

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

FABIO BORGES

**ADOÇÃO NA FAMÍLIA HOMOAFETIVA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA A PARTIR DAS DECISÕES DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA/RS E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2016

FABIO BORGES

**ADOÇÃO NA FAMÍLIA HOMOAFETIVA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA A PARTIR DAS DECISÕES DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA/RS E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Drª Marli Marlene Moraes da Costa

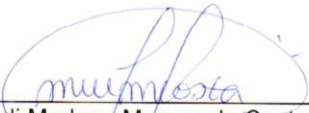
Santa Rosa
2016

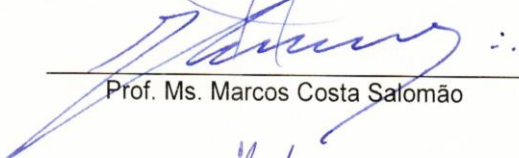
FABIO BORGES

**ADOÇÃO NA FAMÍLIA HOMOAFETIVA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA A PARTIR DAS DECISÕES DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA/RS E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora


Prof.^a Pós-Dr.^a Marli Marlene Moraes da Costa – Orientadora


Prof. Ms. Marcos Costa Salomão


Prof.^a Dr.^a Márcia Adriana Dias Kraemer

Santa Rosa, 30 de novembro de 2016.

DEDICATÓRIA

À minha família, com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, ao meu amor, Jeovana e aos meus amigos, por me apoiarem nesta longa jornada e pelos bons conselhos nos momentos difíceis. À minha 'fiel escudeira', Espoleta. Aos professores da Fema, que durante esta jornada de 5 anos fizeram todo o possível para transmitir seus conhecimentos. A todos, os meus mais sinceros agradecimentos.

“O período de maior ganho de conhecimento e experiência é o período de maior dificuldade na vida de cada um.”
Dalai Lama

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como tema a adoção homoafetiva, em uma análise do princípio do melhor interesse da criança a partir das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça. Tem por objetivo principal demonstrar como os tribunais têm-se posicionado frente aos pedidos de adoções de crianças e adolescentes, envolvendo casais homoafetivos, de forma a garantir o princípio do melhor interesse da criança. A problemática da presente pesquisa se dá em como, pela falta de legislação vigente que autorize expressamente a adoção por casais homoafetivos, os tribunais de justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça tem proferido suas decisões, de modo que o princípio do melhor interesse da criança seja respeitado. Para alcançar os objetivos deste estudo, a pesquisa será teórica, com embasamento em livros, artigos científicos e jurisprudências, com método de abordagem hipotético-dedutivo, partindo de estudos sobre a Doutrina da Proteção Integral no Ordenamento Jurídico brasileiro. Para uma melhor compreensão acerca do assunto, o trabalho é dividido em três capítulos, sendo que, no primeiro, a pesquisa será voltada para o estudo da proteção integral no ordenamento jurídico brasileiro, passando pelo Direito Constitucional ao afeto e à convivência familiar e ao princípio do melhor interesse da criança com base na Lei 8.069/1990 e na Lei 12.010/2009. O segundo capítulo partirá dos estudos que relatam como são as famílias romanas e sua evolução até a sociedade contemporânea, demonstrando as suas entidades familiares e a proteção na Constituição Federal de 1988, finalizando com a questão do afeto na multiparentalidade à família homoafetiva. No terceiro capítulo, abordar-se-ão os posicionamentos de jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça, quando concedem à criança as possibilidades de ser adotada e constituir um lar, que lhe dê proteção e afeto, por casal homoafetivo, respeitando sempre o princípio do melhor interesse da criança. Finaliza-se o capítulo com o estudo das fundamentações das decisões analisadas. Por meio dos estudos realizados e das decisões pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo Superior Tribunal de Justiça, torna evidente que ainda há muitos obstáculos para um casal homoafetivo conseguir adotar uma criança, dentre os quais destaca-se principalmente o preconceito, a relutância em permitir que uma criança seja adotada por homossexuais, acreditando por vezes que tal adoção afetará no desenvolvimento da criança.

Palavras-chave: Adoção – Princípio do Melhor Interesse – Casais Homoafetivos.

