



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS PRO-
REITORIA DE GRADUAÇÃO
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO

ADOÇÃO HOMOAFETIVA:
A ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

ORIENTANDA - GIOVANA BRANDÃO GONÇALVES JÁCOMO
ORIENTADORA – PROF^ª. DRA. MARINA RÚBIA MENDONÇA

GOIÂNIA

2022

GIOVANA BRANDÃO GONÇALVES JÁCOMO

ADOÇÃO HOMOAFETIVA:
A ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Artigo Científico, apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). Profª. Orientadora – Dra Marina Rubia Mendonça

GOIÂNIA
2022

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
ASPECTOS INTRODUTÓRIOS.....	4
1. INSTITUTO FAMILIAR	5
1.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	5
1.2 CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO E A INSERÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA	7
2. ADOÇÃO NA FAMÍLIA TRADICIONAL E CONTEMPORÂNEA.....	9
2.1 LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DE ADOÇÃO	11
2.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA ADOÇÃO E SEUS EFEITOS NO MUNDO JURÍDICO	13
3 DA ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO E SUAS PECULIARIDADES NO MUNDO JURÍDICO.....	14
CONCLUSÃO.....	18
REFERÊNCIAS.....	19

ADOÇÃO HOMOAFETIVA: A ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Giovana Brandão Gonçalves Jácomo

RESUMO

As relações civis afetivas eram consolidadas de uma forma imposta pelos costumes tradicionais de épocas remotas, nas quais consideravam-se insuscetíveis de mudanças no conceito de família. Objetivando-se desmistificar todo o contexto de modernidade nas relações afetivas, busca-se, com o presente projeto, apresentar riquezas jurídicas que ensejaram direitos fundamentais inclusivas, principalmente ao avanço correspondente ao mundo homoafetivo, conduzindo debate imprescindível capaz de trazer novas formas de pensar acerca da diversidade do amor, das relações e da constituição das famílias, sejam estas biológicas e, sobretudo, afetivas, o que numa visão clássica, jamais seria possível imaginar formação de casamento gay, quiçá adoção por casal homoafetivo. A fim de efetivar tais objetivos, utiliza-se a atual forma de fundamentação do direito, tais como: o que a lei dizia sobre união, casamento e adoção; o que a jurisprudência consolidou para provocar efeito ampliativo hermenêutico da lei e como a doutrina trabalhava e como hoje retrata a realidade do instituto da adoção no direito brasileiro. Imperioso externar que, a historicidade do instituto do direito das famílias é muito importante, justamente por apresentar o cenário que retratava a realidade em períodos que antecederam a Constituição Federal e após, quando externa a evolução do direito civil contemporâneo. Ademais, no tocante ao segundo momento do projeto, expôs de forma analítica, a visão comparativa entre a família tradicional e contemporânea, apresentando como era o modelo familiar, mesmo após a vigência do atual código civil e demonstrando sua transformação interpretativa para se adaptar a realidade moderna. Por fim, pugnou-se quanto a necessidade de desenvolvimento acerca do caso concreto, onde, de fato já se tornou prática comum a procedência das ações de adoção por casal homoafetivo, constituindo-se em pleno gozo do exercício de direitos fundamentais com garantia constitucional plena, ainda que, por intermédio interpretativo do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: adoção. Família tradicional. Casal homoafetivo. Direitos fundamentais

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O tradicionalismo ainda tem sido costume reconhecidamente afirmado pela sociedade, acostumada com relações sentimentais entre homem e mulher, deixando de lado o tema acerca do amor e felicidade compartilhados entre pessoas do mesmo sexo.

Imperioso salientar que, com o passar do tempo, a sociedade está habituando-se a encarar a temática através da luta contra o preconceito, quando o Colendo STF reconheceu, a

luz da Constituição Federal, direito ao casamento homoafetivo, através da ADI nº 4277, estendendo direitos e garantias constitucionais aos homossexuais, incluindo-se o regime de bens de união parcial, em caso de união estável, já que a Constituição é silente em relação à tal modalidade de casamento.

Fato é que, formalizado processualmente ou não, a grande tendência é a falta de bom trato da sociedade em relação ao que é novidade, principalmente para aquelas pessoas que nasceram e viveram num ambiente arcaico e com costumes clássicos, razão pela qual faz-se necessário abordar acerca do tema, de forma dinâmica, a fim de esclarecer o que realmente importa ou o que estaria em evidência quando adotados estão incluídos na relação.

O tema em destaque trás inovações de extrema relevância, gerando segurança jurídica nas decisões jurisdicionais, bem como viabiliza direitos que devem ser debatidos e defendidos pelas minorias, porém, não menos importantes, haja vista tratar-se de formalizar aspectos já inerentes a personalidade de determinadas pessoas, o que não pode ser dissociado de suas vontades, características e formas de pensar, indo muito além do livre arbítrio, razão pela qual a temática exposta é assunto contemporâneo e merece o debate.

