

ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO: CONCEITO DE FAMÍLIA E MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

ADOPTION BY HOMOAFECTIVE COUPLE: FAMILY CONCEPT AND BEST INTEREST OF THE CHILD

Juliana Danieletto Ramlow¹

Junio Costa Barbosa²

Flávia Spinassé Frigini³

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo trazer uma abordagem jurídica acerca da adoção por casais homoafetivos sob a perspectiva dos princípios que regem o direito de família, demonstrando como o tema é atualmente tratado e quais os principais argumentos contrários. Cabe destacar que o tema torna-se ainda mais relevante com o aumento político de grupos conservadores que buscam aprovar medidas que, direta ou indiretamente, podem prejudicar direitos já conquistados da comunidade LGBTQI+.

ABSTRACT: The present work aims to bring a legal approach to adoption by homosexual couples from the perspective of the principles that govern family law, demonstrating how the subject is currently treated and what are the principal arguments against it. It should be noted that the issue becomes even more relevant with the political climb of conservative groups what look for to approve measures that, directly or indirectly, may harm rights already won by the LGBTQI+ community.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. CONCEITO DE FAMÍLIA; 1.1 ESPÉCIES DE FAMÍLIAS; 1.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE; 2. DA ADOÇÃO; 2.1 VIABILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO; 2.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA; CONCLUSÃO.

¹ Aluna do 10º período do curso de bacharelado em Direito da FAACZ

² Aluno do 10º período do curso de bacharelado em Direito da FAACZ

³ Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Professora nas Faculdades Integradas de Aracruz (FAACZ), Orientadora do curso de bacharelado em Direito da FAACZ

INTRODUÇÃO

A doutrina e a jurisprudência tem debatido acerca da adoção por casais estruturados por indivíduos do mesmo sexo-gênero, usualmente nomeados de casais homoafetivos.

Durante esse período, houve e ainda há muita resistência na concessão de direitos, principalmente os direitos vinculados à família dos casais homoafetivos. Sendo que, tal resistência é derivada dos denominados “conservadores”, que ganharam muita força nos últimos anos, tanto em questões religiosas pragmáticas derivadas da bíblia, bem como de posicionamentos políticos de candidatos conservadores.

A polêmica sobre a adoção por casais homoafetivos deriva de uma suposta preocupação da sociedade quanto às consequências para as criança e os adolescentes em ter pais do mesmo sexo, alegando que haveria um prejuízo para o sadio desenvolvimento da criança emocionalmente, como futuros preconceitos derivados da orientação dos pais.

Nesse contexto, o presente trabalho buscará esclarecer sobre a família, especialmente a família homoafetiva, os direitos conquistados por essa comunidade e enfrentar o polêmico tema da adoção por esses casais que ainda gera conflito no meio jurídico e político-social, especialmente sob a perspectiva dos princípios que norteiam o direito de família e seu conceito.

Buscando conceituar o que é família e suas espécies, o princípio da afetividade e como isso se comunica com a adoção em si, qual é o posicionamento jurídico acerca da adoção por casal homoafetivo e como isso intereje com o princípio do melhor interesse da criança. Todo o estudo e dados trazidos serão embasados na perspectiva de doutrinas e legislação.

1. CONCEITO DE FAMÍLIA

O ser humano, como ser social, reiteradamente procurou viver em agrupamentos, sendo a família uma das mais antigas e mais importantes formas de organização social.

A origem da família está ligada à própria história da civilização, uma vez que surgiu da necessidade do ser humano em estabelecer relações afetivas de forma estável.⁴ Contudo, ao longo do tempo, foram surgindo diferentes formas de organização que passaram a merecer guarida jurídica.⁵

⁴ NORONHA, Maressa Maelly Soares; PARRON, Stênio Ferreira. A Evolução do Conceito de Família. UNIESP, 2017. P.3

⁵ NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. Manual de Direito Civil - Volume Único. 5. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

Desse modo, trazendo um conceito da palavra “família”, Russell Norma Champlin dispõe:

A palavra família usualmente refere-se a um grupo de pessoas relacionadas entre si por laços de parentesco ou de matrimônio, como os pais e seus filhos, que vivem juntos em uma mesma residência.⁶

Nesse mesmo sentido, José Oliveira Netto, em seu dicionário jurídico, conceituou família da seguinte forma:

Família: série de pessoas ou de gerações que descendem de um tronco comum e se unem entre si pelo mesmo vínculo de sangue, também, da sociedade ou da comunidade doméstica, constituída pelos cônjuges e filhos nascidos de sua união, uns e outros submetidos, entre si, a relações de ordem jurídica quanto às suas pessoas e bens.⁷

