

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

UNIÃO HOMOAFETIVA FRENTE AO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Ana Carla Moreno

Presidente Prudente/SP
Novembro/2007

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

UNIÃO HOMOAFETIVA FRENTE AO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Ana Carla Moreno

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Vera Lúcia Toledo Pereira de Góis Campos.

Presidente Prudente/SP
Novembro/2007

UNIÃO HOMOAFETIVA FRENTE AO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Monografia de Conclusão de Curso
aprovada como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Vera Lúcia Toledo Pereira de Góis Campos
Orientadora

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, ____ de Novembro de 2007.

Diante da sabedoria infinita vale mais um pouco de estudo da humanidade e de um ato de humanidade do que toda ciência do mundo.

Santa Tereza

Não somos todos iguais, somos diferentes, e não há na vida nenhuma qualidade tão universal como a diferença.

Montaigne

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado forças e sabedoria para a realização deste trabalho.

A todos aqueles que confiaram na minha capacidade e que sempre me deram apoio nas horas de dificuldade.

Aos meus pais, pelo carinho, pelo companheirismo e pela força dada ao longo deste período.

Aos meus grandes amigos, que sempre torceram muito por mim, em especial ao meu cunhado Murilo, que me ajudou muito na conclusão desta monografia.

Á minha Orientadora, Vera, que sempre esteve ao meu lado, me ajudando, me auxiliando em todos os momentos e sempre demonstrou um enorme carinho e dedicação.

RESUMO

O homossexualismo existe de há muito tempo na história da humanidade e não pode ser ignorado sob pretexto de desconhecimento. Mesmo que seja tema antigo, os homossexuais são ignorados pela sociedade arcaica e conservadora ainda existente. Com a exclusão social decorrente do preconceito e descaso por parte do legislador, na maioria das vezes, os homossexuais encontram-se desprovidos de proteção jurídica. Com a Constituição Federal de 1988, houve o reconhecimento de novas entidades familiares e não só aquela decorrente do casamento. Todas as entidades familiares reconhecidas pela legislação brasileira devem ser embasadas nos laços de afetividade e de amor. Não se pode negar que a afetividade possa existir entre indivíduos do mesmo sexo e que queiram eles exercer os mesmos direitos dos heterossexuais, inclusive o direito à adoção. Neste trabalho, a autora não tem o propósito de defender os homossexuais e ser completamente a favor do deferimento da adoção a esse grupo social. O propósito, é estudar os diferentes posicionamentos e mostrar que, apesar dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, há descaso por parte do legislador, o que, por si só, já caracterizaria o preconceito. Apesar de estar fora dos padrões da sociedade, pode ser possível a adoção por homossexual, desde que traga significativas vantagens ao adotando. Se todos são iguais e a Carta Magna não permite o preconceito em razão de qualquer natureza, por que o descaso, a repudia, a ausência legislativa no caso dos homossexuais? Esse tema deve ser encarado como uma realidade existente em nosso país: homossexuais, ou não, eles devem ser tratados como qualquer outro ser humano e ter seus direitos e garantias efetivados. E, só assim, teremos os princípios e o acesso à justiça efetivamente respeitados.

Palavras-chave: Homossexualismo. Adoção. Preconceito. Entidade Familiar. União Estável.

ABSTRACT

Homosexuality exists a long time ago in the history of humanity and it can't be ignored under the pretense of unknowledge. Although is an old theme, homosexuals are ignored by archaic and conservative society still. With social exclusion decurrent from prejudice and negligence from the legislator, most of the times, the homosexuals find themselves unprovided of legal protection. With Federal Constitution from 1998, happened the recognition of new familiar entities and not just the ones decurrent from marriage. All the familiar entities recognized by Brazilian legislation must be based on the affectivity and love ties. It can't be denied that affection can exist between individuals with the same sex and that they want to practice the same heterosexual rights, including the right to adopt. In this paper, the author doesn't have the intension to defend the homosexuality and be completely supportive to the conference of adoption by this social group. By the way, is to study the different positions and to show that, despite the basics principles established on the Federal Constitution, there are negligence by the legislator part, which would be, by itself, characterized as prejudice. Despite being out of the society standards, it can be possible the adoption by homosexuals, as long as that brings significant advantages to the adopted. If everybody is the same, and the Magnum Letter does not aloud prejudice in cause of any nature, why indifference, repudiation and legislative absence in the case of homosexuals? This subject must be faced as an existent reality in our country: homosexuals, or not, they must be treated as any other human being and have accomplished their rights and guarantees. And, only this way, we'll have the principles and access to the justice effectively respected.

Key Words: Homosexuality. Adoption. Prejudice. Familiar entity. Steady union.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DO HOMOSSEXUALISMO	10
2.1 Histórico.....	10
2.2 Conceito.....	11
2.3 Do Tratamento Jurídico da Homossexualidade.....	13
2.4 A Homossexualidade como Questão Constitucional.....	16
3 DA ADOÇÃO	18
3.1 Origem.....	18
3.2 Conceito e Natureza Jurídica.....	22
3.3 Espécies.....	23
3.3.1 Adoção à brasileira.....	23
3.3.2 Adoção póstuma.....	26
3.3.3 Adoção plena e adoção simples.....	29
3.4 Requisitos Básicos.....	31
3.4.1 Idade do adotante.....	31
3.4.2 Consentimento do adotado.....	32
3.4.3 Intervenção judicial.....	33
3.4.4 Idade do adotado.....	34
3.4.5 Estágio de convivência.....	34
3.5 Efeitos da Adoção.....	36
4 ASPECTOS GERAIS DA ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS	39
4.1 Aspectos Gerais.....	39
4.2 União Homoafetiva.....	43
4.3 Princípios e Garantias Constitucionais.....	46
4.4 Comentários ao Projeto de Lei nº1.151/95.....	51
5 CONCLUSÃO	53
BIBLIOGRAFIA	55
ANEXOS	58
ANEXO A - PROJETO DE LEI Nº 1.151, DE 1995	
ANEXO B – Substitutivo ao projeto de lei nº 1.151/95	

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia não tem por objetivo defender ou criticar as preferências sexuais de cada indivíduo da sociedade.

O objetivo deste trabalho científico é demonstrar que, ao longo da história, surgiram novas concepções de família, quais sejam: aquelas decorrentes do matrimônio, da união estável e a família monoparental.

Dessa forma, o Direito acompanhou tais mudanças e regulamentou cada uma dessas famílias, atribuindo-lhe direitos e deveres.

Mas, diante do preconceito existente na sociedade, os homossexuais, embora minoria, são tratados pelo legislador como se não existissem, ou não fossem dignos de direitos, ou, ainda, não fizessem parte de qualquer classificação de família, fosse ela jurídica, legal ou social.

O Direito de Família hoje existente considera o afeto, o amor, o carinho, como pilares que devem sustentar na família. Ora, não se pode ignorar que tais sentimentos possam também existir entre indivíduos do mesmo sexo.

Com o preconceito ainda latente, verifica-se que estão sendo violados os princípios mais importantes da Magna Carta, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, entre outros.

Com a ausência legislativa de regulamentação, no que diz respeito à adoção por homossexuais, os juizes são obrigados a se socorrerem da analogia, dos princípios do direito, dos costumes, enfim, de alguma forma que os ajude a solucionar o litígio.

Alguns julgadores são mais “inovadores”, como ocorrido no caso de Chicão, filho da cantora Cássia Eller, onde a forma de convívio, a afinidade, o amor, os laços de afeição, falaram mais alto e levaram o magistrado a deferir a guarda à companheira de Cássia, em detrimento do avô materno da criança.

Outros, mais conservadores, negam-se a assumir atitudes “modernas”, e, com isso, geram dúvidas e incertezas a respeito do tema: seria, ou não, possível a

adoção por casais homossexuais? Essa espécie de adoção geraria riscos ao adotando? Que vantagens poderiam advir desse tipo de adoção?

Essas perguntas ficam sem resposta da mesma forma que os homossexuais ficam sem seus direitos efetivados.

O ideal seria a edição de normas infraconstitucionais para regulamentar a questão, mas enquanto isso não é feito pelos membros do Congresso Nacional, a sociedade, a cada dia mais, assiste a cenas de preconceito, discriminação e desleixo de muitos.

O fato é que princípios constitucionais fundamentais não podem ficar só no papel, precisam ser seguidos e respeitados por todos nós.

É correto que o deferimento da adoção pelos casais homossexuais, não resolveria o problema da humanidade, mas já seria um primeiro passo na busca pela igualdade. E, com isso, mais crianças teriam uma nova oportunidade de fazer parte de uma família, ainda que essa família não fosse um modelo convencional, mas, com certeza, daria à criança adotada aquilo que lhe falta na rua: educação, alimentos, saúde, lazer, e o mais importante, carinho, afeto e amor.

2 DO HOMOSSEXUALISMO

2.1 Histórico

A homossexualidade não se trata de tema novo; ela sempre existiu na história da humanidade.

Com relação aos homossexuais, a Bíblia traz a idéia de abominação. Baseada no Gênesis e na história de Adão e Eva – de que a essência da vida é o homem, a mulher e sua família – busca a preservação do grupo étnico. A idéia central era de que toda atividade sexual com o fim diverso da procriação seria pecaminosa. Por isso a Igreja condenava o homossexualismo masculino, onde haveria perda de sêmen, produto da reprodução e do crescimento da humanidade. Como não havia esse desperdício, a prática do lesbianismo pelas mulheres era considerada mera lascívia.

A Igreja Católica vê no homossexualismo uma aberração da natureza. Para ela qualquer tipo de relação sexual prazerosa fora do casamento e sem finalidade de procriação é abominada.

Na Idade Média, a *vox populi* tinha o sentido de que qualquer atitude que fosse contra a vontade da maioria estava também em descompasso com Deus. E essa minoria deveria ser castigada.

Em 1869, o médico húngaro Karoly Benkert postulou perante o Ministério da Justiça da Alemanha do Norte, em defesa dos homossexuais perseguidos na época.

O repudio era tanto que o Código Penal do Segundo Reich punia os homossexuais com a pena capital.

Foi a partir da metade do século XVII que houve significativas mudanças a respeito do assunto. Com o afastamento entre a Igreja e o Estado, o comportamento das pessoas deixou de ser condicionado às normas ditadas pela

religião. As pessoas não se sentiam mais culpadas pela sua prática sexual; isso agora era uma opção.

Nos Estados Unidos, por exemplo, os homossexuais, sob o *slogan* “saindo do armário”, passaram, eles próprios, a proceder à análise de sua problemática, reclamando o direito à vida e o respeito aos seus sentimentos mais íntimos. Pode-se citar de forma marcante na época, a rebelião de travestis denominada de “Motim de Stonewall”, em 28 de junho de 1969, em Nova Iorque, onde, durante uma semana, ocorreram protestos dos homossexuais e brigas com a polícia; essa manifestação deu origem ao famoso “Dia do Orgulho Gay” (Rios, 2002, p.23).

Enfim, com a evolução do mundo e dos costumes, com a mudança de valores, do conceito de pudor e do padrão moral, o tema hoje está sendo retratado abertamente no cinema, no teatro, nas novelas, enfim, na mídia, o que mostra a tentativa de inserção dos homossexuais na sociedade como seres humanos dignos de respeito e sujeitos de direitos como todos os outros.

2.2 Conceito

A palavra “homossexualismo” vem do prefixo grego *hómos* e significa “o mesmo, semelhante”. *Sexual* vem do latim e significa “relativo ou pertencente ao mesmo”.

Muitas foram as discussões e as tentativas de se conceituar o homossexualismo. Até a pouco tempo atrás o conceito mais preciso dizia que “homossexual é o indivíduo que não nega seu sexo, mantendo sua identidade no sexo biológico, mas cuja atividade sexual se volta apenas para pessoas do mesmo sexo” (BRANDÃO apud SUTTER, 2002, p. 16).