1. INSTITUTO FAMILIAR

1.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A família pode ser conceituada de várias maneiras, subjacente a cada uma, está uma ideia fundamental sobre a estrutura da família e sua função na sociedade. Alguns definem uma família puramente em termos de compartilhar uma casa, um conjunto de indivíduos que vivem juntos. Outros definem a família com base no parentesco. Uma família é um grupo de pessoas que compartilham ancestrais comuns ou uma unidade social básica composta por pais e seus filhos. Alguns afirmam que o parentesco biológico é o elemento definidor da família, enquanto os oponentes afirmam que as famílias podem ser uma coleção mista de indivíduos relacionados por casamento, adoção, parceria ou amizade.

Historicamente, na maioria das culturas, a família era patriarcal ou dominada por homens. Talvez o exemplo mais marcante da família dominada por homens seja a descrição da família dada na Bíblia hebraica (ou Antigo Testamento), onde os chefes masculinos dos clãs podiam ter várias esposas, bem como concubinas. Como regra geral, as mulheres tinham um

status bastante baixo. A família como existia na Europa medieval era dominada e estendida pelos homens.

Nos tempos romanos, a família ainda era patriarcal, mas a poligamia não era praticada e, em geral, o status das mulheres melhorou um pouco em relação ao sugerido na Bíblia hebraica, embora ainda não tivessem permissão para administrar seus próprios assuntos. A família romana era extensa. (PEREIRA, 1991)

A respeito da família romana a autora Aurea Pimentel Pereira, leciona que:

Sob a auctoritas do pater familias, que, como anota Rui Barbosa, era o sacerdote, o senhor e o magistrado, estavam, portanto, os membros da primitiva família romana (esposa, filhos, escravos) sobre os quais o pater exercia os poderes espiritual e temporal, à época unificados. No exercício do poder temporal, o pater julgava os próprios membros da família, sobre os quais tinha poder de vida e de morte (*jus vitae et necis*), agindo, em tais ocasiões, como verdadeiro magistrado. Como sacerdote, submetia o pater os membros da família à religião que elegia. (PEREIRA, 1991, p. 23).

Segundo o jurista Eduardo de Oliveira Leite (1993), o direito romano foi estruturado por princípios normativos. As famílias até então que eram formadas pelos costumes e tradições, passaram agora a ser constituídas através do casamento, portanto, só existia o instituto família se houvesse casamento. Com o advento do Cristianismo, a Igreja Católica passou a considerar o casamento como sacramento. Dessa forma, coube ao Direito Canônico estabelecer as diretrizes do casamento, sendo este a única forma de constituir uma família.

No Brasil, o instituto familiar teve suas importantes modificações. Salienta-se que no Império a religião era uma condicionante para o casamento, ou seja, diante da religião oficial que naquela época era o catolicismo, as pessoas só poderiam se casar se adotassem os dogmas religiosos da Igreja Católica. (SOARES E PARRON, 2017)

Ocorre que o Estado passou a intervir, criando mais uma modalidade de casamento, onde era possível se casar com pessoas pertencentes a outras religiões, desde que se observasse as prescrições religiosas. Assim, durante o Brasil Colônia e Império havia três modalidades de casamento, quais sejam: casamento católico, casamento misto e o casamento entre pessoas com a mesma religião.

Com o avançar dos anos, a civilização passa por constante evolução em seu contexto social e político, conseqüentemente muitos paradigmas vêm sendo reformados ou excluídos da sociedade. Nesse contexto, o núcleo família vem se modificando tanto em seu conceito como sua composição, o que antes era uma família tradicional que comportava apenas pai, mãe e filhos, agora vem ganhando espaço uma nova formação de família.

A idealização de família é uma soma das influências culturais, religiosas, políticas e sociais. Com o surgimento da Revolução Industrial e a migração das famílias do campo para as zonas urbanas houve uma fragmentação do núcleo família, pois as famílias modernas são caracterizadas pelo seu individualismo. Ademais, tais mudanças sociais contribuíram para uma redução acentuada na porcentagem de famílias “típicas” clássicas sendo substituídas por famílias sem filhos, monoparentais, entre outras configurações familiares.

Ressalta-se que as mudanças sociais contribuíram para uma redução acentuada na porcentagem de famílias "típicas" clássicas, principalmente famílias "nucleares". Dessa forma, a forma como os indivíduos conceituam a família é influenciada pela cultura, religião, lei e política.

1.2 CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO E A INSERÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA.

O conceito de família ora explanado acima e suas devidas modificações ao longo dos anos trouxe importantes considerações para o ordenamento jurídico, sendo necessário abordar essas concepções e compreender o conceito atual de família.

O Código Civil de 1916 pautou-se no conceito familiar na concepção da família romana. Segundo o Digesto Civil da época, as famílias eram compreendidas por dois pontos basilares para a formação de uma família: o casamento formal e a de consanguinidade. Nesse Digesto Civil não era permitido o divórcio e havia impedimentos estabelecidos pela Igreja Católica.