Cabe destacar que tramita na Câmara dos Deputados o Estatuto da Família (PL n. 6.583/2013) que restringe o conceito de família, dispondo que seria a “união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.⁸

O PL n. 6.583/2013 trata-se de uma tentativa do conservadorismo de restabelecer a dita “família tradicional” que, segundo o ideal conservador, é o modelo originário e natural da humanidade, sendo formado por homem e mulher.⁹

Todavia, destaca Maria Berenice Dias (*apud* LIMA, 2019) que a família antecede a existência do Estado e da Igreja, não cabendo a esses delimitar ou definir o que seja família, competindo ao Estado apenas tutelar e reconhecer essa instituição e não qualificá-la.

Em sua obra denominada “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”, Friedrich Engels, ao tratar sobre os agrupamentos familiares primitivos, salientou:

O Estudo da história primitiva revela-nos, em contrapartida, situações em que os homens praticam a poligamia ao mesmo tempo em que suas mulheres praticam a poliandria e, portanto, os filhos de uns e outros tinham de ser considerados comuns.

⁶ CHAMPLIN, Russell Norman. **Enciclopédia de Bíblia, Teologia e Filosofia. Volume 2 - D/G.**, pág. 680, 13ª Ed. São Paulo: Hagnos, 2015.

⁷ NETTO, José Oliveira. **Dicionário Jurídico Compacto - Terminologia Jurídica e Latim Forense**, pág. 107, 4ª Ed. São Paulo: EDIJUR, 2013.

⁸ BRASIL, Projeto de Lei n. 6.583 de 2013, da Câmara dos Deputados. **Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências**. Diário do Congresso Nacional, Brasília/DF, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>

⁹ LIMA, Vanessa Figueiredo. **Adoção de Crianças por Casais Homoafetivos**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Essas situações, por sua parte, ao passarem por uma série de transformações, convergem finalmente a monogamia.¹⁰

Os estudos Antropológicos demonstram que as culturas indígenas e de algumas comunidades africanas não davam o mesmo valor ao parentesco consanguíneo que é dado na cultura ocidental. Em algumas comunidades indígenas os filhos são criados por um conjunto de mulheres da aldeia sem distinção entre as crianças, sendo assim um conjunto de mães (LIMA, 2019), ou seja, a criação dos infantes era realizada por meio de outras pessoas, sem parentes por linhagem direta.

É o fim do modelo familiar patriarcal e o início da família baseada no companheirismo e afeto, conforme Fábio Alves Ferreira.¹¹ Após, com a influência do cristianismo em seara matrimonial, foi estabelecida igualdade entre as partes do matrimônio.¹²

Os filhos, por sua vez, somente eram reconhecidos legítimos quando derivados de um homem e uma mulher casados, de forma que os filhos fora do casamento eram ilegítimos, não tendo direitos em razão da discriminação legal e social.¹³

Por fim, com a Constituição vieram consideráveis mudanças, reconhecendo a união estável (CF/88, art. 226, § 3º) e a família monoparental (CF/88, art. 226, § 4º). Após a Constituição Federal de 1988, outras legislações e entendimentos jurisprudenciais passaram a ampliar progressivamente o conceito de família, gerando uma pluralidade e diversidade no seu conceito, semelhando a união estável a casais do mesmo sexo. Como dispõe a 3ª Turma do STJ, o ministro Humberto Gomes de Barros:

"O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto. Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável."¹⁴

Mais emblemática foi decisão da Suprema Corte na ADI n. 4.277, cujo tópico 3 da ementa, disse expressamente sobre a família, e que sua expressão não se limita a casais heteroafetivos ou formalidade cartorária, veja-se:

¹⁰ ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.**, pág. 48, Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2020.

¹¹ FERREIRA, Fábio Alves, Livro "**O reconhecimento da união de fato como entidade familiar e sua transformação num casamento não solene**", pág. 44, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹² MADALENO, Rolf, Livro "**Manual de Direito de Família**", pág. 104, 4ª Ed., 2021, versão digital

¹³ Ibidem, pág. 104

¹⁴ STJ, Resp 238.715, Terceira Turma; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. em 07.03.2006.

(...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.¹⁵

Desse modo, adotou-se pelas cortes brasileiras um conceito mais amplo de família, de modo a assegurar direitos a uma maior variedade de núcleos existentes.