Hoje, porém, foi afastado o caráter exclusivo das relações sexuais com parceiros do mesmo sexo para caracterizar a homossexualidade, dada à existência de indivíduos chamados “bissexuais”.

Homossexual, no sentido estrito da palavra, vem a ser aquela pessoa que tem atividade sexual, exclusivamente, com pessoa do mesmo sexo. A homossexualidade será o gênero. A bissexualidade não tem a exclusividade como característica, mas sim a pluralidade.

Depois de inúmeros estudos, o conceito mais acertado foi o da estudiosa Matilde Sutter citada na obra de Débora Vanessa Caús Brandão; a orientadora e estudiosa das questões sexuais afirma que “homossexual é a pessoa que se relaciona sexualmente, de fato ou de forma fantasiosa, com parceiro do mesmo sexo que o seu, mantendo o seu sexo biológico” (2002 p.17).

Importante ressaltar que o indivíduo homossexual não nega seu sexo biológico; essa característica de negação pertence àqueles chamados “transexuais”. O transexual pode ser classificado como aquele que não aceita seu sexo biológico, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto, o que o faz rejeitar sua própria genitália.

O conceito de homossexualismo sempre foi estudado e analisado sob a ótica da Medicina Legal e da Psicologia.

Para a seara da Medicina Legal, homossexualismo “é uma perversão sexual que atinge os dois sexos, masculino ou feminino, que leva os indivíduos a se sentirem atraídos por outros do mesmo sexo com repulsa ao sexo oposto.” (Almeida, 2000, p.43).

Segundo os conceitos da Medicina Legal o homossexualismo pode ser: masculino ou feminino.

O homossexualismo masculino pode ser ativo ou passivo; consiste na relação de homem com homem como realização de uma satisfação carnal. É conhecido também por: pederastia, sodomia e uranismo.

Já o homossexualismo feminino é a relação sexual entre mulheres, e recebe outras três denominações: safismo, lesbianismo ou tribadismo.

Antigamente diversos eram os tratamentos para tentar “curar” esse comportamento sexual. Teorias de cunho psicanalítico, social e biológico tentavam explicar as causas da homossexualidade. Hoje a medicina deixou de considerar o homossexualismo exclusivamente como uma patologia, exceto se causar no

indivíduo sofrimento, sentimento de rejeição; aí sim, pelas suas conseqüências nefastas, deve ser encarado como se doença fosse.

Os cientistas concluíram que o homossexualismo não mais podia ter o diagnóstico de doença, pois os transtornos ocasionados por ele decorrem muito mais de sua repressão e discriminação social, do que de sua prática .

Assim, em 1995, na última revisão do Código Internacional das Doenças (CID) o termo “homossexualismo” deixou de constar nos diagnósticos. O sufixo “ismo”, que significa “doença”, foi retirado e substituído pelo sufixo “dade”, que significa “modo de ser”, passando então a ser tratado como homossexualidade.

Por fim, o estudo da psicologia explica que todos os desvios sexuais, ocorridos ou identificados em qualquer idade, são desvios sexuais infantis. Isso porque esses desvios originam-se nas relações parentais das crianças, desde a sua concepção até os três anos de idade; são associados ao ambiente em que a criança vive, ambiente esse que determina a sua orientação sexual definitiva. Como exemplo pode-se citar o pai muito violento, e o menino, rejeitando esse modelo de violência, passa a se identificar com a mãe, tornando-se, então, homossexual.

O fato inegável é que nenhuma das pesquisas feitas pelos grandes estudiosos da sexualidade é conclusiva. De tudo resta apenas uma certeza: o homossexualismo é um desvio de opção sexual, mas é praticado por ser humano portador de direitos e deveres como os outros.

2.3 Do Tratamento Jurídico da Homossexualidade

O direito brasileiro vigente não traz normas específicas de proteção e de direito quando o assunto é a homossexualidade. O poder judiciário já se viu frente a situações em que a homossexualidade estava desamparada, ou seja, desprovida de lei específica.

A princípio a justificativa é que o legislador procurou legislar sobre situações corriqueiras, comuns, cotidianas, e não sobre minorias, já que os homossexuais representam aproximadamente 10% da população mundial.

Durante a última constituinte houve, por parte dos parlamentares, a tentativa de introduzir no ordenamento jurídico normas de caráter proibitivo, porém essa tentativa revelou-se frustrada, haja vista que nem todos tinham uma visão repressiva quanto ao tema.

O art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso X¹, consagra o direito à intimidade e alguns defendem que aí está a proteção do cidadão quanto à escolha da prática e da opção sexual.

Porém, a partir do momento em que os indivíduos homossexuais começam a formar um patrimônio e a necessitar de certos benefícios, a exemplo da pensão previdenciária, enfim, quando começam a reivindicar seus direitos, é que se percebe necessária a presença de normas jurídicas para regulamentar a vida civil dessas pessoas, mormente quando ligadas por união estável.

Pesquisas realizadas pelo estudioso Roger Raupp (2000, p. 138) mostram que: “A única previsão explícita de proibição da discriminação por orientação sexual se encontra nas Constituições da África do Sul e Equador”.

A lei brasileira ignora a homossexualidade como uma realidade que merece amparo jurídico positivado; enquanto isso os tribunais vêm aplicando os princípios fundamentais para solucionar questões referentes ao caso.

Dessa forma, com a evolução dos costumes, da moralidade, da aceitação da homossexualidade no Brasil e no mundo e, lembrando que a homossexualidade existe desde a antiguidade, surgem problemas que ficam sem respostas por falta de normas jurídicas. Um exemplo é do indivíduo homossexual que se casa e, posteriormente, revela-se homossexual, ou seja, homossexualidade superveniente. Seria cabível, nesse caso, a anulação do casamento? Tal problema permanece sem solução, pois a lei é omissa quanto à possibilidade de anulação do casamento motivada, nesse caso, por erro essencial de pessoa.

Todos os conceitos mais utilizados na história do direito trazem a diversidade de sexo como requisito essencial para configurar o matrimônio, deixando clara a impossibilidade de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

¹ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O conceito da professora Maria Helena Diniz (2002, p. 42) mostra que muitos ainda não afirmam em seus estudos a união homoafetiva; a doutrinadora diz que: “Casamento é o contrato do direito de família que tem por fim, promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”

Há pouco tempo corria no Congresso Nacional o Projeto de Lei da ex-deputada federal Marta Suplicy, com o objetivo de trazer à tona, de uma vez por todas, a homossexualidade e a regulamentação de questões e soluções para os problemas civis dessa. O projeto tinha chance de ser aprovado, apesar de toda sociedade historicamente machista e preconceituosa.

A Igreja Católica, ao perceber a chance do projeto da ex-deputada ser aprovado logo se posicionou: admitia a regulamentação da união entre pessoas do mesmo sexo pelo ordenamento jurídico, desde que jamais os termos “casamento” e “cônjuges” fossem usados para designar esse tipo de união.

O que está sendo admitido hoje pela doutrina é que, por analogia, a união homoafetiva seja tratada da mesma forma que a união estável, mas que o termo “cônjuge” não seja utilizado, haja vista ser um termo próprio para designar o homem e a mulher dentro da instituição casamento.

No mesmo sentido a doutrina moderna ensina que, em questões de direito patrimonial que seja fruto de união homoafetiva, nada impede que se aplique a Súmula 380 do STF que consagra: “Comprovada a competência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Assim os tribunais, ao se depararem com situações que envolvam casais homossexuais, devem socorrer-se, de alguma forma, dos princípios constitucionais já que todos têm direitos a uma tutela jurisdicional efetiva.

Inteligente é a lição da professora Marilene Silvera Guimarães (2000, p. 28) que nos ensina que: “É preciso buscar no sistema jurídico soluções para o fato concreto. Não havendo norma explícita e nem proibição explícita, é dos princípios gerais do direito que devemos nos socorrer”.

Por fim, ainda que a sociedade, a cada dia, sofra mudanças de conceitos e pensamentos sobre determinado assunto, muitos, quer por falta de

coragem, quer por timidez, preferem adiar cada dia mais uma realidade que está diante de seus olhos.

2.4 A Homossexualidade como Questão Constitucional

A Constituição Federal, lei maior de nosso país, assim chamada pelos constitucionalistas, preocupou-se em elencar nos seus primeiros artigos, preceitos e objetivos fundamentais que deverão ser respeitados por todos, para que se obtenha a paz social e uma sociedade mais justa.

Já o artigo 1^o da Constituição Federal, ao instituir que o Brasil é uma República Federativa, aponta a “dignidade da pessoa humana” como um de seus fundamentos.

O fundamento constitucional que nos chama atenção em relação ao tema ora estudado está no artigo 3^o, IV³ da Magna Carta que traz como um de seus objetivos fundamentais o de “promover o bem estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A interpretação da norma revela que está proibida a discriminação por orientação sexual. Mas, para isso, é preciso entender o alcance da expressão “orientação sexual”.

Segundo Roger Raupp Rios (2002, p.52) orientação sexual “é a afirmação de uma identidade pessoal cuja atração ou conduta sexual se direciona a alguém do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade), ambos os sexos (bissexuais) ou a ninguém (abstinência sexual)”. A interpretação nos leva dizer que o objetivo de constituir uma sociedade livre e justa repudiando a

² Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (original não grifado)

³ Art. 3^o 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.

discriminação, significa que o indivíduo tem a liberdade de optar ou escolher seu parceiro sexual e afetivo.

É óbvio que, se a sociedade aceita a pessoa que tem como parceiro uma pessoa do sexo oposto e repudia aquele que se sente atraído por um indivíduo do mesmo sexo, caracterizada está a discriminação.

Assim, em um país que se constitui uma República Federativa, que tem como fundamento a dignidade humana e um de seus objetivos é a paz social, seria injustiça fechar os olhos à realidade da união homoafetiva, pois haveria contradição, já que a própria Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação.

Importante citar, ainda, como fundamento constitucional aplicado ao tema, o artigo 5º, *caput*⁴ da Constituição Federal que traz o princípio da igualdade.

O artigo recomenda a aplicação e a proteção jurídica a todos, independente de suas qualidades pessoais, haja vista que o destinatário da norma é uma universalidade de pessoas despidas de suas diferenças.

Conclui-se, então, que, da mesma forma que a norma é aplicada ao heterossexual deveria ser aplicada ao homossexual, que também é sujeito de direitos e obrigações, embora tenha orientação sexual diversa.

Por fim, a proibição de discriminação não encontra respaldo apenas na Constituição Federal; está sedimentada também no “Pacto San José da Costa Rica” do qual nosso país é signatário. O mesmo tratado foi recepcionado por nossa Constituição, por força do parágrafo 2º⁵ do Artigo 5º da Constituição Federal e todos devem respeitá-lo.

⁴ 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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

⁵ Art. 5º (...).

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

3 DA ADOÇÃO

3.1 Origem

Para se aprofundar no tema ora pesquisado é preciso, primordialmente, estudar suas origens para, assim, melhor entender a amplitude do conceito da adoção.

No direito romano, o instituto da adoção refletia na própria organização da família, já que o *pater* não era apenas pai, mas também chefe da família. Era ele considerado “chefe” no tríplice aspecto: religioso, quando atuava como sacerdote; econômico, como dirigente do patrimônio da família e jurídico-político, ao atuar como magistrado nas lides familiares e no julgamento de seus membros.

Segundo relata Fustel de Colanges (apud GRANATO, 2003, p.31): “Para povos da Grécia e da Roma antiga, a adoção atendia aos anseios de ordem religiosa, pois as civilizações primitivas acreditavam que os vivos eram protegidos pelos mortos”.

A religião, o culto e as crenças só se transmitiam através das gerações. Dessa forma, o homem, cuja natureza não lhe proporcionava filhos, encontrava na adoção a solução para que a família não se extinguisse.

Os romanos consideravam vergonhoso o indivíduo morrer sem deixar descendentes; por isso, adotar um filho era garantir a perpetuidade da família, da crença e dos rituais da época.

