. 64
[27] LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil:** direito de família e das sucessões. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 46.
[28] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família.** p.151.

juridicamente como famílias [...].” [29] Porém, para o autor, não se pode concordar com essa orientação de ser suficiente a afetividade para a configuração da família jurídica, pois caso assim fosse, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n° 397.762/BA teria reconhecido a existência de famílias simultâneas.[30]

> Ementa**:**
> COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.[31]

Destarte, ao prever, no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal, que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, o constituinte, rompendo com uma história de verdadeira exclusão constitucional, pela primeira vez submeteu a entidade familiar a tutela estatal, sem dizer, necessariamente, que tipo de família é merecedora de proteção. [32]

Até a Constituição de 1967, a única família protegida pelo estado era a que provinha do casamento, porém, com a Constituição Federal de 1988, o que descreve a base familiar é a convivência afetiva das pessoas, que deve gerar efeitos no Direito das Famílias. É a perspectiva de vida em comum, aliada à convivência respeitosa e afetivamente estável que diferenciam a família dos demais agrupamentos humanos. [33]

---

[29] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família.** p. 136.
[30] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família.** p. 136.
[31] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 397762/BA**. Primeira Turma. Recorrente: Estado da Bahia. Recorrido: Joana da Paixão Luz. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 03.06.2008. Brasília, DF. Publicado em: 12.09.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 08.maio.2009.
[32] SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **Família homoafetiva.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br> Acesso em 01.maio.2009.
[33] SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **Família homoafetiva.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br> Acesso em 01.maio.2009.

2.3 ASPECTOS GERAIS DO PODER FAMILIAR

A noção de Pátrio Poder nos foi transmitida pelo Direito Romano, calcada na idéia da absoluta autoridade paterna sobre a pessoa de seus filhos.[34] Era denominado *pátria potestas* que é a designação usada para indicar a autoridade que possui o detentor do poder de educar, porém, visava tão somente ao exclusivo interesse do chefe da família que possuía o direito sobre a vida e morte dos filhos.[35]

A *pátria potestas* era vitalícia, salvo no caso de morte ou emancipação voluntária. Durou muito mais em Roma do que na Grécia, onde mais cedo se abrandou. [36]

No direito germânico, o poder paterno não foi tão severo quanto em Roma, e contribuiu para a evolução do instituto, pois gerava o dever de o pai e a mãe criarem e educarem o filho, tendo a autoridade paterna cessada com a capacidade do filho.[37]

Com o cristianismo, as leis antigas receberam uma nova interpretação e com relação ao Poder Familiar ficou proibida a venda do filho, sua morte ou entrega a um credor. O sacerdócio, que antes era exercido pelo pai, passou para as mãos do clero, perdendo a autoridade paterna seu caráter sacral.[38]

O Código Civil de 1916 atribuía ao marido a *pátria potesta*. Só na falta ou impedimento do chefe da sociedade conjugal é que passava, o então pátrio poder, a ser exercido pela mulher, ou seja, o exercício não era simultâneo, mas sim, sucessivo. No caso de divergência, prevalecia a decisão do marido.[39]

Com o advento da Lei n. 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), tal situação foi alterada, pois o marido passou a exercer o pátrio poder com a colaboração da mulher. Note-se que a mulher fazia parte como mera colaboradora. No caso de divergência, prevalecia a decisão do pai, ressalvando à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.[40]

---

[34] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado:** direito de família. p. 276
[35] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. p. 368.
[36] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. p. 417.
[37] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito de família. p. 418-419.
[38] VERONESE, Josiane Rose Petry. **Poder familiar e tutela:** à luz do novo código civil e do estatuto da criança e do adolescente. Florianópolis: OAB/SC, 2005. p. 18.
[39] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. p. 370.
[40] WALD, Arnold. **O novo direito de família.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 212.

A igualdade entre os cônjuges somente se realizou com a Constituição Federal de 1988 que dispôs:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 5° Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.[41]

Em concordância com a referida Constituição encontra-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como, o Código Civil de 2002, que substituiu a expressão pátrio poder que era reservado ao marido, para poder familiar, exercido pelo casal.

O filho deixou de ser "objeto de direito" e tornou-se "sujeito de direito". Roberto Senise Lisboa tem a dizer que:

> O *poder familiar* é, ao mesmo tempo, uma autorização e um dever legal para que uma pessoa exerça as atividades de administração dos bens e de asseguramento do desenvolvimento dos direitos biopsíquicos do filho incapaz, pouco importando a origem da filiação.[42]

Na tentativa de conceituar o Poder Familiar, Carlos Roberto Gonçalves afirma que "é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores." [43]

Para Paulo Lôbo, "é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até à maioridade ou emancipação dos filhos."[44]

O Poder Familiar foi instituído em favor dos interesses dos filhos e da família, não em proveito dos pais, ou seja, passou a ser um dever de proteção, como assevera Washington de Barros Monteiro:

> Sintetizando, podemos asseverar que, na hora presente, o poder familiar é encarado como complexo de deveres, ou melhor, como direito concedido aos pais para cumprirem um dever. Deixou de ser, assim, direito estabelecido em favor dos genitores e no interesse de quem o exerce, para transformar-se num simples dever de proteção e direção, um meio que têm o pai e a mãe para satisfazer seus deveres.[45]

Já Maria Helena Diniz, ao definir o Poder Familiar, preleciona:

---

[41] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
[42] LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil:** direito de família e das sucessões. p. 301.
[43] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. p. 367.
[44] LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. p. 268.
[45] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito de família. p.347.

> [...] um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.[46]

Como características próprias do Poder Familiar, destacam-se a irrenunciabilidade, pois se trata de poder instrumental de evidente interesse público e social, de exercício obrigatório e de interesse alheio ao titular, não podendo terminar por vontade dos titulares; a intransmissibilidade, pois somente pode ser atribuído aos que ostentam a qualidade de pai e mãe (caráter personalíssimo), não se admitindo sua outorga ou transferência a terceiros; e por fim a imprescritibilidade, pois não se extingue com o não exercício. [47]

No que tange a natureza jurídica, Silvio Rodrigues afirma que:

> Para bem compreender sua natureza é mister ter em vista tratar-se de matéria que transcende a órbita do direito privado, para ingressar no âmbito do direito público. É de interesse do Estado assegurar a proteção das gerações novas, pois elas constituem matéria-prima da sociedade futura.[48]

Ainda o mesmo autor, ao conceituar o Poder Familiar afirma que "o pátrio poder nada mais é do que esse *múnus* público, imposto pelo Estado, aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos." [49]

Para Maria Alice Zaratin Lotufo, o Poder Familiar é revestido de *munus* público, pois aos pais cabe o dever de cuidar de seus filhos, não podendo renunciar. "Assim, podemos conceituar o pátrio poder como o conjunto de direitos e deveres, atribuídos aos pais, no que tange à pessoa e aos bens dos filhos menores, com a finalidade de proporcionar-lhes subsistência, educação e proteção." [50]

Por fim, para Denise Damo Comel, o Estado intervém no Poder Familiar por considerá-lo uma função social, um conjunto de poderes endereçados ao cumprimento dos deveres e obrigações pelos genitores. Assim sendo, deve-se trabalhar com duas variáveis: o aspecto afetivo da relação paterno-filial e o da vigilância do Estado sobre tais relações.[51]

---

[46] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. p. 475.
[47] COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: RT, 2003. p. 75-76.
[48] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. p. 355.
[49] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. p. 355.
[50] LOTUFO, Maria Alice Zaratin. **Curso avançado de direito civil:** direito de família. São Paulo: RT, 2002. v. 5. p. 254.
[51] COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** p. 92.