1.1. ESPÉCIES DE FAMÍLIAS

Conforme consignado, as profundas mudanças na sociedade também afetaram a organização familiar, sendo o núcleo familiar formado pelo casamento entre homem e mulher, reformulado. Por conseguinte, novos núcleos foram reconhecidos, como homens e homens ou mulheres com mulheres, e o Direito, por sua vez, teve que se adequar a tais mudanças.

Nesse sentido, Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo, em obra conjunta produzida em 2016, destacam a existência das seguintes famílias: I) família matrimonial; II) família natural; III) família homoafetiva; IV) família monoparental; V) família anaparental; VI) família pluriparental; VII) família de um único indivíduo.

Assim, explicando e conceituando tais espécies, destacam Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo:

¹⁵ STF, ADI n. 4.277, Plenário, Rel. MIN. AYRES BRITTO, julgamento em 05/05/2011.

A Família Matrimonial foi a norteadora da sociedade brasileira por vários séculos, ou seja, a única família aceita pelo Estado seria a família constituída pelo Casamento civil, sendo que o casamento admitido era apenas o casamento entre pessoas de sexos diferentes.

(...)

Após a Constituição Federal de 1988, o estado brasileiro passou a resguardar como família, “base da sociedade”, toda união estável entre homem e mulher.

Desta forma, esta família natural, nascida da união informal entre homem e mulher, também passa a ser reconhecida pelo Estado, ficando resguardada juridicamente.

(...)

O reconhecimento da família natural trouxe à baila a discussão sobre reconhecimento das famílias homoafetivas, ou seja, casais do mesmo sexo que não possuíam proteção do Estado.

Após vários anos vivendo as margens da sociedade, as famílias homoafetivas passaram a ter seus direitos resguardados.

(...)

Outro importante instituto familiar reconhecido pela Constituição Federal de 1988 é a família monoparental, ou seja, o núcleo familiar formado por um dos genitores e seu filho ou filhos.

(...)

O termo anaparental está ligado à ausência de relação ascendente ou de consórcio sexual entre as pessoas, ou seja, é aquela constituída entre entes ligados pelo laço afetivo como tios e sobrinhos ou irmãos.¹⁶

Em se tratando da formação da família homoafetiva, qual seja o tema do presente trabalho, conforme explicitado nas palavras dos doutrinadores supracitados, após o reconhecimento da família natural, veio a ser discutido o reconhecimento das famílias homoafetivas, que até então não eram assistidas pelos mesmos direitos das famílias tradicionais.

Quanto às famílias pluriparentais, são aquelas constituídas por uma relação informal precedente, isto é, o marido e seus filhos com a esposa e seus filhos de outro relacionamento.¹⁷

Por fim, quanto a família formada por um único indivíduo, a súmula n. 364 do STJ¹⁸ abriu brecha para a configuração da família mesmo quando haja apenas uma pessoa.¹⁹

1.2. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Como será descrito no decorrer do trabalho, deve haver, por parte do adotante e o adotado, maior vínculo afetivo. Nesse sentido, dispõe Paulo Lobo sobre o princípio da afetividade (*apud* LIMA, 2019):

¹⁶ NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de, “**Manual de Direito Civil - Volume Único**”, págs. 1563/1564, 5ª Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹⁷ MADALENO, Rolf, Livro “**Manual de Direito de Família**”, pág. 29, 4ª Ed., 2021, versão digital

¹⁸ Súmula n. 364 do STJ: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

¹⁹ NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016. 1564.

É o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com a primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.

Devendo existir o vínculo afetivo entres as partes da relação familiar para que dessa forma, exista a afetividade de fato.

Assim, como também destaca a doutrina (NETO; JESUS; MELO, 2016), todas as entidades familiares são constituídas e baseadas no afeto, e este afeto é que norteia as regras e normas.

O art. 1.593 do CC/02, também tem disposição que consagra o princípio da afetividade, quando dispõe que: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

Consagrando o referido princípio, pode-se destacar o Enunciado n. 256 da III Jornada de Direito Civil do CJF, que dispõe: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”. Nota-se que a parentalidade socioafetiva tornou-se equivalente ao parentesco civil, o que traz a indagação da adoção de uma criança. Se não há o vínculo sanguíneo, resta, de fato, vínculo afetivo entre pais e filhos ou mães e filhos, nesse sentido, parentalidade socioafetiva, pode-se considerar, o parentesco civil, entre pais e filhos.²⁰

Garante-se, por meio deste princípio, o amparo a todas as relações afetivas, inclusive, as relações homoafetivas e eventual adoção por casais homoafetivos, tema que será abordado no tópico seguinte.