Com a revogação do Código Civil de 1916 e a sanção do Código Civil 2002 houve uma mudança notável no conceito de família. Antes, como já sabido, a família se dava, apenas e exclusivamente pelo casamento, agora, o conceito de família, passa a ser abrangente.

Agora a formação de uma família pode ser feita através da união estável, casamento, família monoparental. Diferentemente do Código Civil de 16, o Código Civil atual passou a ser mais igualitário, sem qualquer tipo de hierarquia entre homens e mulheres, além de admitir família biológica ou socioafetiva. Em síntese:

A nova visão da família com a Constituição Federal e o Código Civil de 2002 não é mais de família institucional, mas sim de família instrumental. A família passou a ser meio e não fim, é o meio pelo qual as pessoas desenvolvem a sua personalidade na busca da realização pessoal. Essa realização pessoal é a felicidade, que também é um direito fundamental. (LIMA, 2016, p. 3)

Ademais, com o avançar da sociedade, o conceito de família foi se modificando e consequentemente o instituto família foi se alterando no nosso ordenamento jurídico. Com a promulgação da Constituição Federal da República Brasileira em 1988 inovou a como o direito versa sobre a família.

Conforme preceitua o art. 226 da Constituição Federal as famílias agora são chamadas de entidade familiar e são compostas da seguinte forma: casamento (§1º e §2º); união estável (§3) e a família monoparental. Apesar da Constituição pontuar as entidades familiares ora citadas, existem aquelas que não estão explícitas na constituição, entretanto não podem ser desconsideradas como institutos familiares. Nesse contexto, o jurista Silvio Neves Baptista aduz que:

Hoje, pode-se dizer que o elemento da consanguinidade deixou de ser fundamental para a constituição da família. (...), a doutrina e a jurisprudência vêm aumentando o rol das modalidades de família, já sendo aceitas por alguns juristas outras formas, tais como a homoafetiva, a anaparental. (BAPTISTA, 2014, p. 14).

Contudo, algumas entidades familiares não estão explícitas na Constituição Federal, dentre elas estão: família homoafetiva; anaparental; famílias reconstituídas e família unipessoal. Aqui restará explanado apenas sobre a inserção da entidade familiar homoafetiva. A família homoafetiva pode ser entendida como a união entre duas pessoas do mesmo sexo.

Ademais, o art. 226, § 3º, CF, dispõe que: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Neste viés, o art. 1.723 do Código Civil Brasileiro determina que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

A união homoafetiva só foi reconhecida no Brasil em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, ampliando o vocábulo de família, segue entendimento jurisprudencial:

Ementa: 1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. (...) Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT

VOL02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212)” (BRASIL; STF, acesso em 31 mai. 2015).

Com o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, também foi aprovado no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2013, a resolução que obriga os cartórios a realizarem casamento de pessoas do mesmo sexo. Nesse contexto, os casais homoafetivos não ganharam apenas o direito de se casar em cartórios, conquistaram os mesmos direitos e deveres de um casal heterossexual, seja na divisão dos bens, seja na adoção de uma criança.

Portanto, o núcleo familiar no ordenamento jurídico brasileiro foi se modificando com o avançar da sociedade, saindo de uma concepção de família tradicional cujo dispositivos sofriam forte influências naquela época, principalmente pelos dogmas religiosas para um conceito mais moderno, onde incluem-se os diversos tipos de entidades familiares sejam aqueles explícitos na Constituição ou os implícitos. Dessa forma, o reconhecimento dessas famílias trouxe direitos e garantias trazendo inclusão e igualdade na sociedade.

2. ADOÇÃO NA FAMÍLIA TRADICIONAL E CONTEMPORÂNEA

O regimento legal, na qual regulamenta o instituto da adoção no Brasil, em regra e de forma específica é o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8069/1990, isso porque, na grande maioria das famílias opta-se por formalizar adoção de crianças ou adolescentes, motivo pelo qual o legislador reconhece como obediência ao princípio da especialidade esse regramento para o instituto da adoção.

Para a maioria dos especialistas da área jurídica, mesmo no passado, as pessoas, ao constituir família possuem a concepção de que a preferência seria de crianças, pelo fato de a mesma se adequar aos anseios dos integrantes da nova família e poder instruir de acordo com os costumes do casal, independentemente de qual tipo de família estar-se-ia referindo.

Em relação ao atributo sentimento ou da socialidade entre adotantes e adotando, o grande marco no direito civil brasileiro foi em relação ao princípio da função da socioafetividade, levando em consideração que as pessoas passaram a utilizar mais este instituto quando houve o rompimento da chamada filiação sanguínea ou biológica, ainda que o casal já possuíssem filhos biológicos, pois a socio-afetividade tornou-se algo ainda mais importante numa sociedade familiar, é o que pode-se definir como direitos extrapatrimonial, tanto é que existe

direito a indenização para reparar danos sofridos ao adotando, devido ao abandono ou menosprezar, ou seja, por ausência da socio-afetividade.