Nessa época o instituto da adoção não se preocupava com o bem estar do adotado, mas sim, visava atingir os interesses do adotante, haja vista que o objetivo desse era escapar da vergonha e da desgraça de morrer sem deixar quem praticasse os cultos fúnebres e desse continuidade à família.

A adoção era feita através de um culto no âmbito doméstico. A cerimônia era sagrada e o recém nascido era recebido no lar.

O instituto da adoção surge no Código de Hamurabi – 2283–2241 a.C., previsto nos artigos 185 a 193.

Já naquela época o Código trazia como regra a irrevogabilidade da adoção. Rezava o artigo 185 que: “Se alguém toma em adoção uma criança ou a educa, esta não pode ser reclamada”.

Os pais biológicos só poderiam reclamar seu filho de volta em três situações:

- a) se o adotante não tivesse dado a ele educação;
- b) se o adotado não fosse tratado como filho e
- c) se a criança adotada tivesse sido renegada em favor dos filhos naturais.

Portanto, o que perpetuava a adoção na época eram os cuidados e carinhos que os pais adotantes tinham com o filho adotivo e, conseqüentemente, com a família.

Outras fontes creditam a origem da adoção à Bíblia: Moisés, quando salvo das águas do Nilo, foi adotado por Términus, filha do Faraó; Jacó adotou Efraim e Manasses, entre outros.

Pela leitura dos livros bíblicos é possível encontrar algumas noções do instituto da adoção: poderia adotar tanto o pai quanto a mãe e a adoção só se dava entre parentes, sendo que os escravos eram considerados como parte da família. (Esther,II,7⁶;Ruth,IV,16⁷)

Entre os gregos a expressão “adotar” tinha o sentido de romper, o adotado, com todos os laços da família anterior e não podiam sequer prestar homenagens fúnebres ao pai natural.

Homens e mulheres poderiam ser adotados e a adoção era feita por ato solene, porém poderia ser revogada no caso de ingratidão.

⁶ Criara ele Hadassa, isto é, Éster, filha de seu tio, pois não tinha ela nem pai e nem mãe; e era donzela esbelta e formosa; e morrendo seu pai e sua mãe, Mardoqueu a tomara por filha.

⁷ E Noemi tomou o menino, pô-lo no seu regaço, e foi sua ama. E as vizinhas deram-lhe nome dizendo: A Noemi nasceu um filho, e chamara o menino de Obede.

Importante ressaltar que, no estado de Esparta, o filho adotivo ficava com a família até os sete anos de idade, depois passava à tutela do Estado, que o treinava para ser forte e capaz na guerra.

Foi em Roma que a adoção teve maior destaque; isso porque, além de se preservar os cultos e costumes daquela região, a adoção atingia outra finalidade: a possibilidade dos plebeus transformarem-se em patrícios.

Na Idade Média houve queda considerável da adoção devido ao fato da influência do direito canônico na sociedade da época.

A Igreja Católica não dava muita importância à adoção, pois, considerava que ela seria concorrente do matrimônio, uma vez que, pela adoção, estaria garantida a prole e a continuidade da família, não sendo o matrimônio essencial para isso.

Analisando a Idade Moderna, foi na Dinamarca, no ano de 1683, que o instituto teve sua previsão legal no Código promulgado por Christian V. Porém, o primeiro caso legal de adoção ocorreu no Alabama, Estados Unidos, no ano de 1851, quando uma criança adotada passou a ter os mesmos direitos dos filhos biológicos. (Lisboa, 2002, p.12).

Nessa época, para que a adoção fosse regular, era preciso firmar entre as partes um contrato por escrito que deveria ser submetido a exame do Tribunal. Além de ser exigida a idade mínima de 50 anos para o adotante; a adoção deveria oferecer vantagens visíveis ao adotado.

No direito português antigo, a adoção não teve desenvolvimento completo, apesar de ter o direito romano presidido as Ordenações Filipinas. O direito à sucessão era repellido pelo direito português, exceto com autorização do Príncipe.

No Brasil, com a Independência, as Ordenações Filipinas perderam sua validade. A primeira legislação brasileira que fez menção à adoção foi a Lei de 22 de setembro de 1828, que transferiu para os juízes de primeira instância a competência para expedição da carta de perfilhamento.

Clóvis Bevilacqua (apud SNICK, 2000, p.43) defendia que, na falta de normas jurídicas brasileiras, por analogia, deveria ser aplicado o direito romano. Tal argumento foi criticado por Dino Bueno (apud GRANATO, 2003, p. 112) em sua

obra, pois diz ele que: “o direito português repele a sucessão e mais, a adoção, para o direito romano, nada mais é do que um título de filiação que concede alimentos”.

Finalmente, foi o Código Civil, instituído pela Lei nº 3.071 de 01.01.1916, que sistematizou a adoção. Posteriormente, os dispositivos da Lei nº 3.133/57 trouxeram mudanças significativas nas disposições do Código. Uma delas foi ter reduzido a idade mínima do adotante de cinquenta para trinta anos de idade.

Outra inovação foi a Lei nº 4.655 de 02.06.1965. Segundo esse diploma legal, a legitimação adotiva só poderia ser deferida quando o menor, até sete anos de idade, fosse abandonado ou órfão não reclamado por qualquer parente por mais de um ano, ou cujos pais tivessem sido destituídos do pátrio poder, ou, ainda, na hipótese do adotado ser filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitada de prover sua criação (art. 1º).

Com a chegada do Código Menorista em 1979 a adoção foi classificada em duas espécies, a saber:

- a) adoção simples, que era precedida pela guarda do menor pelo adotante e pelo estágio de convivência em um prazo que variava de um a seis meses, a critério do Juizado de Menores (art. 28);
- b) adoção plena: essa era irrevogável; as partes assumiam parentesco legal e também era exigido o estágio de convivência por período mínimo de um ano. A adoção plena só seria possível ao menor com mais de sete anos se, à época da adoção, já se encontrasse sob a guarda do adotante (art. 31).

Enfim, depois de inúmeras regulamentações e leis, o instituto da adoção veio disciplinado especificadamente com a Constituição Federal de 1988 que igualou os direitos de todos os filhos, ao tratar da ordem social, no Título VIII, Capítulo VII, Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso.

Esses direitos e inovações serão estudados mais profundamente no decorrer deste trabalho.

3.2 Conceito e Natureza Jurídica

Por ser a adoção um instituto que remonta à antiguidade, sua conceituação varia de acordo com os costumes e tradições da época.

No Direito Romano, que foi onde a adoção teve maior destaque, conceituava-se a adoção como: “o ato solene pelo qual se admite em lugar de filho que pela natureza não é”. (RODRIGUES, 1995, p.22).

Em nosso país, inúmeros doutrinadores conceituam a adoção, cada um a seu modo. Clóvis Bevilacqua (apud SNICK, 2000, p.43) afirma que: “Adoção é o ato pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”.

Maria Helena Diniz (2002, p.416) reforça e diz que a: “...adoção é um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre o adotante, ou adotantes, e o adotado um liame de paternidade e filiação civil”.

Houve críticas quanto à definição do instituto, haja vista, que a maioria fala em “paternidade”. Porém, críticas essas sem relevância, pois, no sentido amplo da palavra, “paternidade” engloba também “maternidade”.

Para a doutrina espanhola, adoção “é o vínculo puramente civil e fictício que cria entre pessoas estranhas as relações inerentes à paternidade e a filiação” (SNICK, 2000, p.65).

Cada direito positivo terá sua definição do que vem a ser a adoção e, para isso, levar-se-á em consideração: os costumes, as tradições e os cultos da época e do lugar.

Necessário lembrar que a adoção não é apenas um instituto que proporciona filiação tão somente; mas, sim, traz a finalidade de oferecer um ambiente favorável àquele que, por algum motivo, ficou privado de sua família biológica.

Assim, hoje o que se pretende com a adoção não é ter pena, ou ainda resolver problemas de esterilidade, mas verificar o que é melhor para o adotado, levando em consideração suas necessidades básicas e a oportunidade de ter um lar que lhe traga segurança e proteção.

Na doutrina civilista não há consenso quanto à natureza jurídica da adoção. Alguns a consideram como contrato, outros como ato solene e outros, ainda, como instituto de ordem pública.

Para Clóvis Bevilacqua (apud GRANATO, 2003, p. 27), a adoção trata-se de ato solene em que se exige consentimento do adotando ou de seu representante legal.

Apesar do conceito acima ainda há alguns doutrinadores que afirmam que a adoção é um “negócio unilateral”; porém sem respaldo, haja vista que a lei reclama o consentimento dos pais ou representante legal; caracterizando, assim, a bilateralidade.

Para os adeptos da teoria contratualista, a adoção é vista como ato de vontade que exige consentimento das partes interessadas e, dessa bilateralidade, surge o contrato e seus efeitos jurídicos.

Já, para corrente institucionalista, a adoção é um instituto de interesse do Estado que atende os problemas e anseios de ordem social e, por isso, instituto de ordem pública.

O fato é que não há convergência quanto à natureza da adoção, da mesma forma que seu conceito é diferenciado, dependendo do lugar. Cada um a classifica a seu modo levando em consideração a sua definição.

3.3 Espécies

3.3.1 Adoção à brasileira

É chamada “à brasileira” a adoção que consiste no registro de filho alheio como se fosse próprio; é aquela feita sem o respaldo da lei.

São vários os motivos que levam o indivíduo ou casal a optar por esse tipo de adoção. A opção por esse tipo de adoção pode ser motivada pela morosidade do processo de adoção no Judiciário; pelo receio de que, no meio do processo de adoção legal, ocorreram entraves ou dificuldades, ou, ainda, para

ocultar do filho, futuramente, a condição de adotivo; assim, a adoção à brasileira seria o caminho mais rápido para atingir o objetivo da adoção.

A adoção à brasileira pode trazer sérias conseqüências para quem a realiza, tanto no campo civil como no campo penal.

Ao contrário do que acontece no processo regular de adoção onde, na maioria das vezes, os candidatos à adoção são provenientes de lares, creches, institutos ou outros órgãos do gênero, ou ainda, crianças provenientes de pais biológicos que, por um motivo ou outro, foram destituídos do pátrio poder, na adoção à brasileira a mãe biológica que não tem condições de criar seu filho não se sente culpada em entregar o filho pra outra família, fazendo com que a adoção à brasileira ganhe forças e adeptos para sua prática.

Afirma-se ainda que a prática da adoção à brasileira se deve ao fato da ignorância ou pouco conhecimento sobre a legislação por aquelas famílias interioranas e de “bom coração”.

Entretanto, movidos ou não por sentimentos de carinho e nobreza, a verdade é que a adoção à brasileira traz conseqüências jurídicas para quem a realiza.

No campo civil duas podem ser as conseqüências:

- a) como a adoção à brasileira consiste em registro de filho alheio como próprio, esse registro é pura simulação e, quando o assunto é levado aos tribunais, pode ocorrer a anulação dele de forma direta, e não seu cancelamento;
- b) levando-se em consideração que a adoção à brasileira não obedece aos ditames da lei, caso ela seja descoberta, pode ocorrer a retirada da criança do lar dos pais adotivos que simularam o ato de registrar a criança como se filho fosse.

No campo penal as repercussões da adoção à brasileira são mais graves. O artigo 242 do Código Penal diz: “Dar parto alheio como próprio; registrar, como seu, filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao seu estado civil: Pena: reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.”

A severidade da norma penal choca-se frontalmente com os motivos de relevância social que fazem com que as pessoas, ainda hoje, pratiquem a adoção à brasileira, sem se preocupar com a consequência de seus atos. As pessoas, tomadas por sentimentos de nobreza, carinho e compaixão deixam de lado qualquer preocupação com as normas penais e civis, pois é inegável o alto valor altruísta e humanitário que inspira tais gestos.

Dessa forma, diante de adoções de natureza nobre, os juízes, sentem o descabimento da aplicação de pena tão severa e, na falta de pena mais branda, usando do seu livre convencimento, acabam concluindo pela absolvição do agente; mesmo que isso seja contra o texto legal.