2. DA ADOÇÃO

No direito romano, a origem da adoção assentava-se no dever de perpetuar o culto doméstico, configurando-se como uma espécie de último recurso para a família fugir da desgraça de sua extinção (FILHO, Adalberto Simão *et al*, 2014). Assim, o casal não tendo filhos naturais, adotava-se para perpetuar o nome da família por várias gerações.

No Brasil, enquanto vigorava as Ordenações Filipinas (1603 a 1916), o instituto foi tratado muito superficialmente. Posteriormente, o Código Civil de 1916 trouxe diversos dispositivos que tratavam sobre a adoção, confira alguns dos artigos que tratavam do assunto:

²⁰ NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016. 1566.

Art. 336. A adoção estabelece parentesco meramente civil entre o adotante e o adotado (art. 376).

Art. 368. Só os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima, ou legitimada, podem adotar (REDAÇÃO ORIGINAL).

Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar. (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 3.133/1957).

Art. 376. O parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, á cujo respeito se observará o disposto no art. 183, ns. III e V.²¹

Percebe-se que o Código Civil de 1916 mantém a ideia romana de preservação da família como finalidade da adoção, paradigma esse que foi sendo alterado no decurso do século XX.

Posteriormente, a adoção passou a ser regulada pela Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que consignou a igualdade dos filhos adotados, retirando diversos entraves da legislação anterior, veja-se alguns dispositivos que abordam o tema:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

§ 2º É vedada a adoção por procuração.

§ 3º Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando.

(...)

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.²²

Portanto, houve uma maior atenção no desenvolvimento e bem estar do adotado do que as legislações anteriores, deslocando o ponto de atenção da adoção, do adotante para o adotado, principalmente em seu artigo 41 do ECA, que atribui ao adotado, deveres e direitos de um adotado em uma família matrimonial, tendo direito a sucessão, quando os pais adotantes vierem a falecer.

Acerca do conceito de adoção, a doutrina oferece uma infinidade de conceitos. Por exemplo, Carlos Roberto Gonçalves conceitua adoção da seguinte forma: “Adoção é ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha” (2019, p. 376).

²¹ LEI N° 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916 - Código Civil de 1916.

²² BRASIL. Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Diário do Congresso Nacional, Brasília/DF, 1990.

Maria Berenice Dias, por sua vez, conceitua a adoção como: “a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade. A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado”. (DIAS apud PESSANHA e; OLIVEIRA, p.181).

Entendendo que havendo vínculo afetivo, bem como a vontade da adoção, tendo amor no âmbito familiar, há então o conceito de adoção, em suma, o ato de vontade. Vontade de constituir uma família, vínculo de amor e de cuidado, prezar pela união familiar.

Ana Jéssica Carvalho Pessanha e Deymes Cachoeira de Oliveira destacam que Maria Berenice Dias se refere ao conceito de família menos contratualista e mais voltada aos laços socioafetivos, não abordando, por exemplo, direitos trazidos pelo ECA, mas sim o desejo de amar o filho adotado e do mesmo retribuir tal afeto aos pais adotantes, conforme em palavras defendidas pela mesma.²³

Cabe destacar que o ato de adotar não é simplesmente uma forma de um casal ter um filho quando há algum impedimento biológico para concepção, mas um ato de amor e afeto, como destaca Vanessa Figueiredo Lima:

A adoção é gesto de amor e afeto. A compreensão do instituto como mera possibilidade de dar filho a quem não teve pelo mecanismo biológico é falsa. Principalmente se pensarmos nos inúmeros recursos que a ciência já proporciona para a realização do desejo da filiação biológica.

Mesmo quando se trata de adoção por casais homoafetivos, não deve ser tratada apenas como uma forma de suprir o impedimento biológico para se ter um filho. Sendo que mesmo casais formados por duas pessoas com órgãos sexuais iguais podem recorrer a recursos para uma filiação biológica como, por exemplo, a maternidade substitutiva, popularmente conhecida como barriga de aluguel. Ou através de inseminação artificial no caso dos casais que ambos os cônjuges possuam útero e ovários, nesses casos, seria necessário apenas o reconhecimento da paternidade pelo outro cônjuge que não o que cedeu seu material genético.²⁴