O Poder Familiar é um conjunto de regras que engloba direitos e deveres conferidos aos pais em relação aos filhos menores. Estes se subdividem em pessoais e patrimoniais.

No tocante à pessoa dos filhos menores, o art. 1.634 do Código Civil enumera os direitos e deveres dos pais:

> Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
> I - dirigir-lhes a criação e educação;
> II - tê-los em sua companhia e guarda;
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
> IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
> V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
> VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
> VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.[52]

O inciso I, assevera que aos pais compete dirigir-lhes a criação e educação. Silvio de Salvo Venosa tem a dizer que:

> Cabe aos pais, primordialmente, dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (arts. 224 a 246 do Código Penal). Entre as responsabilidades de criação, temos que lembrar que cumpre também aos pais fornecer meios para tratamentos médicos que se fizerem necessários.[53]

Já para Carlos Roberto Gonçalves, o inciso I é o mais importante de todos:

> Incumbe aos pais velar não só pelo sustento dos filhos, como pela sua formação, a fim de torná-los úteis a si, à família e à sociedade. O encargo envolve, pois, além do zelo material, para que o filho fisicamente sobreviva, também o moral, para que, por meio da educação, forme seu espírito e seu caráter.[54]

Criar um filho é muito mais importante que tê-lo em sua companhia. É não só dar-lhe o sustento, mas também escolaridade, assistência médica, carinho e proteção.

---

[52] BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.
[53] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. p. 326.
[54] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. p. 373.

Em relação ao inciso II, que é tê-los em sua companhia e guarda. Trata-se de direito e ao mesmo tempo dever, pois aos pais cabe criar e igualmente guardar seus filhos. Para Rui Ribeiro de Magalhães:

> A criação e os seus encargos devem ser desenvolvidos no seio da unidade familiar, sendo direito-dever dos pais ter os filhos em sua companhia, e aqueles o direito constitucionalmente assegurado à convivência familiar. Nessa esteira, devem os pais reclamar a presença dos filhos de quem quer que ilegalmente os detenha, ainda que com eles possa ter laços de consangüinidade.[55]

Em referência ao inciso III, ao conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, Silvio Rodrigues afirma que essa prerrogativa conferida aos pais, não tem, no direito brasileiro, uma importância transcendental, pois o consentimento paterno pode ser suprimido judicialmente.[56]

Ao se referir ao inciso IV, que trata de nomear tutor aos filhos por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar, Maria Helena Diniz preleciona que:

> [...] ninguém melhor do que o genitor para escolher a pessoa a quem confiar a tutela dos filhos menores. Trata-se da tutela testamentária cabível, ante o fato de que a um consorte não é lícito privar o outro do poder familiar, apenas quando o outro cônjuge já tiver falecido ou for incapaz de exercer o poder paternal ou maternal, sob pena de nulidade [...]. [57]

Quanto ao inciso V, o qual assevera que o detentor do Poder Familiar deve representar os filhos menores, até aos 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento, Maria Alice Zaratin Lotufo afirma que:

> Esse direito é uma conseqüência da incapacidade jurídica dos menores, que não podem atuar sozinhos na vida civil devido a própria imaturidade que pode levá-los à prática de atos que os prejudique. Presume o legislador, que ninguém melhor do que os pais, devido ao interesse que têm em relação aos filhos, estaria apto a exercer esse direito.[58]

Ao tratar do inciso VI, que confere direitos aos pais de reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha, para Silvio de Salvo Venosa:

---

[55] MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo código civil brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 221.
[56] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** direito de família. p. 361.
[57] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. p. 481.
[58] LOTUFO, Maria Alice Zaratin. **Curso avançado de direito civil:** direito de família. p. 258.

> [...] valer-se-ão da ação de busca e apreensão do menor. Se se trata, porém, de pais separados, nem sempre a traumática ação de busca e apreensão, com tutela liminar, será necessária, sendo suficiente pedido de modificação de guarda. O caso concreto nos dará a solução, nesse drama nem sempre fácil de ser equacionado.[59]

Ao discorrer sobre o inciso VII que trata do poder de exigir dos filhos que lhes prestem obediência e respeito, tem-se a dizer que não há uma subordinação hierarquia, pois o respeito deve ser recíproco e a sua falta poderá acarretar, em casos extremos, na suspensão ou perda do poder familiar. Quanto aos serviços próprios de sua idade e condição que os pais podem exigir, deve-se observar a legislação específica.[60]

No que concerne ao Poder Familiar quanto aos Bens do Filho, está previsto art. 1.689 e seguintes do Código Civil as hipóteses em que se dá a administração e o usufruto. Neste sentido, Silvio de Salvo Venosa assevera:

> Os filhos menores não possuem capacidade de direito para administrar seus bens, que a eles podem advir de várias formas, mormente por doação ou testamento ou por fruto de seu trabalho. Geralmente, no entanto, a situação de administração ocorre com a morte de um dos pais, com relação aos bens que os menores recebem como herança do falecido.[61]

Assim, quanto aos imóveis dos filhos, cabe aos pais administrar, como por exemplo, celebrar contratos como o de locação, pagar impostos, adquirir bens, não podendo, entretanto, alienar ou gravar e muito menos contrair obrigações em nome deles que ultrapassem os limites da simples administração. [62]

Havendo necessidade econômica ou utilidade da prole, os pais poderão solicitar autorização judicial para vender, hipotecar, gravar de ônus real os seus imóveis. Caso ocorra sem ela, a nulidade poderá ser pleiteada, pois são atos que importam em diminuição patrimonial. [63]

No tocante ao usufruto sobre os bens dos filhos, Maria Helena Diniz afirma que:

> O direito de usufruto, em regra, está associado ao de administração, pois o genitor que detém o poder familiar percebe os frutos do patrimônio administrado, embora seja possível exigir um sem o outro. Pode haver administração sem usufruto, e usufruto sem administração, hipótese em que

---

[59] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. p. 327.
[60] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. p. 327.
[61] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. p. 327.
[62] LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil:** direito de família e das sucessões. p. 304.
[63] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. p. 483.

> aos pais assiste tão-somente uma pretensão de entrega dos frutos contra o administrador.[64]

O usufruto que a lei assegura aos titulares do poder familiar se justifica devido a necessidade em que se vê a lei de aceitar os fatos da vida real. Pois por se tratar de uma família, vivendo os pais na mesma casa com os filhos, tendo tratamento idêntico, não seria possível discriminar as despesas de uns e de outros, ficando assim concedida tal prerrogativa.[65]

---

[64] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. p. 485.
[65] COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** p. 143.

3 A ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo, apresenta-se uma breve análise histórica da adoção, demonstrando seus conceitos, sua natureza jurídica, além de discorrer sobre os requisitos necessários para ser adotante sob a ótica das normas vigentes.