Em todo o caso, o tema sempre foi tratado como matéria de cunho estritamente particular, já que o direito de família é o ramo mais privado que existe na ciência jurídica, porém, contemporaneamente, o instituto da adoção ultrapassou esta via, passando a contar, cada vez mais, com o interesse publicista, como é o caso da vinculação ao melhor interesse do menor, contando com a presença do Ministério Público em todas as ações envolvendo adoção.

O aspecto jurídico intrínseco na adoção encontra-se bastante debatido entre os doutrinadores, vejamos:

É muito controvertida entre os autores a natureza jurídica da adoção. Enquanto adoção constitui assunto de foro particular das pessoas interessadas, a doutrina inclinou-se abertamente para o carácter negocial do ato. A adoção tinha como elemento fundamental a declaração de vontade do adoptante, sendo os seus efeitos determinados por lei de acordo com o fim essencial que o declarante se propunha alcançar (...). Logo, porém, que os sistemas jurídicos modernos passaram a exigir a intervenção dos tribunais, não para homologarem, mas para concederem a adoção, a requerimento do adoptante, quando entendessem, pela apreciação das circunstâncias concretas do caso que o vínculo requerido servia capazmente o interesse da criação e educação do adoptando, a concepção dominante na doutrina quanto à natureza jurídica do ato mudou de sinal. Passou a ver-se de preferência na adoção um ato de natureza publicística (um ato judicial) ou um ato complexo, de natureza mista. (VARELA, 2019, p. 146-147)

A adoção já foi tratada, no passado, como ato negocial, porém, como o passar do tempo é considerada como ato jurídico sem margem para escolhas, visto que, uma vez formalizado a vontade livre e consciente de adotar, tal ato constitui medida personalíssima, irrevogável e indisponível. (PEREIRA, 2020).

Nesse momento, há total excepcionalidade que a medida impõe e, juntamente com ela vem a valoração da socio-afetividade e seu aspecto de igualdade em relação aos filhos biológicos. Contudo, tal direito atribuível aos adotandos devem ser declarados pelo Poder Judiciário, a fim de se tornar título executivo judicial.

Imperioso ressaltar que, na adoção clássica ou, como também era conhecida, adoção voluntária ou por escritura, era um procedimento comum antes do advento da lei nº 12.010/2009, tendo em vista que, após tal período, a adoção voluntária não foi mais aceita pelo legislador.

Ademais, os órgãos do Poder Judiciário criaram um banco de adoção, contudo, caso haja a presença de ato a favor do princípio da afetividade, como é o caso da adoção clandestina de pessoas que já possuem vínculo afetivo e sem formalizar o ato, haverá uma exceção à regra

ao banco de adoção e o juiz mandará formalizar a adoção entre as pessoas envolvidas positivamente.

Sobre o assunto, segue jurisprudência aplicável ao caso respectivo:

Recurso especial — Aferição da prevalência entre o cadastro de adotantes e a adoção intuitu personae — Aplicação do princípio do melhor interesse do menor — Verossímil estabelecimento de vínculo afetivo da menor com o casal de adotantes não cadastrados — Permanência da criança durante os primeiros oito meses de vida — Tráfico de criança — Não verificação — Fatos que, por si, não denotam a prática de ilícito — Recurso especial provido. I — A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

II — É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo; III — Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o consequente vínculo de afetividade;

IV — Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente;

V — O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança; VI — Recurso Especial provido” (REsp 1172067/MG, rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 18-3-2010, DJe 14-4-2010, 3.ª Turma).

Sobre o caso acima especificado, quando há vínculo de afeto e a criança adotanda não compreende o procedimento, como é o caso da pessoa menor de 1 ano de idade ou abaixo disso, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ já classificou seu entendimento acerca do melhor interesse do menor, vez que, de acordo com os autos acima especificados, o respectivo princípio da afetividade supera a clandestinidade da adoção informal.

2.1 LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DE ADOÇÃO

Sobre esta questão, de igual forma, utiliza-se o princípio da especialidade, ainda se o adotando for maior de 18 anos, nos termos previstos no art. 40 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista o reconhecimento expresso da medida.

É imperioso ponderar que o ordenamento jurídico pátrio é interpretado a luz da Constituição e como tal, demonstra-se de forma objetiva ao fazer entender que, em regra, ascendente e irmão não poderão adotar a pessoa do adotando, justamente por questão de ordem do procedimento. Leia-se, ascendente, como sendo o imediato, ou seja, o pai ou a mãe, levando em consideração que já se encontra presente a adoção pelos avós, o que permite a constituição de uma exceção à regra acima especificada.

Superadas tais questionamentos, dubiedades ainda são encontradas acerca da adoção “*post mortem*” entre as pessoas. Ora, se no curso do processo a pessoa do adotante vem a falecer, geralmente, a indagação que se faz é se a ação de adoção perde seu objeto ou se o juízo respectivo sentencia favoravelmente ao adotando, incidindo todas as regras do direito sucessório?