Assim, entende-se que casais heterossexuais, mesmo podendo ter filhos biologicamente, não estão impedidos de poderem adotar crianças. Deve-se entender que casais homoafetivos podem, de forma biológica, conseguirem filhos, no caso dos homens, através da barriga de aluguel, por meio de uma mulher que gestionará o feto e entregará a criança aos pais no fim da gestação. E no caso das mulheres, podendo realizar a gravidez por meio da inseminação artificial, que ao fim apenas seria necessário o reconhecimento do outro cônjuge, que não

²³ PESSANHA, Ana Jéssica Carvalho; OLIVEIRA, Deymes Cachoeira de. **A adoção por casais homoafetivos**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 3, n.3, p. 174-187, 3º Trimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044

²⁴ LIMA, Vanessa Figueiredo. Livro “**Adoção de Crianças por Casais Homoafetivos**”, pág. 40, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

participou da fecundação, o reconhecimento da paternidade, fazendo registro civil na certidão de nascimento da criança.²⁵

Destarte, a adoção dá uma oportunidade ao adotado de estar inserido em um ambiente familiar que conceda condições para desenvolvimento de sua personalidade, especialmente através de amparo afetivo e educacional.

A adoção é o procedimento que é realizado na Vara da Infância e Juventude, e como nesses casos há a presença de menores de idade, o Ministério Público sempre atuará em favor dessas crianças no processo, bem como é realizada avaliação de equipe multidisciplinar para avaliar a situação dos adotantes, adotado e o que for necessário para o bem-estar do mesmo.²⁶

Todas essas esferas devem atuar em conjunto para garantir que o adotado esteja inserido em um bom lar. Essa atuação, cabe destacar, deve ser norteada por razões de ordem técnica, não por preconceitos ou presunções que podem afastar o adotado de um núcleo familiar plenamente apto para recebê-lo. Sendo realizado, através do Ministério Público, estudo técnico na casa da família, para que assim, possa confirmar que o lar está apto a receber uma criança.

2.1 VIABILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO

Em épocas antigas até recentemente, a união homoafetiva era conhecida como uma anomalia biológica ou um desvio moral e psíquico, que contrariava a própria natureza.²⁷ Que por tal motivo, se tornou uma comunidade discriminada, e por certo tempo foram negados a eles diversos direitos sem qualquer embasamento racional.

A título de exemplo, no Brasil diversas autoridades negavam a celebração de casamento entre casais do mesmo sexo, tendo o CNJ editado a resolução n. 175/2013, que vedou “às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.²⁸

Assim, uma vez já reconhecida a união homoafetiva como unidade familiar, é imperativa a concessão dos mesmos efeitos jurídicos, inclusive, no que diz respeito a adoção.

²⁵ Ibidem

²⁶ Artigo “**Como a Equipe Multidisciplinar atuará no Processo de Habilitação à Adoção**”, link para acesso: <https://www.direitoempalavrassimples.com.br/como-a-equipe-multidisciplinar-atuara-no-processo-de-habilitacao-a-adocao/>

²⁷ SOUZA, Pabliny Monteiro Azevedo de e BORGES, Júlio César, “**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: uma nova família contemporânea**”, pág 125, NOVOS DIREITOS – Revista Acadêmica do Instituto de Ciências Jurídicas

²⁸ Resolução Nº 175 de 14/05/2013 – link de acesso: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754#:~:text=RESOLVE%3A- ,Art.,corregedor%20para%20as%20provid%C3%AAs%20cab%C3%ADveis.>

Visto que, já concedido o direito ao casamento, que, por si só, demonstra a criação familiar, é cabível, nesse contexto, a adoção de uma criança para integrar o convívio do casal.

No que concerne a viabilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos, destaca Isabella Cristo (2015):

A adoção no Brasil é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, recentemente alterado pela lei 12.010/2009, como já referido anteriormente. O artigo 42 deste diploma dispõe sobre os requisitos para o deferimento da adoção e, por sua vez, não faz qualquer ressalva sobre a orientação sexual dos adotantes.

Assim, não existe legislação expressa no sentido de vedar ou regulamentar a capacidade de adoção por casais de sexo iguais. Desse modo, não havendo norma proibitiva, não cabe aos aplicadores do direito proibir.

Ainda assim, existe resistência no meio jurídico e legislativo acerca da questão. De acordo também com Isabella Cristo (2015), os três principais argumentos utilizados são:

1. quanto ao sadio desenvolvimento da criança;
2. sobre a suposta falta de referências comportamentais de ambos os sexos, podendo acarretar sequelas de ordem psicológica e dificuldades na identificação sexual do adotado;
3. sobre o preconceito que a criança pode sofrer no meio social que frequenta, o que poderia lhe acarretar perturbações psicológicas ou problemas de inserção social.