3.1 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADOÇÃO

Nos primórdios e idade média, que deram origem ou base a nossa atual legislação, o ato de adotar já era uma prática constante e prevista pelas legislações da época, porém com significado diferente do atual. Roma e Grécia normatizavam a adoção com cunho religioso, pois, quando alguém viesse a falecer sem descendentes, não haveria pessoa capaz de continuar o culto familiar, ou seja, toda cultura era passada de geração a geração.[66]

Conforme Eunice Ferreira Rodrigues Granato:

> O vivo não podia passar sem o morto, nem este sem aquele. Por esse motivo, poderoso laço se estabelecia, unindo todas as gerações de uma mesma família. A religião só podia propagar-se pela geração. O pai transmitia a vida ao filho e, ao mesmo tempo, a sua crença, o seu culto, o direito de manter o lar, de oferecer o repasto fúnebre, de pronunciar as fórmulas da oração. Dessa forma, o homem que não tinha filhos encontrava na adoção a solução para que a família não se extinguisse.[67]

No direito romano existiram duas modalidades de integração de uma pessoa em determinada família: a *arrogatio* que se destinava à inserção de um estranho sem dependência de outra pessoa na família e a *adoptio* que era a inserção do estranho que se encontrava sob a *pátria potestas* de outrem.[68]

Tanto o Código de Hamurabi quanto o de Manu, que eram leis que foram escritas aproximadamente há 2000 anos a.C., traziam disposições expressas sobre o instituto da adoção.[69] Na idade média, a adoção caiu em desuso, “sendo ignorada

---

[66] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2003. p. 31.
[67] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. p. 31.
[68] LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil:** direito de família e das sucessões. p. 378
[69] MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo código civil brasileiro.** p. 185.

pelo direito canônico, tendo em vista que a família cristã repousa no sacramento do matrimônio." [70]

Os germanos, povo essencialmente guerreiro, só praticavam a adoção com a finalidade de perpetuar a família, deixando alguém que continuasse as guerras. Assim, o adotado deveria demonstrar suas qualidades de combatente. "Como conseqüência só era permitido àqueles que não tivessem filhos biológicos." [71]

Já na idade moderna, o instituto foi contemplado em três legislações: em 1683 na Dinamarca com a promulgação do Código por Christian V; na Alemanha em 1751, no projeto do Código Prussiano, conhecido também como Código de Frederico; e no Código de Maximiano, na Bavária, em 1756.[72]

Essas legislações exigiam contrato por escrito submetido à apreciação do tribunal. Deveriam apresentar vantagens para o adotando, estabelecia limite mínimo de idade e a imposição de ter o adotante no mínimo cinqüenta anos. Incluía direitos sucessórios e tornava o ato irrevogável.[73]

Tais medidas influenciaram o Código Napoleônico, que em 1804 estabeleceu suas formas, seus requisitos e seus efeitos. Estabeleceu quatro espécies de adoção, conforme Eunice Ferreira Rodrigues Granato assevera:

> Adoção ordinária: permitia que pudessem adotar pessoas com mais de cinqüenta anos, sem filhos e com a diferença de mais de quinze anos do adotado; previa a alteração do nome e a determinação de ser o filho adotivo herdeiro do adotante. Era contrato sujeito à homologação judicial. Adoção remuneratória: prevista na hipótese de ter sido o adotante salvo por alguém; poderia então, adotar essa pessoa. Adoção testamentária: permitida ao tutor, após cinco anos de tutela. Adoção oficiosa, que era uma espécie de "adoção provisória", em favor dos menores.[74]

A partir daí o instituto se consolidou na legislação francesa e irradiou para outros sistemas jurídicos modernos. Só não a consagraram os códigos da Holanda, Chile e Argentina.[75]

A primeira lei referente à adoção mencionada no Brasil foi a de 22.09.1828, que transferia da Mesa do Desembargo do Paço para os juízes de primeira instância a competência para a expedição da carta de perfilhamento. Porém

---

[70] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. p. 339.
[71] LOTUFO, Maria Alice Zaratin. **Curso avançado de direito civil:** direito de família. p. 217.
[72] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. p. 38-40.
[73] LOTUFO, Maria Alice Zaratin. **Curso avançado de direito civil:** direito de família. p. 219.
[74] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. p. 40-41.
[75] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito de família. p. 275.

o instituto da adoção só foi claramente mencionado com o advento do Código Civil de 1916 que ao entrar em vigor, sistematizou a adoção em dez artigos. [76]

Assim, ao tratar da adoção no Brasil, tem-se, primeiramente, que discorrer sobre como era visto tal instituto pela ótica do Código Civil de 1916.

Só era permitida a adoção por pessoas maiores de cinqüenta anos, sem prole legítima ou legitimada. A diferença de idade que deveria existir entre o adotante e adotado era de dezoito anos, sendo o pátrio poder transferido do pai natural para o adotante, porém os direitos e deveres do adotado e da família natural não se extinguiam. "Dessa forma, o adotante que não tivesse filhos consangüíneos, transmitia a sua herança para o filho adotivo, que também era herdeiro de seu pai natural. Contudo, o pai adotivo só herdava na hipótese da não-existência do pai natural." [77]

A adoção era feita por escritura pública e poderia ser dissolvida por vontade do adotado quando este se tornasse capaz, ou seja, no ano em que completasse a maioridade ou ainda no caso em que era admitida a deserdação.[78]

Em 08 de maio de 1957, surge a Lei 3.133, que reformulou alguns artigos do Código Civil de 1916. Quanto aos requisitos para ser adotante reduziu a idade mínima de cinqüenta para trinta anos de idade. Foi reduzida também a diferença entre adotante e adotado de dezoito para dezesseis anos, além de ter extinguindo a exigência de não ter prole. No entanto, para evitar adoção precipitada, foi instituído que o casal só poderia adotar depois de cinco anos de casado.[79]

Outras inovações ocorreram com o advento desta nova lei, dentre as quais a exigência do consentimento do adotado, se maior, ou de seu representante legal no caso de menor ou incapaz. Admitiu-se, ainda, a revogação da adoção por acordo das partes havendo motivo que justifique a deserdação.[80]

Com o advento da Lei 4.655, de 2 de junho de 1965, foi introduzido no ordenamento brasileiro a "legitimação adotiva" que conforme Rui Ribeiro de Magalhães:

> Por ela, podiam ser adotados os infantes expostos, cujos pais fossem desconhecidos ou houvessem declarado por escrito que ele podia ser dado em adoção; os menores abandonados com até sete anos de idade, cujos

[76] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. p. 43.
[77] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. p. 44.
[78] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. p. 44.
[79] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. p. 45.
[80] WALD, Arnold. **O novo direito de família.** p. 203.

> pais destituídos do pátrio poder; órfão da mesma idade não reclamado por qualquer parente por mais de um ano; o filho natural reconhecido apenas pela mãe e impossibilitada de prover a sua criação.[81]

Essa espécie de adoção estava sujeita à intervenção do juiz e "consistia em um ato irrevogável, pois seu objetivo era integrar a criança, de forma definitiva, à família substituta" [82] desligando-se de sua família de origem. Os laços de parentesco poderiam ser estendidos aos ascendentes dos adotantes, mas só no caso de aderirem ao ato.