A segunda resposta há de ser observada, levando em consideração fato totalmente imprevisível das partes e que, no processo respectivo, encontra-se presente o princípio da socio afetividade, atraindo todos os direitos patrimoniais para fins de herança.

Em verdade, como tal colocação pauta-se no posicionamento da 3ª turma do Eminentíssimo STJ, torna-se pertinente a clássica citação do julgado que compreende possível a matéria acima qualificada:

Direito civil e processual civil. Adoção póstuma. Manifestação inequívoca da vontade do adotante. Laço de afetividade. Demonstração. Vedado revolvimento de fatos e provas. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Decisão fundamentada. Prequestionamento. Ausência.

— Não padece o acórdão recorrido de omissão, contradição ou obscuridade, quando o Tribunal de origem pronuncia-se fundamentadamente quanto às questões relevantes ao deslinde da controvérsia.

— Não se conhece do recurso especial se a matéria jurídica versada nos dispositivos tidos como violados não foi debatida pelo Tribunal no acórdão recorrido.

— O julgador não está adstrito às teses jurídicas manifestadas pelas partes, bastando-lhe analisar fundamentadamente as questões necessárias à resolução do embate jurídico.

— Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

— A adoção póstuma pode ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, venha a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença (art. 42, § 5.º, do ECA).

— Na apreciação do pedido de adoção levar-se-á em consideração a relação de afetividade entre o adotante e o adotado (art. 28, § 2.º, do ECA).

— Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação de propósito de adotar,

bem como pela preexistência de laço de afeto a envolver a adotada e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial.

Recurso especial não conhecido” (REsp 823384/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 28-6-2007, DJ 25-10-2007, p. 168, 3.^a Turma). (grifos nossos)

O respectivo julgado demonstra a contemporaneidade das discussões acerca do verdadeiro propósito da adoção, conectando a racionalidade com o sentimento envolvido, obedecendo os mandamentos constitucionais pré-estabelecidos, tendo em vista que a socioafetividade ultrapassa as vias extrapatrimoniais, dando o direito de ser adotado, mesmo que, no curso da ação, a pessoa do adotante vem a falecer, garantindo os direitos advindos do *de cuius*.

2.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA ADOÇÃO E SEUS EFEITOS NO MUNDO JURÍDICO

Neste aspecto, compreende-se adoção um ato jurídico pelo qual será atribuída ao adotante o direito de ser considerado família imediata do adotando, sendo este considerado filho, mesmo que concorrendo com eventuais filhos biológicos, através de sentença em caráter definitivo com trânsito em julgado, sendo lançada em cartório.

Outrossim, imperioso ressaltar sobre mais um efeito que tem se tornado objeto de indagação por parte dos juristas, mas que possui amparo fundamental é sobre o direito ao arrependimento. Sabendo que uma decisão com efeito constitutivo, uma vez transitada em julgado, as partes terão plena ciência de que o presente ato será conduzido ao cartório respectivo para total cumprimento da medida.

Contudo, e se durante o andamento processual uma das partes se arrepender do processo de adoção? Ainda que, se o próprio adotando volta atrás em sua decisão de pertencer numa família adotiva, ou o adotante se arrepende, antes do trânsito em julgado da ação de adoção, tal processo perderá sua razão de ser, restando prejudicado o objeto da demanda.

É o que se deve apontar acerca do estudo doutrinário abaixo especificado:

Pelo fato de a adoção apenas produzir os seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva — ressalvada, claro, a hipótese da adoção póstuma vista linhas acima — é forçoso concluir que os pais, os representantes legais ou mesmo o adotando poderão se arrepender, revogando o consentimento dado, e prejudicando a medida, no curso do processo. (GAGLIANO, 2019, p. 716)

Neste diapasão, como pode ser observado, o instituto da adoção, distintamente dos demais procedimentos, tais como guarda, tutela, curatela, os ascendentes do adotando perdem

todo controle da situação anteriormente perceptível, sobre este, surgindo autonomia nas decisões inerentes ao adotante sobre o adotando, principalmente se este é menor incapaz ou relativamente capaz.

Oportunamente, pontua-se alguns exemplos intrigantes sobre uma criança recém-nascida que perdeu sua mãe durante o parto. O pai biológico não consegue, sozinho, cuidar do bebê e acaba entregando a criança para sua prima, que é casada e se apega à criança.

O pai biológico não deseja ser destituído do poder familiar, porém a sua prima deseja adotar a criança recém-nascida, tendo em vista se passarem meses desde que a mãe biológica da criança faleceu. Diante desse caso concreto, o que poderia ser feito?

Uma vez tramitando a ação de adoção com guarda provisória, caso o pai biológico opte por renunciar à sua própria filha, perderá o vínculo total, uma vez constituída a adoção, perdendo o vínculo do poder familiar. No entanto, caso o pai realmente deseje entregar a criança, porém, ainda queira ser reconhecido como pai da criança, outra alternativa deverá ocorrer, como é o caso de uma tutela.