Seguindo essa linha de pensamento e com o progresso da sociedade, é que a Associação Brasileira de Juízes e Promotores da Infância e Juventude propôs que, em determinados casos, seja aplicada a pena mais branda e até o perdão judicial.

Assim, com advento da Lei nº 6.898/81, foi dada nova redação ao parágrafo único do Artigo 242 do Código Penal:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Alterado pela L-006.898-1981)

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: (Alterado pela L-006.898-1981)

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo "o juiz deixar de aplicar a pena".

Parágrafo único. Se o crime é cometido por motivo de reconhecida nobreza:

Pena: detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (original não grifado)

Pela expressão "podendo o juiz deixar de aplicar pena", subentende-se o perdão judicial que, embora, o legislador tenha-o introduzido como uma faculdade, é um direito do réu desde que preenchidos os requisitos legais.

Eunice Granato (2003, p.133) ensina que: "[...] o parágrafo único, quando utiliza a expressão 'reconhecida nobreza', está englobando a adoção à brasileira, compreendidos os sentimentos de altruísmo e compaixão do ser humano".

Os requisitos do perdão judicial serão verificados pelo magistrado caso a caso, isto é, se o agente não teve intenção de fraudar a verdade, nem de

prejudicar direitos, se suas intenções foram das melhores, mesmo que tenham sido contra a lei.

Importante ressaltar que a adoção é uma instituição de caráter humanitário; por um lado seu objetivo é dar filhos àqueles impossibilitados de tê-los por uma razão ou outra; e, de outro lado, a finalidade assistencial e amorosa consistente na melhora da vida moral e material do adotado.

Assim, ao aplicar a pena, o juiz deve levar em consideração os motivos pelos quais tal procedimento foi adotado. Como dito anteriormente, o ser humano embasado por sentimentos nobres e de relevância social, não pode ser penalizado como aquele que tem o dolo de praticar delitos ou como um criminoso contumaz.

Por fim, a adoção à brasileira, pode levar ao fato de que adotante e adotado sejam expostos a mudanças radicais em suas vidas, haja vista que se a mesma for descoberta, poderá ocorrer a anulação do registro de nascimento do menor, com efeito *ex tunc*, isto é, como se nunca houvera existido.

Hoje não mais se justifica a “adoção à brasileira” pois, através da adoção simplificada e plena, tem-se meio mais eficaz para a adoção, sem riscos e prejuízos ao adotado ou ao adotante.

3.3.2 Adoção póstuma

Da expressão latina *post mortem*, adoção póstuma é aquela realizada após a morte de um dos adotantes. No ordenamento jurídico brasileiro está prevista no Artigo 42, parágrafo 5º⁸ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Foi a partir da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente que o ordenamento jurídico consagrou a adoção póstuma pois, antes, ao se tratar sobre a adoção, não era prevista a possibilidade de deferimento, tendo o pretenso adotante já falecido.

⁸Artigo 42.....

Parágrafo 5º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Por esse instituto permite-se que seja realizada a adoção, mesmo que falecido o adotante, porém, desde que, antes de falecer, tenha ele manifestado sua vontade de adotar perante o juiz.

O Artigo 42, parágrafo 5º do ECA diz que: “a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.”

A redação do artigo supra citado deixa claro que importante e imprescindível é a manifestação de vontade inequívoca, ou seja, aquela que não provoque dúvidas no julgador. Em função da lentidão dos processos judiciais brasileiros, casos extremos como esse poderão ocorrer no curso do procedimento.

A adoção póstuma, de acordo com o Artigo 42 parágrafo 5º do ECA, reclama dois requisitos, pois além da manifestação inequívoca por parte do adotante, é necessário que haja procedimento de adoção instaurado.

Porém, para grande parte da doutrina, o segundo requisito é dispensável, haja vista, que o indeferimento da adoção com base na falta de procedimento instaurado, atentaria contra a Artigo 1º do ECA que visa a proteção integral da criança e adolescente. Assim, haveria contrariedade à intenção do ECA, pois o que vale para caracterizar a adoção é a manifestação de vontade por parte do adotante e não a instauração de um procedimento formal.

O Promotor de Justiça, José Luiz Mônico da Silva (2006 p.3) diz que:

[...] o ECA abraçou a doutrina da proteção integral, pondo o menor a salvo de qualquer situação prejudicial de seus interesses. Aliás, o art. 70, entre outros dispositivos, é uma extensão da doutrina da proteção integral, ao impor a todos sem exceção, o dever de prevenir a ocorrência de ameaça ou violação a direitos da criança e do adolescente.

A teor da dispensa do procedimento de adoção instaurado para o deferimento da adoção póstuma, o STJ tem se mostrado favorável, como se pode notar no julgado originado em Recurso Especial do Estado da Paraíba, datado de 2002:

Adoção póstuma. Certidão de Batismo. Processo ainda não instaurado. Irrelevância. Manifestação de propósito. É permitida a adoção póstuma se, quando do óbito do adotante, já estiver encaminhado ao juízo o pedido de adoção (ECA 42, parágrafo 5º). Ocorre que a exigência de processo instaurado, numa interpretação extensiva do dispositivo, pode ser

substituída por documento que evidencie o manifesto propósito do *de cujus* de adotar a criança. Trata-se de “inequívoca manifestação de propósito”, que pode existir independentemente de processo de adoção. (STJ, 4ª T., Resp 457635-PB, rel. Min. Ruy Rosada de Aguiar, j. 19.11.2002, v.u.)

Como se verifica no julgado acima transcrito, o Superior Tribunal de Justiça achou por bem deferir o pedido de adoção póstuma, tomando por base a manifestação de vontade do adotante falecido, expressa em uma certidão de batismo, muito embora, quando do falecimento, não houvesse ainda um procedimento instaurado.

Assim, o Estatuto confere a possibilidade da adoção ser deferida mesmo em caso de morte do adotante, desde que o juiz competente, pelo princípio do livre convencimento, aceite as provas apresentadas como declaração de vontade do falecido e que, sobre ela, não paire dúvidas.

Também o artigo 1628 do Código Civil aborda o instituto da adoção póstuma como exceção ao trânsito em julgado da sentença de adoção, dando a essa sentença força retroativa à data do óbito, numa permissão inequívoca à adoção *pós mortem* no caso de óbito do adotante durante o decurso do procedimento de adoção.

Art. 1628 – Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. As relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.

Com isso verifica-se que adoção póstuma surgiu com a promulgação do ECA em 1990 e foi confirmada pelo novo Código Civil em 2002, sendo disciplinada nos dois diplomas legais mais importantes sobre a adoção.

Leoni Lopes (2000, p.186) ensina que: “...seria possível afirmar, na adoção póstuma, que o legislador introduziu a figura do filho adotivo póstumo; pois o *nascimento* da adoção, que se dá, como informa o art. 47 do ECA, com a sentença judicial, surge posteriormente à morte do adotante”.

Dessa forma, para a adoção póstuma é indispensável que o pedido seja feito pelo adotante de forma inequívoca e que se verifique, no caso concreto, a

clara vontade de adotar manifestada antes do óbito e que esse, seja causa superveniente ao pedido de adoção. Embora não indispensável, há que se reportar também ao requisito da existência de procedimento de adoção instaurado. O importante é que não paire dúvidas sobre a intenção do adotante falecido.

3.3.3 Adoção plena e adoção simples

Embora com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e com o Código Civil de 2002 a adoção tenha sido unificada, passando a existir somente a adoção plena, houve época em que eram adotados os dois tipos de adoção: a plena e a simples, como se verá adiante.

A motivação para a prática da adoção tem sofrido variações, conforme a época. Modernamente predomina a idéia de dar filhos àqueles impedidos de tê-los e, ainda, o interesse público em propiciar lar e assistência aos menores desamparados.

Antigamente o instituto da adoção não era satisfatório, pois, havia uma certa “partilha” do adotado, ou seja, freqüentemente os pais adotantes tinham que “dividir” o filho com a família biológica, no que diz respeito à educação, ao afeto e até mesmo quanto aos bens materiais, nos casos de herança e sucessão.

Dessa forma havia necessidade de um sistema que visasse total integração do filho adotivo naquela família que o recebia. Surge então a chamada “Legitimação Adotiva” (Lei n. 4655, de 2 de junho de 1965).

A terminologia empregada sofreu várias críticas. O professor Caio Mário Pereira da Silva (2002, p. 236) explica que:

A crítica era, porém especiosa, pois que a polivalência da terminologia jurídica não é incompatível com um sentido novo para o vocábulo legitimação. A crítica procede na designação que deu o legislador brasileiro, legitimação adotiva, uma vez que legitimidade é o *status* do filho concebido na constância do casamento sem o recurso a qualquer ficção jurídica.

Com a promulgação do Código de Menores, a legitimação adotiva foi substituída pela adoção plena e, ainda, havia a adoção simples regulada pelo Código Civil.

Adoção Plena é a espécie de adoção onde são apagados todos e quaisquer vínculos entre o adotado e a família biológica; o adotado é tido como filho de sangue do casal adotante. Com isso, seu registro de nascimento é alterado, de modo que o parentesco criado pela adoção seja o único existente para o mundo jurídico e legal.

Já, a adoção simples trazida pelo Código Civil, dizia respeito restritivamente ao vínculo de filiação que se estabelecia entre adotado e adotante; não se apagando jamais o passado, ou seja, o vínculo de parentesco anteriormente constituído era mantido. Esse tipo de adoção não tornava o filho livre de vínculos com os pais biológicos e podia ser extinta por vontade das partes.

Quanto à adoção simples, a professora Maria Helena Diniz (2002, p.418) diz que:

Adoção simples ou restrita, era concernente ao vínculo de filiação que se estabelecia entre adotante e adotado, que pode ser pessoa maior ou menor entre 18 e 21 anos (lei n. 8069/90, art. 2º parágrafo único), mas tal posição de filho não era definitiva ou irrevogável. Era regida pela Lei n. 3133 de 8 de maio de 1957, que havia atualizado sua regulamentação pelo código civil de 1916.

A inovação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo novo Código Civil é que hoje não há distinção entre adoção plena e adoção simples. Porém, muito antes, a Constituição de 1988 já trazia princípios que impediam o tratamento diverso aos filhos; é o que se verifica no Artigo 227, parágrafo 6º⁹ da Constituição Federal. Todos os filhos, sejam eles provenientes do casamento ou não, terão direitos iguais e devem receber a mesma atenção e carinho por parte da família e do Estado. Portanto hoje, há uma só modalidade de adoção que gera importantes efeitos pessoais e patrimoniais que serão estudados adiante.

⁹ Art. 227.....

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

3.4 Requisitos Básicos

3.4.1 Idade do adotante

Um dos primeiros requisitos legais para a adoção diz respeito à idade do adotante que, segundo o artigo 1628¹⁰ do Código Civil (Lei nº10.406/02) determina que o adotante deva contar com 18 anos completos. O *caput* do artigo também traz a hipótese da adoção ser realizada por pessoa solteira; já o parágrafo único dispõe sobre a adoção feita por casal.

Nesse sentido, é possível o requerimento de adoção por casais ligados, tanto por matrimônio, quanto por união estável. E, nessa hipótese, pelo menos um deles deve contar com a idade mínima de 18 anos exigida por lei.

O diploma Civil traz, ainda, regra negativa em seu artigo 1622, pois diz que: “Ninguém poderá ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”. E, ainda, em seu parágrafo único, explicita que “os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal”. Dessa forma, se alguém vier a ser adotado por duas pessoas, será considerada válida a primeira adoção, sendo nula a segunda.

É exigido, ainda, no artigo 1619 do Código Civil, que haja diferença de 16 anos de idade entre adotante e adotado, pois seria impossível conceber filho da mesma idade ou superior à idade dos pais. Porém, em alguns casos específicos, os Tribunais têm aceito diferença menor entre a idade do adotante e do adotado, sempre visando o melhor interesse do menor, conforme se verifica no acórdão abaixo transcrito:

¹⁰ Art. 1628: Só a pessoa maior de 18 (dezoito) anos pode adotar.