Esta lei foi considerada um marco. Estabeleceu um estágio de convivência por um período de três anos, onde o adotando ficaria sob a guarda dos adotantes, cujo objetivo era uma recíproca adaptação. Seu objetivo maior era tentar solucionar o problema do menor carente de até sete anos, ou que tivesse completado essa idade sob a guarda dos legitimantes. [83]

O Código de Menores surgiu com a Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979, e "introduziu a adoção plena, substituindo a legitimação adotiva da Lei 4.655/65 que foi expressamente revogada e também admitiu a adoção simples, regulada pelo Código Civil." [84]

A partir desta lei, passou a vigorar no Brasil três espécies de adoção: a do Código Civil que era destinada a pessoas de qualquer idade; a adoção simples, que era destinada aos menores em situação irregular; e a plena, que atribuía a condição de filho legítimo ao adotado, porém só era cabível aos menores em situação irregular de até sete anos de idade, podendo ser deferida aos que contassem com idade superior, desde que já estivessem sob a guarda dos adotantes.[85]

Para Carlos Roberto Gonçalves, ao discorrer sobre a diferença de adoção simples da adoção plena afirma que:

> Enquanto a primeira dava origem a um parentesco civil somente entre adotante e adotado sem desvincular o último da sua família de sangue, era revogável pela vontade das partes e não extinguia os direitos e deveres resultantes do parentesco natural, [...] a adoção plena, ao contrário, possibilitava que o adotado ingressasse na família do adotante como se

---

[81] MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo código civil brasileiro.** p. 196.
[82] LOTUFO, Maria Alice Zaratin. **Curso avançado de direito civil:** direito de família. p. 223.
[83] LOTUFO, Maria Alice Zaratin. **Curso avançado de direito civil:** direito de família. p. 223.
[84] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. p. 47.
[85] MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo código civil brasileiro.** p. 198.

> fosse filho de sangue, modificando-se o seu assento de nascimento para esse fim, de modo a apagar o anterior parentesco com a família natural.[86]

Com efeito, era exigido também o estágio de convivência; foi dispensado o período mínimo de casado para adotar, desde que provada a esterilidade do casal; e por fim, foi previsto que o plenamente adotado possuía os mesmo direitos sucessórios da prole superveniente. [87]

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi eliminada a distinção entre adoção e filiação, pois definiu como idênticos direitos e qualificações aos filhos, proibindo qualquer tipo de discriminação.[88]

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.[89]

Assim, fica proibida qualquer distinção no tocante a origem da filiação, mesmo que a adoção tenha sido efetuada anteriormente a promulgação da referida Constituição.

Foi criada pela Lei 8.069/90 o Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo objetivo principal é a proteção integral do menor de dezoito anos, estando em situação irregular ou não.[90]

Foram abolidas as adoções simples e plena, existindo agora um único tipo de adoção, que "visa criar laços de paternidade e filiação entre adotante e adotado, inclusive desligando-o completamente de sua família biológica" [91] a não ser a fim de respeitar os impedimentos matrimoniais.

No plano patrimonial, "o direito sucessório é recíproco entre o adotado, seus descendentes e o adotante e seus parentes sucessíveis." O adotante deve ter mais de dezoito anos e no mínimo dezesseis anos a mais que o adotado. A adoção

---

[86] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. p. 341.
[87] MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo código civil brasileiro.** p. 201.
[88] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** p. 425.
[89] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
[90] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. p. 71.
[91] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. p. 72.

depende de sentença judicial, e é irrevogável e por fim a morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder dos pais naturais. [92]

O Código Civil de 2002, no que tange a adoção, disciplinou, por inteiro, a matéria, englobando no seu texto tanto a que envolve o menor quanto o maior de idade, derrogando a Lei n. 8.069/1990. Rui Ribeiro de Magalhães, ao discorrer sobre a criação do novo Código afirma que:

> [...] a Constituição, em face do tratamento dado à filiação, inclusive a adotiva, não recepcionou a adoção prevista no antigo Código Civil, e a Lei n. 8.069/90 regulamentou apenas a adoção de menores de idade, criando um hiato em relação aos maiores de idade, que se viram privados dos benefícios do instituto. O Código Civil atual corrigiu aquela situação, prevendo a possibilidade legal de adoção de pessoa maior de idade no art. 1.623, parágrafo único.[93]

Assim sendo, as disposições, de grande importância, contidas no Estatuto que não são repetidas na nova lei devem ser utilizadas, como por exemplo, a proibição da adoção por procuração, silenciada pelo Código atual, assim como, o estágio de convivência, dentre outras.[94]

3.2 O CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA ADOÇÃO

A adoção surgiu para assegurar a continuidade da família que não possui filhos. Seu conceito foi tratado por inúmeros juristas, dentre os quais, Silvio Rodrigues afirma que “é o ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho; pessoa que lhe é estranha.”[95]

Maria Helena Diniz ao conceituar adoção assevera que:

> A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.[96]

---

[92] WALD, Arnold. **O novo direito de família.** p. 206.
[93] MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo código civil brasileiro.** p. 207.
[94] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. p. 112.
[95] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. p. 340.
[96] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. p. 448.

Neste contexto, pode-se dizer que a adoção cria um vínculo de parentesco entre o adotante e o adotado, o qual oferece à criança um ambiente familiar adequado ao seu desenvolvimento.

Para Silvio de Salvo Venosa:

> "A adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, no atual sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como no corrente Código." [97]

A adoção corresponde a verdadeira paternidade, pois decorre de um ato de vontade de amar e ser amado, e, de acordo com Maria Berenice Dias "é incrível como a sociedade ainda não vê a adoção como deve ser vista. Precisa ser justificada como razoável para reparar a falha de uma mulher que não pode ter filhos."[98]

Deve-se considerar que é dever do Estado e também da família e da sociedade, proteger o cidadão do amanhã. Assim sendo, quanto mais cedo é feita a adoção, menor é o risco de a criança ter passado por experiências de abandono e sofrimento.[99]

Na tentativa de conceituar a adoção Caio Mário da Silva Pereira afirma que "a Adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim."[100] Já Roberto Senise Lisboa preleciona que, "*Adoção* é o ato jurídico solene pelo qual um sujeito estranho é introduzido como filho na família do adotante, passando a ter os mesmos direitos decorrentes da filiação."[101]

Não obstante a diversidade de conceitos do aludido instituto, é pacífico o reconhecimento pelos autores de uma *fictio iuris*. Para Carlos Roberto Gonçalves, a "adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha." [102]

---

[97] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. p. 279.
[98] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** p. 426.
[99] LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. p. 249.
[100] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito de família. p.392.
[101] LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil:** direito de família e das sucessões. p. 378.
[102] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. p. 337.

A adoção cria direitos e deveres recíprocos, é o ato em que alguém por livre vontade de oferecer amor, carinho e um lar a outrem, traz para sua família pessoa que lhe é estranha.