3 DA ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO E SUAS PECULIARIDADES NO MUNDO JURÍDICO

Primordialmente, cumpre salientar-se que as relações homossexuais sempre foram existentes ao longo da história e muito polêmicas. Embora ainda ser muito discutido na sociedade, os casais do mesmo sexo têm ganhado a cada dia, mais espaço no meio civil, ou seja, apesar de ser uma temática um tanto conflitante durante muito tempo, resultou superado no direito civil contemporâneo, a luz do atual entendimento jurisprudencial, solidificando-o com base na atual Constituição da República, atualizando o contexto social Brasileiro, resultando numa constante luta por direitos desse tipo de minorias.

A respeito a jurista Maria Benerice Dias, ressalta que:

O fato é que a homossexualidade acompanha a história do homem. Sabe-se da sua existência desde os primórdios dos tempos gregos. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver (DIAS, 2013, p. 205)

As indagações antes formalizadas pela sociedade, principalmente do século anterior ao nosso, foi sobre a influência que a sexualidade dos pais refletiria na vida do adotando. Essas

dúvidas, muitas vezes causava insegurança social, influenciando no julgamento para procedência ou não da adoção por casais homossexuais.

Nesta controvérsia, o principal foco seria a influência negativa ou positiva na vida do adotando, acreditando-se, erroneamente e sem embasamento científico que, necessariamente, o adotando se tornaria homossexual ou até mesmo sendo prejudicado na sua vida em sociedade, resultando numa falta de maturidade social e intelectual.

A ciência, principalmente no ramo da psicologia, já constatou que a pessoa que é adotada por casal homossexual não possui deficiências de qualquer área de sua vida, tampouco, é influenciado sobre sua própria sexualidade, conforme resta evidenciado abaixo:

A Associação Americana de Psicologia, em 1995, terminou profunda pesquisa sobre a questão da homoparentalidade, constituída de uma amostragem muito densa e de observação regular, concluindo que ‘as evidências sugerem que o ambiente doméstico promovido por pais homossexuais é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento ‘psicológico das crianças’. A maioria das crianças, em todos os estudos, funcionou bem intelectualmente e não demonstraram comportamentos ego destrutivos prejudiciais à comunidade. Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, autoestima, habilidade de liderança, ego confiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstrava diferenças daqueles encontrado com seus pais heterossexuais. Convém ressaltar, embora seja óbvio, que a analisada unidade familiar homoafetiva que representa âmbito familiar ideal para a criação e a educação da prole é aquela social, afetiva e psicologicamente bem-estruturada, cujos laços se dão em decorrência do sentimento de afeto lastreada na confiança, no respeito mútuo, na durabilidade e na publicidade, umbrais sólidos e seguros para as relações microssociais familiares. Diante de todo o exposto, verifica-se que a paternidade/maternidade independe da orientação sexual dos pais, sendo esta última completamente irrelevante para a boa educação e criação da prole. (MOREIRA, MACHADO. 2009, p. 2170)

Neste viés, a autora Maria Berenice Dias reforça que:

não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores é geradora de patologias, eis não ter sido constatado qualquer efeito danoso para o desenvolvimento moral ou a estabilidade emocional da criança conviver com pais do mesmo sexo. Muito menos se sustenta o temor de que o pai irá praticar sua sexualidade na frente ou com os filhos. Assim, nada justifica a visão estereotipada de que o menor que vive em um lar homossexual será socialmente estigmatizado e terá prejudicado seu desenvolvimento, ou que a falta de modelo heterossexual acarretará perda de referenciais ou tornará confusa a identidade de gênero. (DIAS, 2011, p. 100)

Ademais, conforme já explanado nesse trabalho, não existe regulamentação jurídica específica para adoção por casais homoafetivas para tanto os magistrados tem-se embasados por analogias para julgarem pedidos de adoção, sendo cada vez mais favoráveis aos homossexuais quem tem o desejo de constituir uma família.

Ao prolatar a decisão que concede a adoção aos casais homoafetivos, os Juízes, diante do princípio da igualdade, têm ponderado as mesmas exigências impostas para os casais heterossexuais, quer seja a condições oferecidas para o adotando.

Perante as informações retromencionadas, o operador do direito consegue identificar que, ao mesmo tempo em que se rompe a linha tênue entre o direito das minorias e o direito dos adotandos, ainda se percebe o fator que está implícito, porém não menos importante, quanto ao melhor interesse do adotando, cumprindo com a função da socio afetividade, contribuindo para uma vida feliz e completamente normal.

A interpretação que se tem em relação a adoção por casal homoafetivo, devido as precariedades formadas pelo entendimento contrário ao deferimento pela adoção por esse tipo de adotante, é sobre a limitação mínima de idade para o casal poder adotar. Nesta esteira, o adotante deve respeitar o limite mínimo de 16 anos de idade entre adotante e adotando para poder formalizar a adoção, bem como contar com a maior idade civil acima de 18 anos.