Parágrafo Único: A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado 18 (dezoito) anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

CIVIL E PROCESSO CIVIL. ADOÇÃO. ECA. DIFERENÇA DE IDADE ENTRE O ADOTANTE E O ADOTADO. MÍNIMO LEGAL. MITIGAÇÃO DOS RIGORES DA LEI EM BENEFÍCIO DO MENOR. 1. Quando o Estatuto exige a diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado de 16 (dezesseis) anos, fá-lo somente para assegurar o papel paterno assumido, o que já restou claro, quando se fala dos fortes laços afetivos que os unem, e quando a inicial diz que o menor o respeita como a um pai e inclusive assim o chama. 2. Assevero que, neste caso, em que a diferença de idade perfaz 15 anos e 3 meses, portanto o adotante quase atinge a idade mínima, considero ser conveniente aos interesses do menor, ante a possibilidade de fornecer ao adotando ambiente familiar saudável, propício a seu desenvolvimento completo. (20000130017887APE, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Cível, julgado em 21/10/2002, DJ 12/02/2003 p. 37)

De acordo com o acórdão acima transcrito, publicado no Diário da Justiça de 10 de fevereiro de 2003, verifica-se que a diferença de idade entre adotante e adotado perfaz 15 anos e 3 meses porém, visando o melhor interesse do menor, o Tribunal de Justiça de Pernambuco concedeu a autorização para que a adoção se consumasse sem maiores empecilhos.

3.4.2 Consentimento do adotado

Primeiramente, em se tratando de consentimento do adotando, a lei não se satisfaz com o consentimento por meio de suprimento judicial. Se o adotado for absolutamente incapaz, será necessário, para a adoção, o consentimento dos pais, tutores ou curadores. Porém, se o adotando for maior de 12 anos, deverá, também ele, manifestar sua opinião (Artigo 45, parágrafo 2º¹¹ do ECA).

Nada mais razoável do que a exigência feita pela lei, pois seria impossível a integração do adolescente na nova família se esse, podendo manifestar a sua opinião, não estivesse de acordo com essa inclusão.

¹¹ **Art. 45.** A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder.

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

O legislador, no artigo 1621, parágrafo 1º¹² do Código Civil, dispensa o consentimento daqueles que são desconhecidos ou foram destituídos do pátrio poder. Nesses casos o juiz nomeará um curador *ad hoc* para acompanhar o processo de adoção.

Maria Helena Diniz (2002, p.420) ensina que:

A falta de interesse do genitor em se manter com o poder familiar não pode, jamais, ser presumida tão somente porque teria tomado ciência dessa ação. Necessário será que fosse efetivamente intimado para que viesse a audiência exercer sua manifestação de vontade, sob pena de não fazendo, aí sim se poder acolher a pretensão buscada pelos requerentes.

Conclui-se que tais exigências são feitas em razão da adoção gerar efeitos patrimoniais e pessoais de grande importância. Assim, ninguém pode “passar” a ser filho de outrem se estiver insatisfeito e infeliz e se essa não for a sua vontade, desde que possa manifestá-la. E mais: compete ao juiz analisar os benefícios e vantagens da adoção; analisar o caso e escolher a melhor família para o adotado.

3.4.3 Intervenção judicial

A adoção somente caracterizar-se-á por meio de um processo judicial realizado perante o Juízo da Infância e Juventude e com a intervenção do Ministério Público, mormente quando se tratar de adoção de menor de 18 anos, é o que diz o Artigo 1623, parágrafo único¹³ do Código Civil.

¹² **Art. 1.621.** A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos.

§ 1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

§ 2º O consentimento previsto no caput é revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção.

¹³ **Art. 1.623.** A adoção obedecerá a processo judicial, observados os requisitos estabelecidos neste Código.

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

Essa disposição veda totalmente a adoção à brasileira, já abordada no tópico anterior, uma vez que, ausente o processo judicial, a adoção não será válida, isto é, será nula de pleno direito.

3.4.4 Idade do adotado

Dispõe o Artigo 40 do ECA que o adotado deve contar com, no máximo, 18 anos à época da adoção. Se o pedido de adoção for feito após essa idade, seguem-se as regras do Código Civil, ou seja, o disposto nos artigos 1618 à 1629 daquele diploma legal.

O mesmo artigo 40 traz uma exceção: se o adotado já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes é possível requerer a adoção mesmo depois de completado os 18 anos.

No mesmo sentido Omar Kauss (2000, p. 73) diz que:

Para atingir o fim colimado pela lei, parece nos que a guarda ou tutela deve ter sido iniciada antes dos dezoito anos porque, se ao depois, não sendo a idade abrangida pelo novo sistema, valer-se do abrandamento seria um mero artifício para burlar a proibição legal ou escopo da regra.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, em 2002, ficou estabelecido que a maioria cessará aos 18 anos. Nesse sentido, aquele que tiver 18 anos ou mais, deverá ser adotado com base no Código Civil e não no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.4.5 Estágio de convivência

O juiz, ao analisar a possibilidade de ser deferida ou não a adoção, deverá verificar, também, a convivência do adotado com o adotante, a teor do artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe:

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

§ 2º Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade.

Hoje não há prazo estabelecido na lei para o estágio de convivência; o juiz fará análise caso a caso; podendo até mesmo dispensar tal estágio quando o adotando for menor de 1 ano de idade ou já estiver por tempo razoável na companhia dos adotantes.

Esse estágio é um período de suma importância na vida do adotado, pois é nesse período que se verifica a adaptação à nova família, os gostos do adotando, sua afinidade com os adotantes, a aceitação da família adotante e os benefícios da adoção; enfim, a forma de vida que será propiciada àquela criança.

Os requisitos acima mencionados seriam suficientes para o deferimento da adoção, porém, não se pode ignorar a chamada “irrevogabilidade”, trazida pela professora Maria Helena Diniz (2002, p.422) ao dizer que:

Mesmo que os adotantes venham a ter filhos, aos quais o adotado está equiparado, tendo os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, proibindo-se qualquer designação discriminatória relativa a filiação. A adoção é irreversível, entrando o adotado definitivamente para a família do adotante. A morte do adotante não restabelecerá o poder familiar do pai natural.

Dessa forma, uma vez realizada a adoção com obediência a todos os requisitos e formalidades legais, essa não poderá ser revogada e a criança, em hipótese alguma, será “devolvida” à família biológica; tanto é que, se isso ocorresse, haveria transtornos psicológicos para o adotando como a menor das conseqüências da revogabilidade da adoção.

Por fim, essas seriam as exigências feitas pelo legislador, para que adoção produza seus efeitos e seja condizente com o seu fim.

3.5 Efeitos da Adoção

Sobre os efeitos da adoção, suas conseqüências são de ordem patrimonial e pessoal. O primeiro efeito pessoal imediato está no Artigo 1626¹⁴ do Código Civil, que é o desfazimento do vínculo de parentesco entre o adotando e sua família de origem ou biológica.

Dessa forma, a família biológica não pode exigir notícias, informações ou satisfações sobre o filho dado em adoção, pois, a partir da inscrição da adoção no Registro Civil, cessa qualquer relação de parentesco com a família de origem.

Sobre esse efeito a professora Maria Helena Diniz (2002, p.423) diz que: “Para tornar mais perfeita a *imitatio familiae* cortam-se os laços do adotado com a família de origem”.

A regra sobre o desfazimento de qualquer vínculo foi trazida pela Lei 10.406/02, o Novo Código Civil, haja vista que no Código de 1916, o artigo 378 deixava claro que os laços permaneciam e que somente havia cessado o pátrio poder com a adoção. Assim rezava aquele dispositivo: “Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo”.

Hoje a regra é outra; nem com o falecimento do adotante o pátrio poder da família biológica pode ser restabelecido. Isso para evitar confusão para o adotando e até mesmo para atender à finalidade precípua da adoção: constituir família e também dar tratamento legal igualitário para a filiação, conforme disposto no artigo 227, §6º¹⁵ da Constituição Federal.

Assim, ao ser deferida a adoção, o adotado passa a ser filho do adotante como se “legítimo” fosse, inclusive, criam-se laços familiares com toda a família do adotante, ressalvado os casos de impedimentos matrimoniais trazidos pelo Código Civil.

¹⁴ Art. 1626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

¹⁵ Art. 227.....

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

Os incisos I, III e V do Artigo 1521 são claros ao trazer as regras de vedação ao casamento quais sejam, não podem contrair matrimônio:

- a) o adotante com o adotado;
- b) a adotante com o cônjuge do adotado e vice-versa;
- c) o adotado com o filho legítimo do pai ou mãe adotiva.

A razão desses impedimentos é simples: com a vinda da Constituição Federal de 1988 todos os filhos foram equiparados, tanto aqueles provenientes do matrimônio como aqueles vindos da adoção. Um exemplo dessa equiparação é que no antigo diploma civil, no Artigo 377, o adotado só era herdeiro do adotante se esse não tivesse filhos. Hoje a regra é simples e objetiva: filhos são filhos; não importa o modo pelo qual isso foi estabelecido ou o vínculo criado entre as partes.

Assim, por questão de ordem moral e ética, seria inaceitável, por exemplo, que o adotando se casasse com a filha legítima da mãe adotiva, pois perante a lei e o grupo social eles são irmãos.

Dessa forma, o adotando passa a ter os mesmos direitos do filho legítimo do adotante, sendo proibida qualquer discriminação.

Outro efeito de ordem pessoal é trazido pelo artigo 1627 do Código Civil: ao ser registrado, o adotando recebe o sobrenome do adotante e, se menor, poderá ter o seu prenome modificado a pedido do adotante.

A professora Maria Helena Diniz (2002, p. 425) traz, ainda, um outro efeito de ordem pessoal, qual seja: o domicílio do adotado menor de idade é o mesmo do adotante, senão vejamos: “A determinação do domicílio do adotado menor de idade, que adquire o do adotante (CC, arts. 76 e 1.569; LICC, art. 7º, § 7º), pois se for maior ou emancipado, terá domicílio próprio e independente se viver em lugar diverso do adotante”.

Agora a análise é feita sobre os efeitos de ordem patrimonial existentes na adoção.

Como já afirmado, é certo que a Constituição de 1988 trouxe a igualdade entre os filhos, o que pode ser observado no artigo 227, §6º, e não é diferente quando o assunto é direito sucessório, pois o filho adotado é equiparado ao filho consangüíneo, não importando para a sucessão sua origem, se adotado ou

biológico, assim, na hipótese de falecimento do adotante concorre ele com o cônjuge sobrevivente como autor da herança.

Nesse sentido, o filho adotivo terá direito à herança nas mesmas condições que o filho biológico, sendo qualquer diferença ou discriminação vedada por lei.

Os pais adotivos ficam responsáveis também pela administração dos bens do filho adotivo, e isso é lógico, pois tal ato não compete à família biológica, já que essa perdeu o pátrio poder. Da mesma forma são eles responsáveis pelo sustento e educação dos adotandos enquanto menores, respondendo civilmente pelos danos a eles causados.

Importante ressaltar, ainda, que os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença de adoção e perduram infinitamente, como se houvesse entre adotante e adotando os mesmos laços sangüíneos que unem pais e filhos.

4 ASPECTOS GERAIS DA ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS

4.1 Aspectos Gerais

Neste tópico a preocupação restringe-se ao instituto da adoção por indivíduo ou casal homossexual, tema específico dessa monografia.

A adoção, como instituto que veio para solucionar casos daqueles que não podem ter filhos, é de suma importância para a sociedade, e deve ser estudado com muito cuidado.

Num primeiro momento, independentemente da orientação sexual do requerente no processo adotivo, devem ser preenchidos requisitos indispensáveis e verificados pelo juiz caso a caso, como visto anteriormente.