Contudo, já foi provado acerca da inexistência de danos ao menor e, além disso, em cada caso é realizado estudo social que pode verificar a adequabilidade do lar à criança.²⁹, tanto em casais homoafetivos quanto a casais heterossexuais.

Quanto ao tópico dois dos argumentos citados por Isabella Cristo (2015), acerca da falta de referências comportamentais de ambos os sexos para a criança, ocasionando na dificuldade em sua identificação sexual, tal justificativa não há comprovação e nem afirmação, pois, em um lar de casais heterossexuais, também poderia a criança, se tornar parte da comunidade LGBTI+, o que torna a alusão invalidada.

Os empecilhos de ordem legislativa também são colocados com frequência, por exemplo, foi apresentado o projeto de lei n. 7018/2010, que vedava a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo. Contudo, o projeto de lei foi arquivado.³⁰

²⁹ Lei n. 8.069/1990, 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.

³⁰ BRASIL, Projeto de Lei n. 7018 de 2010, da Câmara dos Deputados. **Veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo**. Diário do Congresso Nacional, Brasília/DF, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=470695>.

Em 2015, mais um projeto é apresentado, qual seja o projeto de lei n. 620/2015, que objetiva “Alterar a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para vedar a adoção conjunta por casal homoafetivo”. O projeto de lei n. 620/2015, na presente data, ainda tramita no Congresso Nacional, entando parada desde dezembro de 2020.³¹

Destaca-se que a questão que está em jogo não é só o direito a igualdade entre homossexuais e heterossexuais e o combate a discriminação que estão sendo resguardados, mas também os interesses da criança e do adolescente, sendo eles os direitos como de pertencimento a uma família e da sucessão.

Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

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.

Nota-se que a Constituição Federal é inclusiva, no sentido de não promover discriminação (inclusive como objetivo da República Federativa do Brasil), além de assegurar diversos direitos para a criança e ao adolescente.

Para a concessão da adoção, devem ser tomados determinados procedimentos que irão averiguar a compatibilidade e adequação da família que o menor ficará.

A Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) dispõe que para a concessão da adoção se faz necessário o estágio de convivência (art.46³²), mediante a realização do estudo social por equipe especializada (art. 167³³), efetuando a colocação em família

³¹ BRASIL, Projeto de Lei n. 620 de 2015, da Câmara dos Deputados. **Veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo**. Diário do Congresso Nacional, Brasília/DF, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/969166>

³² Lei n. 8.069/90, Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso

³³ Lei n. 8.069/90, Art. 167. A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória, bem como, no caso de adoção, sobre o estágio de convivência.

substituta à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida ou ofereça ambiente familiar adequado (art. 29) ao adotando. Tudo isso é realizado para reafirmar que o ambiente familiar seja o melhor possível.

Portanto, não é a heterossexualidade ou homossexualidade da família que deverá ser o fundamento para a família se mostrar adequada, mas sim outros elementos referentes ao ambiente e buscando sempre o melhor para criança a ser adotada.

No Recurso Extraordinário 846102/PR, O STF reconheceu a adoção homoafetiva, tendo a ministra relatora Cármen Lúcia consignado que:

(...)

“1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê.

2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento.

(...)

Logicamente, nem dois homens e uma mulher; nem duas mulheres e um homem (fatos estes que não chegam a ser tão raros em certas regiões do Brasil); nem dois homens ou duas mulheres; foram previstos pelo constituinte como configuradores de uma união estável, ainda que os integrantes dessas relações, hipoteticamente consideradas, coabitem em caráter análogo ao de uma união estável, ou seja, de forma pública e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Com isso, a nível constitucional, pelo que foi dito, infere-se, em primeiro lugar, que não há lacuna, mas sim, uma intencional omissão do constituinte em não eleger (o que perdura até a atualidade) a união de pessoas do mesmo sexo como caracterizadores de entidade familiar. E vamos além, a generalização, no lugar da individualização do tratamento jurídico a ser dado a situações materialmente diversas, poderá, sim, se não respeitadas e previstas as idiossincrasias e particularidades dos relacionamentos homoafetivos, vir em maior prejuízo que benefício aos seus integrantes, ferindo axialmente o princípio da igualdade, por tratar igualmente situações desiguais.

(...)

(STF - RE: 846102 PR - PARANÁ, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-052 18/03/2015).”