ABSTRACT

This Course Conclusion Paper has as its theme homoaffective adoption, in an analysis of the principle of the best interest of the child based on the decisions of the Court of Justice of Rio Grande do Sul and the Superior Court of Justice. Its main objective is to demonstrate how the courts have positioned themselves before the requests for adoption of children and adolescents, involving homoafetive couples, in order to guarantee the principle of the best interest of the child. The problem of this research is that, due to the lack of legislation in force that expressly authorizes adoption by homosexual couples, the courts of Rio Grande do Sul and the Superior Court of Justice have rendered their decisions, so that the principle of Best interests of the child is respected. In order to achieve the objectives of this study, the research will be theoretical, based on books, scientific articles and jurisprudence, using a hypothetical-deductive method, starting from studies on the Doctrine of Integral Protection in Brazilian Legal Order. For a better understanding of the subject, the work is divided into three chapters. In the first one, the research will focus on the study of integral protection in the Brazilian legal system, passing Constitutional Law to family affection and coexistence and to the principle Of the best interest of the child based on Law 8.069 / 1990 and Law 12.010 / 2009. The second chapter will be based on studies that describe how Roman families are and their evolution to contemporary society, demonstrating their family entities and protection in the Federal Constitution of 1988, ending with the issue of affection in the multiparentality of the homoaffective family. In the third chapter, the case-law positions of the Court of Justice of Rio Grande do Sul and the Superior Court of Justice will be addressed, when they grant the child the possibilities of being adopted and constitute a home that gives him protection and affection, By homoeffective couple, always respecting the principle of the best interest of the child. The chapter ends with the study of the bases of the decisions analyzed. Through the studies and decisions made by the Court of Justice of Rio Grande do Sul and the Superior Court of Justice, it becomes clear that there are still many obstacles for a homosexual couple to adopt a child, among which the most important is prejudice, The reluctance to allow a child to be adopted by homosexuals, believing at times that such adoption will affect the development of the child.

Keywords: Adoption - Principle of the Best Interest - Homoaffective Couples.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CRFB – Constituição Federal

Des. – Desembargador (a)

ed. – Edição

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

FEBEM – Fundação Estadual do Bem Estar do Menor

FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis

FUNABEM – Fundação Educacional do Bem Estar do Menor

Inc. - Inciso

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

p. – Página

MP – Ministério Público

nº - Número

ONU – Organização das Nações Unidas

REsp. – Recurso Especial

RS – Rio Grande do Sul

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SAM – Serviço de Assistência ao Menor

TJ/RS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

§ - Parágrafo

§§ - Parágrafos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA A PARTIR DA TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....	12
1.1 A TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO....	13
1.2 DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO AFETO E A CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA	20
2 DA HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	32
2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	32
2.2 AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES E SUA PROTEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	37
3 ANÁLISE DAS DECISÕES DO TJ/RS E DO STJ NOS CASOS DE ADOÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS.....	44
3.1 ANÁLISE DAS DECISÕES DO TJ/RS	45
3.2 ANÁLISE DAS DECISÕES DO STJ.....	55
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso versa sobre o tema da multiparentalidade, em especial, da homoafetividade no que tange a adoção, com base na Constituição Federal de 1988 e na decisão do STF, como também em análises doutrinárias e de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), a partir do princípio do melhor interesse da criança.

Dessa maneira, a problemática aborda na seguinte pesquisa, a posição do TJ/RS e do STJ frente às lides processuais, envolvendo adoções por casais homoafetivos a fim de garantir o princípio do melhor interesse da criança.

O trabalho tem por objetivo geral analisar o posicionamento dos tribunais nos casos de adoções realizadas por casais homoafetivos, pois tendo em vista que não há regulamentação jurídica específica para adoções por casais de pessoas do mesmo sexo, como forma de contribuir com o estudo sobre este tema que gera inúmeras polêmicas, sendo de grande relevância no atual cenário nacional.

Ainda, analisar-se-á a possibilidade da adoção por casais homoafetivos baseado no princípio do melhor interesse da criança, trazendo para a pesquisa o posicionamento do TJ/RS e STJ.

O trabalho tem como objetivo específico analisar o princípio do melhor interesse da criança com base na Constituição Federal de 1988 e nas leis 8.069/1990 e 12.010/2009, a partir da Teoria da Proteção Integral, passando a estudar a história e evolução do conceito de família e os novos modelos de entidades familiares e por fim verificar o posicionamento do TJ/RS e do STJ sobre decisões envolvendo adoção por casais homoafetivos de forma a garantir o princípio do melhor interesse da criança.

Tem como hipótese se as decisões do TJ/RS e do STJ atendem ao princípio do melhor interesse da criança, considerando que estão alicerçadas em princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade e o da não discriminação.