Diante destas considerações, há muito debate em relação ao tema, porém, grandes avanços são perceptíveis com relação a adoção homoafetiva e, neste momento, diversos casais homossexuais já conseguiram justiça, seja pelo reconhecimento da formalização do casamento, seja pelo desejo em ter filhos adotivos.

A doutrina moderna se debruça acerca da temática envolvendo, senão, um dos princípios mais importantes dentro da matéria envolvendo o direito das crianças e adolescentes, qual seja, o melhor interesse do menor. Ora, quando se estar diante de algo tão sensível quanto este, o procedimento da adoção passa a ser algo minucioso e complexo, quiçá, quando o assunto envolve razões, circunstâncias e sujeitos que conduzem o adotando a fazer parte de um lar específico.

Historicamente, os direitos que as crianças e adolescentes possuem acesso na atualidade foi movido pelas conquistas tipificadas na Assembleia Geral das Nações Unidas, formalizadas no ano de 1989, distribuindo suas ramificações jurídicas aos países signatários, como foi o caso do Brasil, criando-se o decreto nº 99.710/90.

Foi através do respectivo decreto que o melhor interesse do menor surge com a promessa de eliminar os riscos sociais dos vulneráveis menores de idade, regulamentando seus direitos, contudo, toda legislação criada com a finalidade de proteção aos jovens possui finalidade imediatamente prática, ocasionando maior interação com a sociedade.

A melhor tradução de uma assistência ainda mais específica às crianças e adolescentes é ratificada de forma expressa pela Constituição Federal em seu art. 227, caput:

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

Certamente, o legislador constituinte criou a proteção à toda coletividade em todas as matérias envolvendo direito fundamental, porém, decidiu ressaltar a importância dessa proteção, sobretudo, aos menores de idade em decorrência de sua formação psicológica e moral, surgindo a necessidade desta proteção mais exacerbada.

No momento de prosseguir com a adoção, o melhor interesse do menor se sobressai sobre qualquer outro princípio e, em muitos casos, o julgador, ao interpretar o direito conforme o caso concreto decide por esta razão, confirmando-se um caso de adoção a favor de casal homoafetivo, levando em consideração, tanto o fator em relevância principal que é o caso do menor envolvido, quanto, no tocante a quebra de qualquer preconceito existente na sociedade contemporânea.

Esse envolvimento entre direitos fundamentais se tornou tão interligáveis que o STF concedeu direitos nunca imagináveis aos homoafetivos, gerando verdadeira segurança jurídica para a adoção por parte destas pessoas. Partindo desta premissa, segue abaixo o posicionamento contemporâneo dos direitos e pessoas envolvidas nesse processo adotivo:

deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas aos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Por força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles. (CURY, 2005, 33)

A proteção integral encontra-se presente no momento em que uma criança encontrase num processo de adoção por casal homoafetivo, haja vista o Estado observar algumas nuances imperiosas na vida desta criança, tais como: a pretensão dos adotantes pela manutenção da união que motivaram a adoção ou não, o nível de preconceito que o adotando sofrerá, a falta da presença de um sujeito feminino nesta relação, a fim de proporcionar ambiente materno à criança, dentre outras características.

Neste diapasão, o direito ultrapassa a margem de opiniões da doutrina jurídica e adentra no campo da psicologia para melhor compreender a relação em evidencia:

não são conhecidos fatores psicológicos vinculando o exercício da parentalidade à orientação sexual da pessoa. Ao contrário, estudos realizados nas culturas anglo-saxã

e latino-europeia, apontam que indivíduos ou casais homossexuais estão aptos a exercer tanto a paternidade quanto a maternidade. (...) Cada caso tem a sua particularidade, porém, perversão e perversidade, inadequação e patologia não são prerrogativa das pessoas com orientação homossexual, podendo ser encontradas nos indivíduos heterossexuais que carreguem em si inadequações atitudinais e comportamentais, capazes de se refletir na criação dos filhos, quando não se voltam contra eles. (MOTTA, 2010, p. 29-30)

Diante destas considerações, um casal homoafetivo jamais deverá sofrer qualquer tipo de ignorância, tendo em vista a causa magnífica que o casal coloca diante deles, ou seja, o melhor interesse do menor encontra-se, justamente, na própria adoção, vez que aquele jamais precisará se sentir sozinho ao ser formalizada sua adoção, seja qual for o casal.

CONCLUSÃO

O principal objetivo no direito civil contemporâneo, constitui em garantia constitucional de resguardar o melhor interesse do menor, cumprindo função social basilar no direito de família, especificamente quanto ao tema em questão, qual seja, socio afetividade habitual.

Em verdade, todas as questões deliberadas para casal ou adotante heterossexual, são conduzidas aos homossexuais de forma isonômica, registrando garantias e direitos fundamentais, antes não debatidos e imprevisíveis, gerando dúvidas quanto ao real direito desse perfil de adotante.