Para Paulo Lôbo, “a total igualdade de direitos entre os filhos biológicos e os que foram adotados demonstra a opção da ordem jurídica brasileira, principalmente constitucional, pela família socioafetiva.” Para o autor, a filiação é fortificada pela convivência, pelo entrelaçamento dos afetos, independente da origem. Assim sendo o filho biológico também é adotado pelos pais, no cotidiano de suas vidas.[103]

No que se refere a natureza jurídica da adoção, os doutrinadores divergem quanto ao assunto. Para alguns, “trata-se de um simples ato; para outros, um contrato ou, ainda, uma instituição. Existem também aqueles que a visualizam como uma figura híbrida, ou seja, um misto de contrato e de instituição: um contrato de direito de família.” [104]

Para Silvio Rodrigues, a adoção é um negócio unilateral, porque a principal manifestação de vontade é a do adotante e solene, porque a lei lhe impõe determinada forma, sem a qual o ato não tem validade, ou mesmo exigência, como tal. [105]

Já para outros doutrinadores, principalmente os franceses, a adoção é considerada um contrato, pois exige a manifestação das partes interessadas, surgindo destas vontades um contrato com efeitos jurídicos.[106]

Carlos Roberto Gonçalves, afirma que é controvertida a natureza jurídica da adoção, pois no Código Civil de 1916 é claro o caráter contratual. Porém a partir da Constituição de 1988, a adoção passou a constituir-se por ato complexo e a exigir sentença judicial. [107]

> A adoção não mais estampa o caráter contratualista de outrora, como ato praticado entre adotante e adotado, pois, em consonância com o preceito constitucional mencionado, o legislador ordinário ditará as regras segundo as quais o Poder Público dará assistência aos atos de adoção. Desse modo, [...], podem ser observados dois aspectos na adoção: o de sua formação, representado por um ato de vontade submetido aos requisitos

[103] LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. p. 247.
[104] LOTUFO, Maria Alice Zaratin. **Curso avançado de direito civil:** direito de família. p. 237.
[105] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. p. 341.
[106] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. p. 27.
[107] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. p. 338.

> peculiares, e o do *status* que gera, preponderantemente de natureza institucional.[108]

No mesmo sentido Caio Mário da Silva Pereira assevera que, quanto a natureza jurídica da adoção, “a partir da Constituição de 1988 passou a constituir-se por ato complexo e exigir a sentença judicial [...].” Para o autor, pode ser observado dois aspectos: o de sua formação, que se dá por um ato de vontade e o do *status* que está presente a sua natureza institucional.[109]

Em concordância também está Eunice Ferreira Rodrigues Granato, pois afirma que na adoção verifica-se que “[...] há um primeiro momento, de caráter contratual, e, depois, com o processo judicial, surge o aspecto publicista da adoção, sem o qual é impossível se cogitar da constituição do vínculo.” [110]

Na adoção moderna, de acordo com Estatuto da Criança e do Adolescente, não se pode considerar apenas a existência de manifestação de vontade bilateral, pois há o ato, porém com marcante interesse público, afastando a noção contratual.

3.3 REQUISITOS PARA SER ADOTANTE

Para que a adoção possa ser concretizada, há de se levar em conta alguns requisitos com base no Estatuto da Criança e do Adolescente e também no Código Civil.

Primeiramente, é imprescindível que o adotante tenha no mínimo dezoito anos. Caso seja realizada por casal, se faz necessário que pelo menos um deles tenha esta idade. Conforme Silvio Rodrigues:

> Todas as pessoas maiores de 18 anos (CC, art. 1.618), independentemente do estado civil, têm capacidade e legitimação para adotar. Sendo promovida a adoção por casal, basta que um deles tenha completado a idade mínima, devendo, porém, ser também demonstrada a estabilidade da família (CC, art. 1.618, parágrafo único).

---

[108] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. p. 338.
[109] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito de família. p.393.
[110] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. p. 28.

Existe a possibilidade da pessoa casada ou que viva em união estável adotar o filho de seu consorte, ou companheiro, o que não era possível no passado, pois essa adoção acarretava na transferência do pátrio poder para o adotante, fazendo com que o pai ou mãe natural perdesse automaticamente tal direito. Hoje, de acordo com art. 1.626 do Código Civil é possível, pois dispõe que:[111]

> Art. 1.626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.
> Parágrafo único. Se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes.[112]

O Código determina em seu art. 1.622, caput, que ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido ou mulher, ou se viverem em união estável. Caso alguém venha ser adotado por duas pessoas, prevalecerá a primeira, sendo a segunda considerada nula.[113]

No que tange aos divorciados ou separados judicialmente, Maria Helena Diniz assevera que:

> os divorciados e os separados judicialmente poderão adotar conjuntamente se o estágio de convivência com o adotado houver iniciado na constância da sociedade conjugal e se fizerem acordo sobre a guarda do menor e o regime do direito de visitas (CC, art. 1.622, parágrafo único).[114]

Outro requisito de igual importância é a diferença de idade que deve existir entre adotante e adotado de pelo menos dezesseis anos, conforme art. 1.619 do Código Civil. Conforme Carlos Roberto Gonçalves, essa diferença é exigida:

> [...] porque a adoção imita a natureza. É imprescindível que o adotante seja mais velho para que possa desempenhar eficientemente o poder familiar. Conseguintemente, a adoção do maior de 18 anos reclama tenha o adotante no mínimo 34 anos. E, embora com 18 anos já se possa adotar, o adotando, na hipótese, não poderá ter mais de 2 anos.[115]

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 39, parágrafo único, veda expressamente a adoção por procuração. É ato que requer a iniciativa e

---

[111] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. p.342.
[112] BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.
[113] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil:** direito de família. p. 451.
[114] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil:** direito de família. p. 451
[115] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. p. 355.

presença dos adotantes diante do juiz para que o julgador possa aferir com mais convicção as vantagens ou desvantagens de uma filiação irrevogável.[116]

Conforme os termos do art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção depende de consentimento para se concretizar. Primeiramente necessita do consentimento dos pais ou do representante legal, podendo ser dispensado caso os pais sejam desconhecidos ou que tenham sido destituídos do pátrio poder. No que se refere ao adotando maior de doze anos, para que adoção se concretize se faz necessário seu consentimento.

> Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.
> § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder.
> § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento. [117]

É vedada a adoção por ascendentes e irmãos do adotando e conforme Silvio Rodrigues, com base em algumas legislações pesquisadas não se descobriu a fonte da regra proibitiva. Acredita-se que o avô não pode adotar o neto por pura questão sucessória, já que o neto concorrerá com o pai, afetando a legítima de herdeiro necessário.[118]

No tocante ao estágio de convivência, se torna outro fator importante para o deferimento da adoção. Conforme Eunice Ferreira Rodrigues Granato trata-se de "um período experimental em que o adotando convive com os adotantes, com a finalidade precípua de se avaliar a adaptação daquele à família substituta, bem como a compatibilidade desta com a adoção." [119]

A adoção, seja a de menor ou a de maior de idade, deve sempre obedecer a processo judicial, conforme art. 1.623, do Código Civil.

> Art. 1.623. A adoção obedecerá a processo judicial, observados os requisitos estabelecidos neste Código.

---

[116] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática.** p. 73.
[117] BRASIL. Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da criança e do adolescente.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>.
[118] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família.** p. 343.
[119] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática.** p. 81.