Dessa forma é de competência do Juiz da Vara da Infância e Juventude, onde exista tal vara, analisar o caso concreto, obedecer à lei e, é pra isso que a lei prevê o estágio de convivência. Pois a partir daí é que será feita análise detalhada dos casos levados ao Poder Judiciário.

Com todas as transformações ocorridas ao longo do século não se pode aceitar que a família seja uma instituição estática, sem mudanças e modificações, como bem afirma Gláucia Diniz (1999 p.33):

Convivemos hoje com uma pluralidade de formas conjugais e familiares. Se usarmos a opção sexual como parâmetro, os casais podem ser hetero ou homossexuais. Se um dos cônjuges está ausente, classificamos essa família como monoparental. Caso tenha havido um primeiro casamento para um ou ambos os esposos, chamamos a família de recasada ou reconstituída.

Nesse sentido, com a Constituição Federal de 1988, houve o reconhecimento de outras entidades com família e não apenas aquela decorrente do matrimônio. Assim são reconhecidas como família o lar formado por pai e filho apenas, a convivência do casal por tempo duradouro mesmo que não haja entre

eles os vínculos matrimoniais. Isso se deve às mudanças ocorridas ao longo do tempo, mudanças socioculturais, equiparação entre homem e mulher, inserção da mulher no mercado de trabalho, sua responsabilidade de também o dever de arcar com as despesas do lar enfim mudanças nos costumes de cada sociedade, mais aceitação do homossexualismo.

Porém mesmo com toda a evolução, ordenamento jurídico brasileiro não prevê a adoção por homossexuais; também não há lei que regulamente o caso, quer por desleixo de alguns, quer por temor de descontentar um segmento da sociedade contrário aos homossexuais.

Algumas questões nos vêm a cabeça, como: “O fato do adotante ser homossexual, poderá influenciar na formação intelectual, psicológica e moral do adotando? A criança poderia ter tendências homossexuais a partir dessa adoção? Seria difícil quebrar o preconceito mesmo que adoção fosse a solução para os menores abandonados?”.

E, ainda, se fosse afirmado com toda certeza e segurança que aquele adotado por casal homossexual poderia ser por esse influenciado e adquirir tendências homossexualistas, ficaria sem lógica os lares constituídos por heterossexuais onde se possa haver um filho homossexual. E mais: o que norteia principalmente o instituto da adoção é a possibilidade do indivíduo desempenhar os papéis de pai e mãe, proporcionando ao filho apoio psicológico, moral, educacional, amoroso e afetivo. Dessa forma, esse papel poderia ser desempenhado também por homossexual e negar isso seria dar “asas” ao preconceito.

Curioso é o estudo que vem sendo realizado na Califórnia desde 1970 onde foram realizados estudos sobre família não comuns, como filhos de *hippies* e de homossexuais. A conclusão foi que: “não há nada de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças. As meninas são tão femininas quanto às outras e os meninos tão masculinos quanto os demais”. (DIAS *apud* RIOCH, 2000, p. 99).

Isso mostra que, apesar de todo o preconceito ainda existente, começam a aparecer pessoas a favor da regularização das uniões homossexuais e da igualdade desses aos demais cidadãos em direitos e obrigações. É perfeitamente possível que a mãe lésbica tenha o mesmo espírito materno da mãe heterossexual.

O doutrinador Enézio de Deus Silva Junior (2007, p.86) arriscou-se ao dizer que:

Fundamenta-se a viabilidade jurídica do deferimento ao pedido de adoção, ao casal homossexual, pela adequação do ordenamento a realidade factual, a partir da analogia da convivência homoafetiva com união estável, o que amplia a eficácia do § 3º do Art. 226, CF/88, e demais dispositivos que regulamentam.

O autor supracitado mostra sua posição favorável ao reconhecimento da união homoafetiva; apesar da lei brasileira ser lacunosa nesse aspecto, não podemos ignorar que, nessa situação, deveriam ser aplicadas por analogia às regras da união estável, bem como manda o Artigo 4º¹⁶ da Lei de introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657- 4 de setembro de 1942).

Em contrapartida a tal posicionamento, a autoridade judiciária deverá realizar estudos que avaliem a vida do requerente frente à sociedade, seu comportamento, suas atitudes. E isso não é diferente quando o requerente for homossexual.

Pode ser que, ao lado da opção sexual diferenciada, o requerente possa ter vida profissional e social bastante invejável e regrada. Ou seja, é assíduo e responsável com seus compromissos e trabalhos e, não tem frente à sociedade conduta pervertida ou reprovável.

Eunice Granato (2003, p.145) acertou ao ensinar que:

Se o requerente freqüentar boates gays ou festas de embalo com nítida intenção de encontrar parceiros sexuais, muitos dos quais sub julgados ao poder corruptor das drogas; se levar pra casa homens de duvidosa conduta moral, com eles realizando, madrugada adentro, orgias e perversões sexuais; se enfim se entregar a uma vida dissoluta, o deferimento do pedido de adoção, por óbvio, não poderá receber agasalho judicial.

Assim, é preciso um estudo judicial realizado no meio em que vive o requerente da adoção, pois o escopo da lei no instituto da adoção é proporcionar à criança uma convivência familiar, amorosa, educacional e moral a seu favor.

¹⁶ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Se pensarmos nas vantagens e que os interesses do adotando se sobrepõem aos interesses do adotante, os homossexuais não podem ser excluídos do direito de adotar; desde que preenchidos os requisitos legais e analisada sua condição de vida. Nesse sentido será feito um juízo de conveniência, um juízo discricionário pelo julgador, mas nunca um juízo de arbitrariedade.

A decisão a seguir, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mostra a defesa de alguns diante dos homossexuais e seus direitos. Veja:

Ementa: ADOÇÃO. Elegibilidade admitida, diante da idoneidade do adotante e reais vantagens para o adotando. Absurda a discriminação, por questão de sexualidade do requerente, afrontando sagrados princípios constitucionais e de direitos humanos e da criança. Apelo improvido, confirmada a sentença positiva da Vara da Infância e Juventude. (Apelação Cível nº 14.979/98 – 17ª Câmara Cível. Relator: Severiano Aragão, 21/01/99)

Outro exemplo da tendência à aceitação ao tema “homossexualismo” foi o caso prático da cantora Cássia Eller.

Foi algo inédito no Brasil: a justiça brasileira, pela primeira vez, concedeu a guarda de uma criança à companheira da mãe falecida, em detrimento do avô materno que lutava pelo poder familiar no judiciário.

A guarda do menor, Francisco, filho de Cássia Eller, que na época do falecimento da mãe contava com sete anos de idade foi disputada pela companheira de Cássia, Maria Eugênia Vieira Martins e o avô do menor Sr. Altair Eller. O juiz Leonardo de Castro Gomes, da 1ª Vara da Infância e Juventude, do Rio de Janeiro entendeu ser Maria Eugênia a melhor pessoa para criar e educar Francisco Ribeiro Eller, conhecido pelos familiares e pela imprensa como “Chicão”.

O pai de Cássia disse, desde o começo, que iria lutar pela guarda do neto. Porém suas atitudes foram repreendidas pelos familiares, pois o que se sabe é que o avô do menino matinha uma relação distante da família desde a separação com a mãe de Cássia; e que havia encontrado Chicão apenas três vezes.

Com o passar do tempo e depois de todas as audiências realizadas, o Sr. Altair afirmou que seria covardia de sua parte retirar o menor de Maria Eugênia, haja vista que a criança já a considerava como mãe e como família.

Relatos daqueles que conheciam o casal homossexual, Maria Eugênia e Cássia Eller, afirmam que a companheira de Cássia sempre foi a mais delicada, auxiliava na educação de Chico, freqüentava reuniões escolares e, assim, tornou-se “mãe” no menino.

Sobre o assunto João Batista Vilela (2004 p.13) afirmou que: “é uma decisão inédita no país, o suposto caráter inédito estaria na circunstância de que as companheiras mantinham um relacionamento homossexual”.

E ainda reforçou seu posicionamento da seguinte forma: “Não é a preferência sexual do guardião ou guardiã que o juiz se funda para atribuir a guarda e sim, nas qualidades morais e nas possibilidades matérias de quem a pretenda”.

Por fim o juiz da causa decidiu por bem deferir a guarda da criança á Maria Eugênia por ser ela a pessoa mais apropriada para sua criação e educação. Levou-se em consideração o tempo de convivência entre Eugênia e Chicão, sua afetividade com o menino, sua educação e outros fatores que convenceram o julgador a deferir a guarda. E ainda, por mais que do lado oposto estivesse o avô da criança, seria totalmente injusto que ele ganhasse a causa, pois, como já dito, Altair Eller mal teve contato com o neto.

Assim, apesar de tema polêmico e de bastante resistência por parte da sociedade, é preciso que o jurista e legislador analisem as questões ora controvertidas de forma civilista, deixando de lado regras puramente religiosas e a posição de sociedade estática. E apenas assim, encarando a realidade de fato é que será possível tornar o homossexual sujeito de direito como os demais.

4.2 União Homoafetiva

A expressão “concubinato” foi substituída pela Constituição Federal pelo termo “União Estável”. Isso porque a palavra concubinato trazia consigo a idéia de devassidão; a mulher concubina era considerada prostituta, a amante que se deitava com vários homens.

Mesmo com a mudança de termo, o sentido da expressão continua o mesmo. União Estável, em simples palavras, é a união livre e duradoura existente entre homem e mulher.

A idéia da união estável refere-se basicamente à união entre homem e mulher não ligados pelo matrimônio; porém os que vivem sob esse regime devem ter entre si os mesmos tratos e afetividade dos casados.

Como já dito anteriormente, a Magna Carta, reconheceu como entidade familiar, não apenas aquela decorrente do matrimônio, mas também, a união estável e as famílias monoparentais.

O que interessa em relação ao tema estudado é que, tanto para o casamento, quanto para a união estável, a lei exige para a sua caracterização a diversidade de sexo.

O parágrafo 3º do Artigo 226 da Constituição Federal não deixa dúvidas quando diz que: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

A partir da redação do referido artigo é que se conclui que a dificuldade em se reconhecer à união homoafetiva se dá em razão da diversidade de sexo exigida pela Lei Maior. Mesmo que a união seja duradoura, estável, com propósito de constituir família, ainda há dificuldade em reconhecê-la. E mais; alguns dizem que a união entre pessoas do mesmo sexo seria inútil, pois a finalidade da entidade familiar seria a procriação, o que, obviamente não ocorre na união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A doutrinadora Fernanda de Almeida Brito (2000, p.40), em análise feita ao Artigo 226 §3º da Constituição Federal concluiu que:

Em razão do óbice constitucional, o relacionamento de pessoas do mesmo sexo está fadado, sob o ponto de vista jurídico, à submissão ao regime jurídico das sociedades civis, tal como era o regramento jurídico da união estável antes do advento da atual Carta Magna.

O fato é que o direito brasileiro não trata do assunto. Alguns até arriscam dizer que deveriam ser aplicadas à união homoafetiva, as mesmas regras

da união estável, ou, como a autora acima citada, deveria seguir o regramento da sociedade civil. Mas isso ainda não foi colocado em prática. Os aplicadores do direito e a sociedade ainda se sentem intimidados com a possibilidade de regulamentação da união homoafetiva.

Mesmo com toda evolução da sociedade, estudada anteriormente, e com toda mudança de costumes e pensamentos, a verdade é que ainda existe preconceito, mesmo que o princípio da igualdade esteja consagrado na Lei Maior do país.

Débora Brandão (2002, p.80) ensina que:

Parte da doutrina vem se posicionando no sentido da inconstitucionalidade do tratamento conferido as relações entre pessoas do mesmo sexo, seja porque o tratamento é discriminatório e a Constituição Federal veda qualquer atitude discriminatória em função de sexo, seja invocando o princípio constitucional da igualdade, sob o manto de que uniões entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes devem receber o mesmo tratamento.