Assim, conforme já ressaltado, seria incoerente reconhecer a união homoafetiva como unidade familiar e, ao mesmo tempo, negar o direito a adoção. Caso contrário, estaria se estabelecendo uma hierarquia entre famílias.

Quanto a adoção por homossexual individualmente, também tem sido admitida, mediante cuidadoso estudo psicossocial por equipe interdisciplinar que possa identificar o melhor interesse do adotando (GONÇALVES, 2019).

Por fim, cumpre consignar o que dispõe o art. 19 da Lei n. 8.069/90:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.³⁴

Trouxe o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o entendimento que é direito da criança sem família, ser criado num âmbito familiar, podendo sê-la substituta. Nota-se que o presente artigo não especifica, em si, o conceito de família, em outras palavras, homem e mulher. Inclusive traz a possibilidade da convivência familiar e coletivos. Nisso, dá abertura a vários entendimentos do conceito de família.

Nesse mesmo sentido, o Estatuto consigna em seu art. 43 que “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Deve o texto do artigo ter grande peso na adoção, sempre levando em consideração o melhor interesse do menor impúbere e/ou púbere.

2.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Inicialmente, cumpre consignar que não há um conceito pré-definido acerca do que seria o “melhor interesse da criança”, contudo, em síntese, como o próprio nome sugere, seria aquilo que se dar a entender que traria o maior benefício para a criança a ser adotada.

O referido princípio não foi consagrado no ordenamento jurídico de forma expressa, contudo, normalmente, quando se faz menção ao melhor interesse do adotado, cita-se o art. 227 da CF/88, veja-se:

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. (Nossos grifos)

Pode-se levar em conta o melhor interesse como sendo direitos como vida, saúde, alimentação, educação, dignidade, convivência familiar, como sendo dever da família assegurar tais direitos às crianças, conforme dispõe o artigo 227 da Constituição. Tudo isso é conferido com estudo em residência das partes com a intervenção do Ministério Público no processo e passada por avaliação de equipe multidisciplinar, como dispõe artigos 150 e 151 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

³⁴ BRASIL. Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Diário do Congresso Nacional, Brasília/DF, 1990.

Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Parágrafo único. Na ausência ou insuficiência de servidores públicos integrantes do Poder Judiciário responsáveis pela realização dos estudos psicossociais ou de quaisquer outras espécies de avaliações técnicas exigidas por esta Lei ou por determinação judicial, a autoridade judiciária poderá proceder à nomeação de perito, nos termos do art. 156 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) . (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

A Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) repetiu o comando constitucional em seu art. 4º:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes **à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.** (Nossos grifos).

Portanto, o legislador reconheceu que a criança e o adolescente deveriam desfrutar de maior proteção, em razão da maior vulnerabilidade, devido à sua pouca maturidade e, por conseguinte inabilidade para gerir a própria vida sem uma base familiar para lhe dar apoio.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto n. 99.710/1990, mencionou o referido princípio, veja-se:

1. **Todas as ações relativas às crianças,** levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, **devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.** (Nossos grifos)

Assim sendo, o princípio do melhor interesse deve ser uma consideração primária de todas as ações direcionadas à população infanto-juvenil. Por conseguinte, em toda decisão referente a uma criança/adolescente, deve-se escolher a melhor solução para ela, para seu desenvolvimento.

Da mesma forma, quando se tratar de adoção por casais homoafetivos, deve-se verificar o benefícios da criança ou adolescente que está sendo adotado, mediante os procedimentos adotados pela lei levando em consideração todos os princípios aqui abordados.

CONCLUSÃO

Durante o século XXI, muitos avanços foram feitos no sentido de reconhecimento de direito da população LGBTQI+. Contudo, esses direitos já conquistados estão em constante ameaça diante de posições políticas e religiosas de apelo à moralidade e ao conservadorismo.

Há muito que caminhar para trazer consolidação a esses direitos, não só no campo formal/legal, mas também no social.

Conforme já consignado, a família homoafetiva goza dos mesmos direitos da família matrimonial/tradicional, inclusive, sendo plenamente apta para adotar, mediante todo estudo técnico.

O adotado é o maior beneficiário, visto que ampliado o número de lares que podem acolher crianças carentes. Destaca-se que instituições públicas ou privadas de adoção, por mais cuidadosas que possam ser, jamais poderiam substituir o acolhimento de uma família, um lar que lhe dará bem-estar e amor, bem como suprir suas necessidades, que é essencial para o desenvolvimento da criança.