A questão da adoção por famílias homoafetivas foi escolhida, por se tratar de um assunto de grande relevância no âmbito da relação familiar atual, o qual instiga o

pesquisador a analisar os novos conceitos em sua busca pelo reconhecimento de modo que lhes seja possível a adoção, pois, o principal elo de ligação de tais entidades familiares, são os laços de afeto.

A pesquisa será teórica, com base no estudo de doutrinas e análises de jurisprudências do TJ/RS e STJ. O método de abordagem será hipotético-dedutivo, pois há a elaboração do problema consistente em verificar a aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança em casos concretos de adoção por casais homoafetivos.

No primeiro capítulo, a pesquisa será voltada para a Teoria da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro, desde o Código de Mello Mattos, de 1927 até a promulgação do Estatuto da Criança e Adolescente, em 1990. Após será estudado o Direito Constitucional ao afeto, à convivência familiar e ao princípio do melhor interesse da criança com base na Lei 8.069/1990 e na Lei 12.010/2009.

Para que se tenha melhor entendimento deste, o segundo capítulo abordará a história da família no Direito brasileiro, desde seu conceito na Era Romana até a contemporaneidade, analisando as novas entidades familiares e sua proteção na Constituição Federal de 1988, finalizando com o estudo da multiparentalidade à família homoafetiva que questão do afeto.

Em seguida, no terceiro capítulo é realizada uma análise das jurisprudências do TJ/RS e posteriormente do STJ, a fim de demonstrar a aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança nos casos envolvendo adoção por casais homoafetivos, finalizando o capítulo com o estudo das fundamentações das decisões supra analisadas sobre o tema abordado.

1 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA A PARTIR DA TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Da família patriarcal à família contemporânea, seus conceitos e formas constitutivas alteram-se no decorrer do tempo. Do poder quase absoluto do pai, o qual exercia o direito de vida e morte de seus filhos outrora passando a estruturar-se pelas relações de afeto entre os membros da família, tendo especial atenção as crianças, que, sendo o elo mais fraco da relação, devem ser amparadas (WALD, FONSECA 2009).

Foi com o advento da Constituição Federal em 1988, e posteriormente do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 que a criança passou a usufruir de proteção especial do Estado, ou seja, passou a gozar de direitos e garantias fundamentais, visando refletir o melhor para o seu desenvolvimento como pessoa humana. A Constituição Federal de 1988, introduziu em seu ordenamento jurídico a teoria da proteção integral, por meio do artigo 227, do qual declara:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança [...], com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Da mesma forma que a proteção integral, o princípio do melhor interesse da decorre da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças e posteriormente na Declaração dos Direitos da Criança (SARAIVA, 2009). Tal declaração assinala que “[...] a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.” (BRASIL, 1990, s/p). Tal princípio e teoria encontram seu respaldo no art. 3º do Estatuto da Criança e Adolescente e consagram-se como direitos fundamentais:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

A Doutrina da Proteção Integral representou grandes avanços na consolidação dos direitos das crianças e adolescentes pois deu a estes a condição de sujeitos de direitos, contemplados pela Constituição Federal de 1988. Desta forma, para Veronese e Lima, devem estes serem tratados com dignidade e respeito bem como ter garantido o cumprimento de seus direitos fundamentais pois, enquanto estiverem em condição peculiar de desenvolvimento necessitam da efetiva tutela protetiva do qual é demonstrado no ordenamento jurídico brasileiro (VERONESE, LIMA, 2012).

Portanto, é imprescindível atentar para o princípio do melhor interesse que deve ser prioridade absoluta para a efetiva garantia da proteção integral constantes no ECA e na Constituição da República Federativa do Brasil (DIAS, 2015). Desta forma, neste capítulo será abordado a teoria da proteção integral no ordenamento brasileiro. Em seguida, será analisado o direito constitucional da criança ao afeto e a convivência familiar desta. Por fim versará o princípio do melhor interesse da criança com base nas leis nº 8.069/90 e 12.010/09.

1.1 A TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A doutrina jurídica do direito das crianças travou batalhas árduas para chegar a atual posição em que se encontra, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo dividida em três grandes etapas, sendo a primeira fase o Código de Menores de 1927, a segunda fase com a Doutrina da Situação Irregular de 1979, e a última fase a Doutrina da Proteção Integral, que ocorre a partir de 1988 com a Constituição Federal (VERONESE, LIMA, 2012).