Apesar de todo o preconceito e repúdio à união homossexual, ela deve ser encarada como uma realidade existente na sociedade. E, toda ação que traga em si valor e relevância para o direito é digna de proteção e regulamentação e isso não é diferente com os homossexuais.

É certo que a base da família é a afetividade; não se pode exigir de um individuo que ele sinta afeto e carinho apenas por pessoas do sexo oposto. Exigir isso seria dar espaço para o preconceito tomar conta de toda sociedade, que, a todo momento, é passível de evolução.

Se a afetividade norteia todas as relações familiares existentes, não se pode ignorar que norteará também o relacionamento homoafetivo, portanto merece proteção especial do Estado.

Negar regulamentação às uniões homoafetivas seria afirmar que só podem ser constituídas famílias entre pessoas de sexos opostos, ou seja, uma imposição; ferindo até mesmo o princípio da liberdade, da dignidade e da liberdade sexual da pessoa. Tais princípios serão estudados adiante.

4.3 Princípios e Garantias Constitucionais

A Constituição Federal, ao tratar dos direitos e garantias individuais e coletivos, estabeleceu no Artigo 5º a seguinte redação:

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 a propriedade nos seguintes termos:

I- Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos dessa Constituição.

Já as disposições que tratam dos direitos relativos à família, no Artigo 226, caput e parágrafo 3º, deixam clara a exigência de sexo oposto para a caracterização do casamento e da união estável.

Ora, o mesmo Artigo 5º da Constituição estabelece como garantia fundamental a igualdade entre todos, porém tanto preconceito e repúdio inibiram o legislador e, dessa forma, não tratou sobre a possibilidade dos casais homossexuais como entidade familiar. E mais, a legislação em momento algum disse expressamente ser proibida a união entre indivíduos do mesmo sexo.

Conclui-se, então, que a adoção não está expressamente proibida por lei, pois nada há a respeito do tema, devendo, dessa forma, serem respeitados os princípios básicos da Constituição Federal e o bom senso.

As normas jurídicas devem acompanhar a evolução sociocultural e dos costumes, mas, mesmo assim, hoje, no ordenamento jurídico, não há regulamentação do homossexualismo como entidade familiar; o ideal então seria ajustar o direito à realidade social. O direito de família, estabelecido na Constituição Federal deve ser interpretado de modo a reconhecer novas entidades familiares; já que o direito não é um sistema estático, ele muda conforme a sociedade.

O escritor Luis Carlos de Barros Figueiredo (2001, p. 72) faz importante colocação quando diz que:

As normas relativas à família, embora também protegidas pela supremacia constitucional, representam o pensamento médio de 1988 de certa forma ainda atual no início do século XXI. Mas podem ser perfeitamente objeto de modificação posterior. Não era factível, a época, se cogitar casamento de pessoas do mesmo sexo, ou reconhecer tais uniões como entidade familiar.

Assim, o que se percebe é que tanta discriminação causou no legislador brasileiro o abandono e o descaso do assunto referente aos casais homossexuais como sujeitos de direitos.

A solução de litígios que envolvam homossexuais encontra barreiras na ausência legislativa e na chamada “homofobia”, que, nos dizeres de Enézio de Deus Silvia Junior (2007, p. 152) significa: “sentimento de aversão é orientação homoessencial, que se constata socialmente”. E, por conseqüência, os participantes do Congresso Nacional que possuem o poder de criação de leis, acabam deixando de lado o preceito de igualdade e justiça da Magna Carta; estabelecido no seu Artigo 3º, inciso I.

O ordenamento jurídico traz o princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional. Veja redação do Artigo 126, 1º parte do CPC que diz: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei”.

No mesmo sentido há ainda o Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil diz: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Dessa forma, esse dispositivo traz soluções para os casos em que haja ausência legislativa e essas soluções podem ser buscadas nos institutos da analogia, dos costumes e nos princípios gerais do direito.

Pode-se afirmar, então, que, mesmo que não haja norma específica para casos que envolvam o instituto da adoção, de um lado, e, de outro, o casal homossexual, o juiz pode e deve aplicar a lei com em qualquer outro caso. Até mesmo porque, ele, como aplicador da lei, não pode se negar a prestar a tutela jurisdicional. E mais, faz isso com base nos princípios e no Artigo 4º, acima citado.

A norma jurídica não veda e nem proíbe expressamente a adoção por homossexual, assim como o juiz não pode se negar a julgar; deve recorrer a algum meio para prestar solução ao caso seja por analogia, seja pelos princípios fundamentais. O que não pode ocorrer, é que não seja dada solução ao caso por

ausência de normas, pois todos os cidadãos merecem e tem direito a uma proteção jurisdicional efetiva e segura.

O princípio da igualdade, por sua vez, torna inconstitucional qualquer tipo de preconceito, sob o pretexto de que a homossexualidade não faz parte da 'normalidade'. Já que o Brasil se constitui "Estado Democrático de Direito"; todos devem ser tratados de maneira igual em seus direitos e deveres, e a ausência legislativa dos direitos das minorias caracteriza preconceito e desleixo.

O fato é que, se a inibição do legislador se dá pelos dogmas e orientações religiosas, o Estado nada tem a ver com isso e deve tratar seus cidadãos com igualdade. É o que manda o texto constitucional no Artigo 5º: "iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

A partir do momento em que é indeferida a adoção requerida por homossexual, está claro o pré-julgamento, ou seja, o fato do indivíduo relacionar-se com pessoas do mesmo sexo se torna decisivo para o procedimento adotivo, caracterizando-se, assim, o preconceito.

O direito à proteção jurisdicional só será efetivo, quando membros das casas legislativas, compreenderem que sua atuação deve ser de acordo com a igualdade e democracia; e não em concordância com influências religiosas ou de qualquer outro tipo.

Nesse contexto pode-se citar o Artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê: "A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotado e fundar-se em motivo legítimo". Veja-se importante jurisprudência sobre o assunto:

Homossexuais. União Estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais esculpido na Constituição Federal, que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto a união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preconceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (Ap. Cív. 598362655 – 8ª Câmara Cível – TJRS – Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade – em 10.03.2000)

Apesar de ainda existir o preconceito e a discriminação quanto as relações homoafetivas; já se vê a tendência de alguns magistrados em aplicar as normas jurídicas à realidade de fato, garantindo proteção aos homossexuais, que hoje são considerados 'minorias', como mostra jurisprudência acima.

Mas hoje, por não haver unanimidade a favor das relações homossexuais e ainda ausência legislativa, a realidade é outra; são inúmeras as crianças abandonadas e casais com desejo de adotá-las, mas que, infelizmente, encontram barreiras, seja por falta de normas, seja pelo preconceito ainda existente.

Fechar os olhos para os problemas da sociedade não é a solução! A lei é destinada a todos, inclusive àqueles que possuem opção sexual diferenciada; negar direitos seria ir contra o próprio objetivo do estado democrático de direito, qual seja, construir uma sociedade livre e justa.

A sociedade livre e justa à que se refere traz consigo a idéia de harmonia entre seus cidadãos e aproximação entre as pessoas; e, repelindo os homossexuais ou negando-lhes direito de exercer a maternidade ou a paternidade, de distribuir e receber afeto, jamais esse objetivo será alcançado.

No mesmo sentido a doutrinadora acima citada diz (Fernandes, 2004, p.149):

O homem, por ser livre, tem que ter autonomia para assumir e exercer essa orientação sexual, que, aliás, não pode reprimir, e é injusto que alguém seja repelido ou perseguido por isso. Já que a liberdade em todas as dimensões é bem supremo.

A conclusão que se chega é que, dentro da Magna Carta presente está o preconceito. Veja: se a lei é para todos, sem distinção de raça, cor, sexo e o objetivo do país é construir uma sociedade livre e justa, a exigência de sexo oposto para caracterizar uma entidade familiar não seria discriminação?!

O professor Celso Antonio Bandeira de Mello (1999, p.128) ao tratar do principio da igualdade ensina que:

A lei não deve ser fonte de privilégios e perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita equitativamente todos os cidadãos,

impossibilitando a ordem jurídica as desequiparações fortuitas ou injustificadas.

Não podemos ignorar que os homossexuais fazem parte da classe minoritária em nosso país, mas isso não pode dar espaço ao descaso, ao tratamento diferenciado, ao desleixo por parte do julgador e da sociedade.

Além de todos os princípios constitucionais fundamentais; há ainda outra garantia: o “acesso à justiça”. É necessário que a classe homossexual tenha direito a um processo justo e à melhor aplicação da lei e que o juiz se posicione de acordo com as mutações da sociedade.

Nesse sentido Paulo César Santos Bezerra (2001, p. 203) afirma que “O novo juiz deve se soltar das amarras. Há de se recuperar a capacidade de indignação. Indignação diante da exclusão social de milhões de semelhantes, diante da persistência de preconceitos e discriminações.

O justo e ideal é que sejam usados critérios de proporcionalidade, ou seja, os benefícios da adoção para o adotando deixando de lado a sociedade rígida e conservadora.

O mesmo autor acima citado (Bezerra, 2001, p. 224) orienta: “quando a legislação está em descompasso com a realidade social deve o juiz interpretá-la de forma a conformá-la com essa última”.

Está aberta a possibilidade de criação jurisprudencial, para garantir o acesso à ordem jurídica justa e que seja útil aos homossexuais; posto que o direito não precisa estar literalmente escrito e uma aplicação analógica poderia levar ao deferimento da adoção.

E mais, o indeferimento da adoção por impossibilidade jurídica do pedido, seria desconsiderar que o juiz possa realizar uma interpretação justa através do critério analógico. Além de discriminar, seria julgar impossível que duas pessoas do mesmo sexo possam se amar e desejam exercer os sentimentos de maternidade e paternidade.

4.4 Comentários ao Projeto de Lei nº 1.151/95

O projeto de Lei nº 1.1151/95, apresentado pela Deputada Marta Suplicy, merece destaque, pois trouxe à tona o tema “homossexualismo” que estava escondido em meio à sociedade conservadora.

O objetivo desse projeto era o reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo e outros direitos a serem regulamentados.

O reconhecimento da parceria civil seria feito pela confecção de um contrato, onde ficariam registrados os impedimentos, obrigações, mas seu efeito é condicionado ao registro no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

Instalou-se uma Comissão especial para análise e votação desse projeto, que tinha como Presidente a Deputada Maria Elvira e relator o Deputado Roberto Jefferson.

Apesar do aludido projeto ter tido como objetivo proporcionar direitos ao homossexual, houve também algumas restrições.

A parceria civil homoafetiva não teria *status* de casamento, não autorizaria a utilização do sobrenome do parceiro e, ainda, o mais importante para este tema: não autorizaria a adoção.

A comissão especial, em votação de 11 votos contra 5, aprovou o Projeto de Lei na forma de seu Substituto e, com isso, houve acréscimo e melhora de alguns dispositivos.

Esse projeto significa um grande avanço, beneficiando os casais homossexuais que desejam registrar sua união. Mas, desde que o Substituto foi aprovado, a votação em plenário vem sendo adiada por resistência das bancadas religiosas e conservadoras.

O Artigo 1º assegura a dois indivíduos do mesmo sexo, a possibilidade de ter sua “parceria civil registrada” assim existente no mundo de fato e jurídico como realidade e não como união a ser ignorada.

Em suma, o projeto propõe: direito à herança, benefícios previdenciários, declaração conjunta de imposto de renda, renda conjunta para compra de imóvel e seguro-saúde conjunto.

Como forma de extinção da parceria, o projeto trouxe no seu Artigo 4º: a morte de um dos contratantes, a extinção mediante decretação judicial e o término do contrato de forma consensual, que deveria ser homologado pelo juiz.

É possível também, a rescisão de forma unilateral, desde que haja infração às regras do contrato ou haja, por parte dos contratantes, desinteresse na relação. (Artigo 5º)

Importante destacar que o *caput* do Artigo 3º conferiu ao contrato caráter solene, exigindo, para sua eficácia, o registro em Cartório e que seja livremente pactuado.