> Parágrafo único. A adoção de maiores de dezoito anos dependerá, igualmente, da assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva.[120]

Assim, independente da idade, não é dispensada a efetiva assistência do Poder Público. No que refere aos menores de dezoito anos, a competência é do Juiz da Infância e da Juventude. Já com relação aos maiores, será competente o Juízo de Família.[121]

Por fim, a adoção produz seus a partir do trânsito em julgado da sentença que a deferiu, atribuindo ao adotado a condição de filho, adquirindo, portanto, um novo estado civil. [122]

---

[120] BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.
[121] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. p. 356.
[122] LOTUFO, Maria Alice Zaratin. **Curso avançado de direito civil:** direito de família. p. 243.

4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Neste último capítulo, atinge-se a essência do que se propõe o presente trabalho. Desta forma, traçam-se alguns aspectos das relações homoafetivas como seu histórico sem preconceitos à atual situação discriminadora, sem previsão jurídica; além de se discorrer sobre a adoção unilateral do indivíduo homossexual, concluindo com a possibilidade da adoção conjunta por casais homoafetivos e a preservação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

4.1 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

O vocábulo homossexual deriva do grego, cujo prefixo *homo* significa "semelhante". Conforme Taísa Ribeiro Fernandes: "Homossexual é o indivíduo cuja inclinação sexual é voltada para uma pessoa do mesmo gênero, o homem que se sente atraído por outro homem e a mulher que se sente atraída por outra mulher." [123]

Na antiguidade grega, a relação sexual entre o homem mais velho (erastes) e o rapaz jovem (erômenos) era vista com naturalidade.[124] Essa relação, chamada de pederastia, tinha o cunho de transmissão e aquisição de sabedoria. Já em Roma, Taísa Ribeiro Fernandes tem a dizer que:

> [...] a homossexualidade era tolerada, vista no mesmo nível que as relações entre casais, entre amantes ou de senhor e escravo. No entanto, aqueles que prestavam favores sexuais a outros homens eram igualados a escravos, não possuíam qualquer relevância social, recaindo sobre eles o preconceito e a censura oficial de Roma, uma vez que figuravam no pólo passivo da relação.[125]

---

[123] FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos.** São Paulo: Método, 2004. p. 21.
[124] FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 20.
[125] FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos.** p. 38.

Na Idade Média, com o início da era cristã, a homossexualidade foi tratada com preconceito e intolerância. Enézio de Deus Silva Junior afirma que "[...] entre os crimes-pecados, a sodomia – como era denominada a cópula anal na Idade Média – foi considerada o mais vil, sujo e torpe pelos teólogos." [126]

A liberdade com que o tema era tratado nas culturas Greco-romanas já não existia na Idade Média. "Sequer existia o termo homossexualismo, sendo, as pessoas com esta orientação sexual, chamadas de 'sodomitas', em alusão à cidade de Sodoma." [127]

Mesmo nos dias atuais os países islâmicos e mulçumanos ainda aplicam pena de morte aos homoafetivos, independentemente de ser masculino ou feminino, pois vêem esta prática uma violação da lei sagrada. [128]

O homossexual é a pessoa que não nega sua formação morfológica, porém, possui a vontade sexual voltada para o indivíduo do mesmo sexo que o seu.

No campo da medicina a homossexualidade foi considerada uma enfermidade. A Organização Mundial de Saúde (OMS) que possui uma publicação mundial chamada de Classificação Internacional de Doenças (CID) a identificou como um diagnóstico psiquiátrico, inserido no subcapitulo "Dos desvios e transtornos sexuais" (CID n° 9). Em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria (APA) felizmente retirou-o da lista de patologias.

Em 1995, na décima revisão do CID, a OMS deixou de considerar o homossexualismo uma doença, alterando seu sufixo *ismo* (que significa doença), pelo sufixo *dade* (que significa modo de ser). Assim sendo, a expressão correta a ser utilizada é homossexualidade e não homossexualismo, considerada politicamente incorreta.[129]

Destarte, com a evolução da sociedade, inúmeras mudanças ocorreram ao longo dos anos. Novas formas de relacionamento surgiram, sendo cada vez mais valorizado o afeto, passando a existir uma sociedade menos homofóbica. Assim, os homossexuais passaram a se organizar juridicamente por meios de grupos de pressão voltados para a defesa de seus direitos de cidadania, sendo esses direitos

---

[126] JUNIOR, Enézio de Deus Silva. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 54.
[127] SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais:** sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. Curitiba: Juruá, 2005. p.54.
[128] SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais:** sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. p. 55.
[129] FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos.** p. 24.

os mesmo que outras pessoas gozam, como por exemplo, o de manifestar sua afetividade sem represálias.

Enézio de Deus Silva Junior afirma que:

> Tal movimento libertário, acompanhado de uma tranqüilidade na vivência afetiva e na revelação pública da orientação homossexual, ficou conhecido, nos Estados Unidos, pelo *slogan* "saindo do armário" – uma resposta, cada vez mais atual e politizada, à represália policial da histórica madrugada de 28.06.1969, que gerou uma articulação imediata de homossexuais, travestis e transgêneros presentes no famoso bar Stonewall Inn, no reduto artístico-cultural Greenwich Village, em Nova York, pela defesa das suas incolumidades físicas e psicológicas. Por isso, no dia 28 de junho, de todos os anos subseqüentes, passou-se a comemorar, mundialmente, o Dia do Orgulho Gay, como sinônimo de conscientização crítico-transformadora e de respeito à diversidade sexual.[130]

Como se observa, nesse processo histórico, os homossexuais foram perseguidos e agora passam por uma fase de reconhecimento jurídico sensível. Sendo o primeiro passo a possibilidade de aprovação da lei que torna crime a homofobia. Apesar da perene resistência religiosa, o projeto, se aprovado, punirá, dentre outras coisas, os constrangimentos e humilhações decorrentes do preconceito ainda existente (anexos 1 e 2).

Para Patrícia Fontanella:

> [...] em determinadas culturas a homossexualidade é bastante tolerada. Na Dinamarca (desde 1989), Suécia (desde 1995), seguidas por Noruega e Islândia, existem as chamadas parcerias civis registradas que autorizam casais homossexuais a registrarem suas uniões, como se casados fossem.[131]

No Brasil, as uniões homoafetivas ainda "[...] não encontram qualquer regramento específico que lhes dê uma proteção jurídica efetiva [...]." [132] Assim, Patrícia Fontanella assevera:

> O reconhecimento do direito de referidas uniões serem tratadas como entidades familiares regidas pelo Direito de Família passa, necessariamente, pelo respeito aos Princípios da Dignidade da Pessoa

---

[130] SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** p. 55.
[131] FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro:** enfoque a partir do garantismo jurídico. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 75.
[132] SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais:** sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. p. 59.