A primeira fase tem-se início com o Código de Menores, promulgada em 12 de Outubro de 1927, que consistia em fornecer assistência à crianças e adolescentes menores de 18 anos, dos quais ainda não detinham direitos, e eram tidos como infratores, abandonados e delinquentes, advindas de famílias de classes inferiores da sociedade e que passaram a ser vistas como um problema do Estado. O Estado então, toma para si a tarefa de reeducar tais adolescentes com a criação de escolas e internatos no intuito de corrigi-los, impondo vigilância e punição para aqueles que não se ajustassem ao processo de desenvolvimento empreendido pelo país (MIRANDA, 2008).

Entretanto, para Veronese, tal código torna-se ineficaz quando “[...] ao escolher políticas de internação para crianças abandonadas, o Estado escolhe educar pelo

medo.” (VERONESE, 2012, p.34 apud PASSETI, 2008, p. 356). Josiane Veronese, no que se refere a intervenção do Estado na reeducação dos menores, explica:

O medo é impositivo, suscita um desequilíbrio psicológico e físico, exerce uma ação de fora para dentro do indivíduo e o leva, pela incapacidade ou impossibilidade de enfrenta-lo, à obediência. A prática de educar pelo medo, pela punição, atua fortemente, predeterminando uma ação ou um comportamento através da inibição de outros. O medo impede determinadas ações, não porque desencadeia no indivíduo uma maior compreensão sobre algo, não necessariamente porque o conduz a um processo consciente de aprendizagem, mas porque faz com que o indivíduo, na maioria das vezes, se sinta sem iniciativa, podendo, conseqüentemente, comprometer suas ações futuras, o seu processo de socialização e sua autoestima (VERONESE; OLIVEIRA, 2008, p. 49).

O Código de Menores era direcionado a todas as crianças e adolescentes que eram tidas por estarem em “situação irregular”, de tal forma que o artigo 1º do código expressava “[...] o menor, de um ou de outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código.” (BRASIL, 1927).

Dessa forma, crianças e adolescentes ficavam dependentes do entendimento e julgamento do juiz de menores, como eram chamados os juízes que cuidavam dos casos relativos aos menores em situação irregular, quanto ao envio a centros de internato, que tinham como objetivo principal transformar os delinquentes em “dóceis e úteis” (OLIVEIRA, 2014, p.15 apud COUTO; MELO, 1998, p.29).

Posteriormente na Era Vargas, década de 1940, por meio do Decreto Lei nº 3.799 de 05 de Novembro de 1941, foi instituído a criação do Serviço de Assistência ao Menor (SAM), órgão ligado ao Ministério público, semelhante a um sistema penitenciário que tinha como propósito a fiscalização do regime de internação dos menores, implementando diferenças de tratamento em que o menor infrator seria destinado a reformatórios e casas de correção, os carentes e abandonados eram conduzidos a patronatos agrícolas e a escolas de aprendizagem (FERRANDIN, 2009). Nas palavras de Oliveira:

Considerando o contexto da época que apregoava que o modelo de “boa educação” estava em colégios internos, o governo usou desse argumento para incutir nas classes pobres que a criança seria melhor educada se permanecesse afastada da família. No entanto, ironicamente os internatos possuíam condições piores que a dos lares das crianças submetidas a esse regime de internação e dessa forma transformaram-se em fábricas de delinquentes segregados e cada dia aumentava a demanda e diminuía a qualidade no atendimento aos menores (OLIVEIRA, 2014, p. 15).

Em 1959, a Organização das Nações Unidas (ONU), visando o dever dos países membros de garantir as devidas proteções e cuidados da criança proclama a Declaração Universal dos Direitos das Crianças baseado caracterização da criança e adolescente como sujeitos de direito (HUGO, FERREIRA, 1998). Nesta declaração são afirmados os seguintes direitos:

As crianças têm direitos à igualdade, à proteção para seu desenvolvimento físico e mental, à um nome e nacionalidade, à alimentação, moradia e assistência médica, à educação, ao amor e a compreensão por parte dos pais e da sociedade para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, à proteção contra qualquer tipo de abandono, crueldade ou exploração e o direito de crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1950).

Foi apenas em 1964 com o Golpe Militar e após inúmeras denúncias na década de 1950 sobre maus tratos, má alimentação, falta de higiene, abusos morais e sexuais e superlotação dos internos, o SAM é substituído pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem), na forma da lei 4.513/64 que deveria substituir a forma repressiva pela educacional.