Contudo, no momento de se discutir sobre igualdade material, faz total sentido a doutrina contribuir com a matéria constitucional em debate, visto que é necessário apresentar o tema as próximas gerações, a fim de se estabilizar a temática na mente das pessoas e que é possível romper o preconceito e possibilitar os anseios sociais, principalmente do adotando atingido pelo abandono ou maus tratos.

Vale ressaltar que um grande movimento social de representatividade como este provocou mudanças interpretativas na atual carta política, principalmente nas variáveis dentre as formas de afeto e relacionamentos. O Brasil se encontra em constante mudança, contudo, ainda é necessário externar, ainda mais, os conceitos e benefícios da família formada por casal homoafetivo, de forma expressa, seja na constituição, seja nas leis infraconstitucionais.

A decisão pautada na ADI nº 4277, se tornou um verdadeiro divisor de águas, marcando o ano de 2011, porém, até onde um entendimento jurisprudencial caminha em relação

a mudança? É extremamente imperioso que o legislador transforme e atualize o ordenamento jurídico, tornando fato típico, antijurídico e culpável, os atos homofóbicos praticados por algumas famílias formadas por casais homossexuais.

Diante destas considerações, o Brasil poderá desenvolver, não mais um debate, em que as ideias podem chegar a se perder ao vento, mas colocá-las no mundo do desenvolvimento racional, havendo respeito mútuo entre a sociedade, independentemente do gênero, raça, credo religioso, dentre outras minorias.

REFERÊNCIAS

_____, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF - Distrito Federal. Relatora: ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Disponível em: Acesso em: 28 de maio de 2022.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Manual de direito de família**. 3. ed. Recife: Bagaço, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 26 março 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 26 março 2022.

CRISTO, Isabella. **Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança**.

Disponível em: < https://ibdfam.org.br/artigos/1043/Ado%C3%A7%C3%A3o+por+casais+homoafetivos+e+o+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a#_ftn29>. Acesso em: 14 de setembro 2022.

CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Comentários Jurídicos e Sociais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – O preconceito e a justiça*. 5ª ed. São Paulo. RT. 2011. p. 100.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume 6: direito de família / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 março 2022.

KAYNARA, Luana. **A Evolução Histórica da Família à Luz do Código Civil de 1916 e do Novo Código Civil de 2002**, Jusbrasil. Disponível em: < <https://luanakaynara.jusbrasil.com.br/artigos/656566759/a-evolucao-historicada-familia-aluz-do-codigo-civil-de-1916-e-do-novo-codigo-civil-de-2002> >. Acessado em 28 de maio 2022.

Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 05 de janeiro de 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm >. Acesso em: 26 mar. 2012.

LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva. **Entidades familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência**, Jus. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/64933/entidades-familiares-uma-analise-daevolucao-do-conceito-de-familia-no-brasil-na-doutrina-e-na-jurisprudencia> >. Acessado em 28 de maio 2022

LIMA, Geildson de Souza. **A evolução no conceito de família: a família como instrumento na busca da felicidade** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 22 ago 2016, 04:00. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47369/a-evolucao-no-conceito-de-familia-afamilia-como-instrumento-na-busca-da-felicidade>. Acesso em: 10 jun 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível**. Número do Processo: 1.0194.12.006162-8/002. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia>> . Acesso em: 14 ago. 2022

MOREIRA, Marcelo Alves Henrique Pinto e MACHADO, Amanda Franco, “**Adoção conjunta por casais homoafetivos**”. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2.170, 10 jun. 2009

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Homoparentalidade e Superação de Preconceitos. Rev. Jurídica Consulex, n.123, 01 de jul. de 2010.

NORONHA, Maressa; SOARES Maelly Soares e PARRON, Stênio Ferreira. **A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA**. Revista Pitagóras, Unipes, vl. 3, 2012. Disponível em: < http://uniesp.edu.br/sites/novaandradina/exibe_edicao.php?id_edicao=152 >. Acesso em: 21 de março de 2022.

PEREIRA, Aurea Pimentel. **A Constituição e o Direito de Família**. Rio de PEREIRA, Núbia Marque. **O processo de adoção e suas implicações legais**. Disponível em: < <https://ibdfam.org.br/artigos/1531/O+processo+de+ado%C3%A7%C3%A3o+e+suas+implica%C3%A7%C3%B5es+legais> > . Acessado em: 15 de set. 22

Recurso especial não provido” (REsp 1106637/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 1.º-2010, DJe 1.º-7-2010, 3.ª Turma).

Recurso Especial provido” (REsp 1172067/MG, rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 18-32010, DJe 14-4-2010, 3.ª Turma).

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As inovações constitucionais no Direito de Família**, Jus. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/3192/as-inovacoesconstitucionais-no-direito-defamilia/5> > Acessado em 28 de maio 2022.

RIOS, Fernanda de Mello. **PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA DESCONSTITUIÇÃO POSTERIOR**, Acervo digital. Disponível em: < <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31336/FERNANDA%20DE%20MELLO%20RIOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >. Acessado em 28 de maio 2022.

VARELA, Antunes, Direito de Família, ob. cit., p. 146-147.