> Humana e da Igualdade, que pressupõe a proibição de discriminação por orientação sexual.[133]

Assim sendo, como o afeto passou ser a base das relações familiares, se faz necessário o reconhecimento, como entidade familiar, da união homoafetiva. O operador da ciência jurídica deve lutar para que sejam abolidas todas as formas de discriminação que ainda persistem, pois, mais cedo ou mais tarde, todas serão superadas e estas uniões passarão a integrar o universo social, jurídico e familiar de nossa sociedade.[134]

4.2 ADOÇÃO UNILATERAL DO INDIVÍDUO HOMOSSEXUAL

A adoção por indivíduo homossexual já é uma realidade na jurisprudência brasileira. É um dos caminhos viáveis para que a pessoa possa exercer a paternidade ou a maternidade em sua vida.

Para Taísa Ribeiro Fernandes, "a adoção por pessoa homossexual (adoção unilateral) não tem gerado as reações e objeções que se apresentam à adoção por duas pessoas que mantêm uma parceria afetiva (adoção conjunta)." [135] A regra principal está no art. 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado. [136]

Para que a adoção seja deferida, deve-se analisar cada caso e verificar se o interessado preenche os requisitos legais, oferecendo ambiente familiar adequado. Assim, seria inconstitucional levar em conta a orientação sexual da pessoa como requisito para o processo de adoção.

A adoção por indivíduo homossexual não representa uma espécie de atentado à integridade moral do menor, pois a capacidade para ser adotante nada

---

[133] FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro:** enfoque a partir do garantismo jurídico. p. 82.
[134] SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais:** sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. p. 63.
[135] FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos.** p. 105.
[136] BRASIL. Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da criança e do adolescente.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>.

tem haver com sua sexualidade. Se o interessado não leva uma vida promíscua, se não assume atitudes que poderiam causar constrangimentos, a adoção pode ser realizada.[137]

Existem algumas decisões favoráveis à adoção por pessoa homossexual, como, por exemplo, a proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O Ministério Público apelou contra decisão que deferia a adoção por professor homossexual de um menor à época com 10 anos de idade.

> Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotado, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de impecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Apelo improvido.[138]

O adotado, ao ser ouvido, afirmou estar feliz com sua nova família, pois era tratado pelo pai adotivo com muito respeito.

A avaliação dos magistrados, que antes indeferiam um pedido de adoção a homossexuais, deve ser objetiva ante o princípio da igualdade, assim como, quando os pretendentes são heterossexuais. A vida futura que os pais oferecerão para o melhor desenvolvimento do menor é que se deve levar em conta no momento de decidir.[139]

Para Ana Paula Ariston Barion Peres:

> No caso esposado de adoção por homossexuais, antes de se chegar a qualquer conclusão, urge dizer, primeiramente, que o conflito entre os princípios constitucionais do melhor interesse da criança e do direito à igualdade só vai eclodir caso fique comprovado que o desempenho da maternidade/paternidade por homossexuais pode trazer malefícios ao

---

[137] FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos.** p. 106.
[138] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação n° 1998.001.14332**. Nona câmara cível. Recorrente: Ministério Público. Relator: Des. Jorge Magalhães. Julgado em: 23.03.1999. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/dgcon/jurisprudencia.htm>. Acesso em: 03.jun.2009.
[139] SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** p. 137.

> menor. Para tanto, ainda que muitos, de antemão, apontem prejuízos para a criança, será imprescindível analisar cada caso concretamente.[140]

O Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como, o Código Civil, não trazem nenhuma vedação, explicita ou implícita, para que uma pessoa homossexual adote. O mais importante é a conduta moral, a capacidade para assumir responsabilidades decorrentes do fato e acima de tudo se a medida traz vantagens para o adotante.[141]

4.3 ADOÇÃO CONJUNTA DE CASAIS HOMOAFETIVOS E A PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

No que tange a adoção por casais homoafetivos, no Brasil, não há legislação vedando nem tão-pouco, autorizando. Assim a concessão fica a critério do juiz responsável pelo processo.

Essa adoção poderia encontrar obstáculo na regra do art. 1.622 do Código Civil, ao dizer que ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher ou se viverem em união estável (também composta, apenas, por homem e mulher – art. 1.723 do Código Civil). Porém, tudo se resolve e simplifica ao se aplicar, analogicamente, os textos legislativos referentes à união estável. Para Maria Berenice Dias, “reconhecer como juridicamente impossíveis ações que tenham por fundamento uniões homossexuais é relegar situações existentes à invisibilidade.” [142]

Ao juiz competente, cabe atender à determinação disposta nos arts. 4° e 5° da Lei de Introdução ao Código Civil, os quais asseveram que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito e também, ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

---

[140] PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais:** fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 121.
[141] FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos.** p. 108.
[142] DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 54.

Ao vislumbrar a possibilidade do casal homoafetivo poder adotar, Silvana Maria Carbonera, afirma que:

> O Direito não deve decidir de que forma a família deverá ser constituída ou quais serão suas motivações juridicamente relevantes (...). Formando-se uma (...) que respeite a dignidade de seus membros, a igualdade nas relações entre eles, a liberdade necessária ao crescimento individual e a prevalência das relações de afeto entre todos, ao operador jurídico resta aplaudir, como mero espectador.[143]

A lei ainda não ampara os homoafetivos que constituíram família, deixando os filhos oriundos dessas relações desamparados. Porém, o mesmo autor defende ser o melhor interesse da criança a adoção por homossexuais, do que viverem socialmente excluídos de assistência material e afetiva.[144]

Para Vera Lucia da Silva Sapko, os "[...] homossexuais, como quaisquer outros cidadãos, têm o direito de tornarem-se pais e mães, de realizar o sonho de ter filhos como qualquer pessoa [...]." [145]

A família homoafetiva, já faz parte da sociedade brasileira atual. Porém, ao terem seus pedidos de adoção indeferidos pelo judiciário, acabam sendo impulsionadas a decidirem que somente um membro da relação adotará formalmente. E esse fato vai de encontro ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, visto que os dois conviventes serão, de fato, os pais socioafetivos da criança. Pois, "mesmo criado no *locus* familiar dos dois pais ou de duas mães, deixará de auferir os benefícios de uma paternidade mais plena e legalmente constituída, quando, por exemplo, da morte de um dos companheiros ou de possível separação." [146] Dessa forma, "além de serem preconceituosos e inúteis os argumentos de que adoção pelo casal homossexual é prejudicial ao menor [...], tais discursos subtraem da criança ou do adolescente adotado a possibilidade de usufruir de direitos que de fato, possui [...]." [147]

O Estado Democrático de Direito não coaduna com uma "visão discriminatória, a qual implicaria uma negação dos princípios da isonomia, do

---

[143] Apud SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** p. 119.
[144] SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** p. 120.
[145] SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais:** sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. p. 100
[146] SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** p. 122.
[147] SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** p. 122.

pluralismo e da sociabilidade, impedindo a livre formação da identidade por cada indivíduo, violando diretamente, o princípio do respeito à dignidade humana." [148]

Para Alexandre de Moraes, "a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade prevendo que todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico." [149] Esse princípio possui o objetivo de superar as desigualdades entre as pessoas por intermédio da lei, a todos os sujeitos de direito.