Por fim, apesar do projeto não falar a respeito da adoção por casais homossexuais, sua aprovação quebraria as barreiras existentes no Congresso Nacional e, dessa forma, seriam dados os primeiros passos em busca da igualdade plena e, finalmente, a adoção seria deferida aos homossexuais.

5 CONCLUSÃO

Os indivíduos devem ser livres para exercer suas crenças religiosas, seus valores morais, seus gostos e, da mesma forma, sua preferência sexual, sem que essa preferência seja objeto de crítica ou preconceito.

A homossexualidade não pode ser encarada como doença ou como algum tipo de distúrbio mental; é um modo de ser e a manifestação sexual do indivíduo deve ser respeitada.

Se duas pessoas do mesmo sexo constituíssem uma união, esta seria respeitável, firmada com laços afetivos que não podem ser ignorados pelo legislador; para tal deveria haver regulamentação, inclusive em matéria de adoção.

A preferência sexual do indivíduo não pode servir de desculpas ao indeferimento da adoção, sob pena de estar caracterizado o preconceito, essa sim doença da pior espécie.

Com a ausência legislativa, devem ser aplicadas aos homossexuais as mesmas regras concernentes à união estável entre heterossexuais, haja vista que o sentimento de afeição é o mesmo, e é esse sentimento a principal base da família.

O fato é que uma sociedade livre e justa, com base na democracia, não pode atingir seus objetivos enquanto estiverem presentes o preconceito e a discriminação.

As normas jurídicas nada dizem com relação à adoção por homossexuais, mas também não a proíbem e, nesse sentido, poder-se-ia afirmar que é possível, sim, o seu deferimento.

Afirmar a impossibilidade jurídica do pedido de adoção por homossexuais é desconsiderar que o magistrado possa julgar de acordo com a realidade. As normas devem acompanhar os valores da sociedade, o direito não pode de maneira nenhuma ser instrumento estático. As normas mudam ou pelo menos deveriam mudar, conforme se mudam as relações a serem reguladas por elas.

O ideal, então, seria que todos, sem exceção, deixassem de lado o preconceito e agissem com respeito e compaixão ao próximo, independente de sua preferência sexual.

A pessoa homossexual, em sua essência, é como outra qualquer e deve ser tratada com o respeito que merece como ser humano.

A conclusão à que se chega, é que os princípios trazidos pela Lei Maior do país são desrespeitados facilmente e que a justiça se torna ineficaz para alguns; que vêem seus direitos usurpados por conta de sua preferência sexual.

É preciso preponderar duas realidades: crianças sem família e sem vida digna e pais homossexuais aptos a exercerem os sentimentos de paternidade e maternidade.

Diante desse quadro, os operadores do direito não podem permanecer estáticos; é preciso que se tomem soluções para que todos sejam, de forma verdadeira e real, iguais perante a lei e que tenham o mesmo direito à proteção efetiva do Estado.

Importante ressaltar, ainda, que nosso ordenamento Jurídico não proíbe a adoção por pessoa solteira, mas em se tratando de casal homossexual ela é indeferida por falta de regulamentação expressa. Porém a lei não proíbe expressamente esse tipo de adoção, o que se espera é que seja levada em consideração a intenção do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, que a adoção seja deferida levando em conta os interesses do menor.

Infelizmente o preconceito ainda é a principal barreira para os homossexuais. Enquanto o preconceito não for quebrado e a sociedade aceitar que se deve conviver com as diferenças, teremos cada vez mais injustiças e pessoas desprovidas de seus direitos e, como consequência lógica desse quadro, mais crianças abandonadas, sem lar, sem educação, sem alimentos, sem moradia, sem lazer, sem carinho, sem afeto, sem amor e mais pessoas, seres humanos, gente, frustrados em seus desejos e expectativas de exercer a paternidade ou a maternidade, simplesmente porque o direito não aceita, ou não quer ver, o que existe na sociedade desde que o mundo é mundo.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Aberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRANDÃO, Débora Vanessa Cáus. **Parcerias Homossexuais** - Aspectos Jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos**. São Paulo: Ltr, 2000.

CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOURADO, Luiz Ângelo. **Homossexualismo e Delinqüência**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões Homossexuais**. São Paulo: Método, 2004.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para Homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2004.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

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

LACERDA, Galeano. **Direito de Família: Conflitos conjugais e sociedade de fato.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LAGRASTA NETO, Caetano. **Direito de Família. A família no final do século XX.** São Paulo: Malheiros, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos.** Rio de Janeiro. Forense, 2005.

MELLO, Celso Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros, 1999.

MONTEIRO, Sônia Maria. **Aspectos novos da adoção.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado.** São Paulo: Saraiva, 1996.

OLIVEIRA, Leoni Lopes. **Guarda, tutela e adoção.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual – A Homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Maria Villela Souto Lopes. **A adoção na Constituição Federal, o ECA e os estrangeiros.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Othon Zei Amaral. **Da adoção.** São Paulo: Bestbook, 1998.

SILVA, Américo Luís Martins. **A evolução do Direito e a realidade das uniões sexuais.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 1998.

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

SZNICK, Valdir. **Adoção**: direito de família, guarda de menores, tutela, pátrio poder, adoção internacional. São Paulo: Universitária de Direito LTDA, 1999.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos psicológicos da adoção**. Curitiba: Juruá, 2004.

ANEXOS

ANEXO A - PROJETO DE LEI Nº 1.151, DE 1995

PROJETO DE LEI Nº 1.151

Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais assegurados nesta Lei.

Art. 2º - A união civil entre pessoas do mesmo sexo constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro de Pessoas Naturais.

§ 1º - Os interessados e interessadas comparecerão perante os oficiais de Registro Civil exibindo:

I - prova de serem solteiros ou solteiras, viúvos ou viúvas, divorciados ou divorciadas;

II - prova de capacidade civil plena;

III - instrumento público de contrato de união civil.

§ 2º - O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de união civil.

Art. 3º O contrato de união civil será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado. Deverá versar sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Parágrafo único - Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação do patrimônio comum.

Art. 4º - A extinção da união civil ocorrerá:

I - pela morte de um dos contratantes;

II - mediante decretação judicial.

Art. 5º - Qualquer das partes poderá requerer a extinção da união civil:

I - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II - alegando desinteresse na sua continuidade.

§ 1º - As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção da união civil.

§ 2º - O pedido judicial de extinção da união civil, de que tratam o inciso II e o § 1º deste artigo, só será admitido após decorridos 2 (dois) anos de sua constituição.

Art. 6º - A sentença que extinguir a união civil conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no instrumento público.

Art. 7º - O registro de constituição ou extinção da união civil será averbado nos assentos de nascimento e casamento das partes.

Art. 8º É crime, de ação penal pública condicionada à representação, manter o contrato de união civil a que se refere esta lei com mais de uma pessoa, ou infringir o § 2º do art. 2º

Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Art. 9º - Alteram-se os artigos da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art. 33 - Haverá em cada cartório os seguintes livros, todos com trezentas folhas cada um:

(...)

III - B - Auxiliar - de registro de casamento religioso para efeitos civis e contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

35 - dos contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo que versarem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de união civil entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro."

Art. 10 - O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de união civil com pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 11 - Os artigos 16 e 17 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 16 (...)

§ 3º. Considera-se companheiro ou companheira a pessoa que, sem ser casada, mantém com o segurado ou com a segurada, união estável de acordo com o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, ou união civil com pessoa do mesmo sexo nos termos da lei.

Art. 17 (...)

§ 2º. O cancelamento da inscrição do cônjuge e do companheiro ou companheira do mesmo sexo se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado".

Art. 12 Os artigos 217 e 241 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 217. (...)

c) a companheira ou companheiro designado que comprove a união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

(...)

Art. 241. (...)

Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove a união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei."

Art. 13 - No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham a união civil com pessoa do mesmo sexo.

Art. 14 - São garantidos aos contratantes de união civil entre pessoas do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão regulados pela Lei nº 8.971, de 28 de novembro de 1994.

Art. 15 - Em havendo perda da capacidade civil de qualquer um dos contratantes de união civil ente pessoas do mesmo sexo, terá a outra parte a preferência para exercer a curatela.

Art. 16 - O inciso I do art. 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113. (...)

I - ter filho, cônjuge, companheira ou companheiro de união civil ente pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira".

Art. 17 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18 - Revogam-se as disposições em contrário.

ANEXO B – Substitutivo ao projeto de lei nº 1.151/95

PROJETO DE LEI Nº 1.151/95

Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil registrada, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais assegurados nesta Lei.

Art. 2º - A parceria civil registrada constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais na forma que segue.

§ 1º - Os interessados comparecerão perante os oficiais de Registro Civil, apresentando os seguintes documentos:

I – declaração de solteiros, viúvos ou divorciados;

II - prova de capacidade civil absoluta, mediante apresentação de certidão de idade ou prova equivalente;

III - instrumento público de contrato de parceria civil.

§ 2º – Após a lavratura do contrato, a parceria civil deve ser registrada em livro próprio no Registro Civil de Pessoas Naturais.

§ 3º - O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de parceria civil registrada.

Art. 3º - O contrato de parceria civil registrada será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado e versando sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

§ 1º - Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação de patrimônio comum.

§ 2º – São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, ou mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

Art. 4º - A extinção da parceria civil ocorrerá:

I - pela morte de um dos contratantes;

II - mediante decretação judicial.

III – de forma consensual, homologada pelo juiz.

Art. 5º - Qualquer das partes poderá requerer a extinção da parceria registrada:

I - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II - alegando desinteresse na sua continuidade.

Parágrafo único - As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção de sua parceria registrada.

Art. 6º - A sentença que extinguir a parceria civil conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no contrato.

Art. 7º – É nulo de pleno direito o contrato de parceria registrada feito com mais de uma pessoa ou quando houver infração ao § 2º do artigo 2º desta lei.

Parágrafo único – Ocorrendo a infração mencionada no *caput*, seu autor comete o crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do artigo 299 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 8º - Alteram-se os arts. 29, 33 e 167 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

“Art. 29 – Serão registrados no registro civil de pessoas naturais:

(...)

IX – os contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

§ 1º – Serão averbados:

(...)

g) a sentença que declarar a extinção da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33 - Haverá em cada cartório os seguintes livros:

(...)

III - E – de registro de contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

35 - dos contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo que versen comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro."

Art. 9º - O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada entre pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 10 – Registrado o contrato de parceria civil de que trata esta Lei, o parceiro será considerado beneficiário do Regime Geral de previdência Social, na condição de dependente do segurado.

Parágrafo único – A extinção do contrato de parceria implica o cancelamento da inscrição a que se refere o *caput* deste artigo.

Art. 11 – O parceiro que comprove a parceria civil registrada será considerado beneficiário da pensão prevista no art. 217, I, da Lei n. 8112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 12 - No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo.

Art. 13 - São garantidos aos contratantes de parceria civil registrada com pessoas do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições.

I – o parceiro sobrevivente terá direitos, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada, ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, se não houver filhos deste;

II – o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora não sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendente e ascendente, o parceiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança;

IV – se os bens deixados pelo autor da herança resultar de atividade em que haja a colaboração do parceiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 14 – O art. 454 da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, passa a vigorar acrescido do § 3º, com a redação que se segue, passando o atual § 3º a § 4º:

“Art. 454 - (...)

§ 1º - (...)

§ 2º - (...)

§ 3º – Havendo parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, a esta dará a curatela”.

Art. 15 - O art. 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113 - (...)

(...)

VI – ter contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira".

Art. 16 – É reconhecido aos parceiros o direito de composição de rendas para aquisição da casa própria e todos os direitos relativos a plano de saúde e seguro de grupo.

Art. 17 – Será admitida aos parceiros a inscrição como dependentes para efeitos de legislação tributária.

Art. 18 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 19 - Revogam-se as disposições em contrário.

Sala da Comissão, em 10 de dezembro de 1996..