Na medida em que houver maior flexibilidade para a adoção para casais homoafetivos, ficará mais evidente que os argumentos outrora utilizados para negar esse direito não passam de puro e simples preconceito.

A fim de por um ponto final na questão, seria importante haver um diploma legal que consigne expressamente a possibilidade do casal homoafetivo adotar, encerrando qualquer interpretação que possa por em xeque os direitos da comunidade LGBTQI+.

É necessário sempre observar o melhor interesse da criança e do adolescente, garantir o direito de uma vida digna, a um ambiente familiar, ao afeto, à saúde, educação e lazer, e garantir aos casais homoafetivos seus direitos à respeito e a não discriminação por sua orientação sexual.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Diário do Congresso Nacional, Brasília/DF, 1990.

BRASIL, Projeto de Lei n. 6.583 de 2013, da Câmara dos Deputados. **Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências**. Diário do Congresso Nacional, Brasília/DF, 2013. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Data de acesso: 24/07/2022, às 16h e 18 min.

BRASIL, Projeto de Lei n. 7018 de 2010, da Câmara dos Deputados. **Veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo**. Diário do Congresso Nacional, Brasília/DF, 2010. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=470695>. Data de acesso: 23/09/2022 às 22:25.

BRASIL, Projeto de Lei n. 620 de 2015, da Câmara dos Deputados. **Veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo**. Diário do Congresso Nacional, Brasília/DF, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/969166>. Data de acesso: 23/09/2022 às 22:32.

CHAMPLIN, Russell Norman. **Enciclopédia de Bíblia, Teologia e Filosofia. Volume 2 - D/G**. 13. Ed. São Paulo: Hagnos, 2015.

CRISTO, Isabella. **Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança**. IBDFAM, 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1043/Ado%C3%A7%C3%A3o+por+casais+homoafetivos+e+o+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20que%20deve%20prevalecer,vantagens%20em%20favor%20do%20adotando>. Acesso em: 23/09/2022 às 21:20.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2020.

FILHO, Adalberto Simão et al. FUJITA, Jorge Shiguemitsu et al (Coor.). **Comentários ao Código Civil - Artigo por Artigo**. 3.Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Volume 6: Direito de Família**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LIMA, Vanessa Figueiredo. **Adoção de Crianças por Casais Homoafetivos**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

NETTO, José Oliveira. **Dicionário Jurídico Compacto - Terminologia Jurídica e Latim Forense**. 4. Ed. São Paulo: EDIJUR, 2013.

NORONHA, Maressa Maelly Soares; PARRON, Stênio Ferreira. **A Evolução do Conceito de Família**. UNIESP, 2017. Disponível em: http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170602115104.pdf

PESSANHA, Ana Jéssica Carvalho; OLIVEIRA, Deymes Cachoeira de. **A adoção por casais homoafetivos**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 3, n.3, p. 174-187, 3º Trimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044

LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916 - Código Civil de 1916

Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) link de acesso https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

Resolução Nº 175 de 14/05/2013 – link de acesso: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754#:~:text=RESOLVE%3A-,Art.,corregedor%20para%20as%20provid%C3%AAs%20cab%C3%ADveis>.

Artigo “**Como a Equipe Multidisciplinar atuará no Processo de Habilitação à Adoção**”, link para acesso: <https://www.direitoempalavrassimples.com.br/como-a-equipe-multidisciplinar-atuara-no-processo-de-habilitacao-a-adoacao/>

MADALENO, Rolf, Livro “**Manual de Direito de Família**”, pág. 104, 4ª Ed., 2021, versão digital

FERREIRA, Fábio Alves, Livro “**O reconhecimento da união de fato como entidade familiar e sua transformação num casamento não solene**”, pág. 44, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MADALENO, Rolf, Livro “**Manual de Direito de Família**”, pág. 174, 4ª Ed., 2021, versão digital.

STF, ADI n. 4.277, Plenário, Rel. MIN. AYRES BRITTO, julgamento em 05/05/2011.

STJ, Resp 238.715, Terceira Turma; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. em 07.03.2006.

MADALENO, Rolf, Livro “**Manual de Direito de Família**”, pág. 29, 4ª Ed., 2021, versão digital

SOUZA, Pabliny Monteiro Azevedo de e BORGES, Júlio César, "**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS: uma nova família contemporânea**", pág 125, NOVOS DIREITOS – Revista Acadêmica do Instituto de Ciências Jurídicas – acessado em 16/11/22