Assim sendo, conforme Vera Lucia da Silva Sapko assevera:

> [...] o princípio da igualdade não pode ser visto como em confronto com o princípio da proteção integral às crianças, mas isto sim, sua concretização deve ser entendida como uma forma de efetivação da proteção integral, viabilizando-lhes mais uma gama de famílias em que podem ser colocadas e amadas.[150]

Ainda, para a autora, ao se justificar a negativa de direito a paternidade/maternidade de casais homossexuais em razão de que a criança poderá sofrer discriminação na escola, por exemplo, é inadmissível, pois a discriminação é comum na sociedade brasileira, onde o "diferente" é sempre segregado, seja ele homossexual, negro, gordo, magro, deficiente físico, etc.[151]

O Estatuto da Criança e do Adolescente não contém dispositivo legal tratando de adoção por casais homossexuais, porém, seu art. 43 assevera que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos." [152] Nesta concepção, deve-se prevalecer o bom senso, pois deixar de inserir a criança em um seio familiar - para evitar que passe por situações preconceituosas - em detrimento de deixá-la em uma instituição de amparo, despersonalizada, sem afeto, sem atenção, sem amor, sem dúvida não coaduna com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

---

[148] SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais:** sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. p. 116.
[149] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 31.
[150] SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais:** sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. p. 118.
[151] SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais:** sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. p. 137.
[152] BRASIL. Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da criança e do adolescente.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>.

Já existem alguns julgados concedendo a adoção para casais homoafetivos. Assim, pode-se observar no caso da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> **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). [153]

Desse modo, pode-se comprovar que o sistema jurídico brasileiro, em razão da adoção, está em gradativa evolução, não havendo, portanto, impedimentos quanto a possibilidade para que casais homoafetivos possam adotar, pois a sexualidade não configura como requisito para tal.

Outra decisão proferindo a adoção por casal homoafetivo foi realizada na cidade de Catanduva, cidade a 395 quilômetros de São Paulo. A menina Theodora Rafaela, foi adotada por um casal de cabeleireiros cujos nomes foram inseridos na certidão de nascimento da menina, porém, sem explicitar condição de pai ou mãe, inclusive dos avós que não foram caracterizados como maternos ou paternos (anexo 3).

Na Lei de Registros Públicos, n° 6.015/73, que regula os registros de brasileiros, não consta nenhuma exigência formal que impeça seja uma pessoa registrada por dois pais ou duas mães. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 47, apenas prevê que “o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.” E o § 1° do mesmo artigo, não discrimina, com base no sexo

---

[153] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70013801592.** Sétima câmara cível. Recorrente: Ministério Público. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 05.04.2006. Rio Grande do Sul, RS. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 03.jun.2009.

biológico, pois, dispõe que “a inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.” [154]

Por fim, de acordo com Maria Berenice Dias, “basta a presença do afeto para se ver uma família, e nenhum limite há para o seu reconhecimento.”[155] Assim sendo, espera-se que o reconhecimento da homoafetividade ultrapasse os limites jurisprudencias, para que as adoções sejam cada vez mais deferidas às crianças sem lares, pois o cuidado, o respeito, o amor, contribuem para o desenvolvimento da pessoa e que é o objetivo fundamental asseverado no principio do melhor interesse da criança e do adolescente.

[154] SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** p.137.
[155] DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade.** p. 26.

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico procurou demonstrar a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na adoção por casais homoafetivos, como forma de garantir mais uma possibilidade de crianças - que não possuem lares - fazerem parte efetivamente de uma família.

O direito de família evoluiu no decorrer dos anos, sendo nítida esta evolução com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois ampliou o conceito de família, antes restrito ao casamento.

A afetividade é um dos requisitos constatados nos processos de adoção, não sendo importante a sexualidade da pessoa. Assim sendo, a prioridade da avaliação para adoção é a disponibilidade afetiva, a preparação e a maturidade do adotante. Em nenhum momento é avaliada a orientação sexual do candidato, pois o importante é preencher os requisitos pré-determinados.

Nesse contexto, achar que a adoção por casais homoafetivos não coaduna com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é não perceber o conceito de família atual, ou seja, de que hoje, a família não é mais formada só por homem e mulher, mas sim por pessoas ligadas pelo vínculo da afetividade.

Não há vedação legal que impeça que tais adoções sejam deferidas, pois se verificou que se faz presente o princípio norteador da pesquisa monográfica. A única resposta cabível para o indeferimento é o preconceito.

No que tange a ausência de positivação no ordenamento jurídico brasileiro, referente à concessão específica, que possibilite a adoção de crianças e adolescente por casais homoafetivos, percebe-se que é possível atender este pleito, uma vez que o Direito não é oriundo apenas das leis, mas também das decisões de juízes e tribunais, é fruto da jurisprudência, das doutrinas, dos princípios gerais do direito e dos princípios constitucionais.

Não autorizar a adoção por casais homoafetivos alegando não ser o melhor para criança e/ou para o adolescente, é não oportunizar uma vida digna a essas pessoas, pois serão privadas de um ambiente familiar adequado. É ir de encontro ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Dessa forma, achar que o casal homoafetivo não oportunizará um ambiente familiar adequado às crianças, é afrontar a Constituição Federal, pois o princípio da igualdade, onde a lei determina que todos devem ser tratados de forma igual sem qualquer tipo de discriminação, estará sendo afetado, uma vez que os que buscam a justiça merecem ser julgados e não punidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da criança e do adolescente.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 397762/BA**. Primeira Turma. Recorrente: Estado da Bahia. Recorrido: Joana da Paixão Luz. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 03.06.2008. Brasília, DF. Publicado em: 12.09.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 08.maio.2009.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: RT, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos.** São Paulo: Método, 2004.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro:** enfoque a partir do garantismo jurídico. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família.** São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção:** doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado:** direito de família. São Paulo: RT, 2005. v. 5.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil:** direito de família e das sucessões. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 56-57.

LOTUFO, Maria Alice Zaratin. **Curso avançado de direito civil:** direito de família. São Paulo: RT, 2002. v. 5.

MAIA, Bruno Landim. **Princípios constitucionais do direito de família.** Disponível em <http://www.webartigos.com/articles>. Acesso em 28.abr.2009.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo código civil brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito de família. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 3.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

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

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação n° 1998.001.14332**. Nona câmara cível. Recorrente: Ministério Público. Relator: Des. Jorge Magalhães. Julgado em: 23.03.1999. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/dgcon/jurisprudencia.htm>. Acesso em: 03.jun.2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70013801592.** Sétima câmara cível. Recorrente: Ministério Público. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 05.04.2006. Rio Grande do Sul, RS. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 03.06.2009

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.
SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **Família homoafetiva.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br> Acesso em 01.maio.2009.

SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais:** sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Poder familiar e tutela:** à luz do novo código civil e do estatuto da criança e do adolescente. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

WALD, Arnold. **O novo direito de família.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ANEXO 1

ARTIGO DA REVISTA VEJA
DE 02 DE JULHO DE 2008
AUTOR: ANDRÉ PETRY
“A FÉ DOS HOMOFÓBICOS”

ANEXO 2

JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO
DIA 30 DE MAIO DE 2009
MATÉRIA:
“SEM ALTERAÇÕES, SENADO NÃO APROVA LEI ANTI-HOMOFOBIA”

ANEXO 3

JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO
DIA 26 DE NOVEMBRO DE 2006
MATÉRIA:
“EM NOME DOS PAIS”