A Funabem possuía correspondentes estaduais denominados FEBEMs, herdando o mesmo sistema organizacional do SAM (LORENZI, 2008). Para Veronese (2012), a ideia de implantação da Funabem foi uma forma do Governo Militar responder às delinquências na infância e adolescência que se agravavam cada vez mais. Dessa forma, para João Batista Costa Saraiva, a Funabem era:

Movida pela Doutrina da Situação Irregular, tinha por destinatários apenas as crianças e os jovens considerados em situação irregular, onde se incluíam aqueles menores em estado de necessidade em razão da manifesta incapacidade dos pais para mantê-los, colocando-os na condição de objeto potencial de intervenção do sistema de Justiça, os Juizados de Menores. O caráter tutelar da legislação, a ideia de criminalização da pobreza cujos fundamentos jurídicos [...] alcança seu ápice, vindo a culminar com o advento do Código de Menores de 1979 (SARAIVA, 2009, p.50).

O ano de 1979 é tido como o Ano Internacional da Criança, assim chamado pela Assembleia das Nações Unidas, e buscou alertar sobre a atenção necessária à problemas que afetam a infância no mundo. No Brasil, acarretou uma série de projetos sobre a assistência à infância, gerando debates em todos os âmbitos da sociedade (LORENZI, 2008).

Conforme Moacyr Pereira Mendes:

De grande importância na história internacional dos direitos dos menores foi o ano de 1979, declarado o Ano Internacional da Criança, tendo a comissão de Direitos Humanos da ONU organizado um grupo de trabalho que preparou o texto da Convenção dos Direitos da Criança, [...] um passo de grande importância para a defesa desses direitos, obrigando, inclusive, os países signatários à adaptar a suas normas à legislação interna [...]. (MENDES, 2006, p.20).

Para tanto, tem-se a introdução da segunda fase da doutrina jurídica do direito da criança e do adolescente, com a revogação do Código de Menores de 1927 e a promulgação do novo Código de Menores, instituída pela Lei nº 6.697/79 com base na ideologia da Doutrina da Situação Irregular, a qual nas palavras de Miranda (2008) “[...] marca um momento de mudança no pensamento jurídico e assistencial, contribuindo para o avanço das discussões sobre políticas públicas para as crianças e adolescentes inseridos no mundo da pobreza e da marginalidade social.” (MIRANDA, 2008, p. 27).

A doutrina da situação irregular passa a estabelecer que crianças e adolescentes são objetos da norma quando estes se encontrassem em “estado de patologia social” o que poderia ser originado de uma conduta pessoal como um ato infracional ou decorrentes de maus tratos advindos do seio familiar, ou ainda quando estivessem desassistidos pelo estado, em casos de abandono, ou seja, o código incluía como estando em situação irregular crianças e adolescentes que por serem pobres terem praticado alguma infração penal (SARAIVA, 2009).

O artigo 2º do código análise determinava quando uma criança encontrava-se em situação irregular, vejamos:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I- Privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II- Vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsáveis; III- Em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; IV – Privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V – Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – Autor de infração penal. Parágrafo Único – Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial. (BRASIL, 1979).

Josiane Veronese, assevera que a Doutrina da Situação Irregular:

[...] Se constituía em um conjunto de regras jurídicas que se dirigiam a um tipo de criança ou adolescente específico, aquele que estava inserido num quadro de exclusão social, elencado no art. 2º do referido Código. Nesse sentido, oportunamente critica Amaral e Silva que tal doutrina “ confunde na mesma situação irregular abandonados, maltratados, vítimas e infratores. Causa perplexidade que se considerasse em situação irregular o menino abandonado ou maltratado pelo pai, ou aquele que privado de saúde ou da educação por incúria do Estado”. O Código de Menores de 1979, ao ter como alvo de atenção uma certa categoria de crianças e adolescentes, os que se encontravam em situação irregular, justificava-se como uma legislação tutelar (VERONESE, 2013, p.48 apud AMARAL; SILVA, s/a, p.37).

Com efeito, o código de 1979 manteve a mesma linha de concepção e os mesmos erros do código anterior, o qual preservava o caráter de discriminação ao condicionar que toda criança derivada de uma família pobre tornar-se-ia um delinquente, fazendo assim uma alusão de que a pobreza gerava a delinquência. O juiz de menores, então, deveria providenciar a internação do menor na FEBEM, quando constatado sua situação irregular (SARAIVA, 2009).

Desta maneira, após o aumento de denúncias de violências juntamente com a mobilização social na década de 80 que buscava prover um maior número de direitos para a população infanto-juvenil, ao passo da elaboração da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, que de forma tenaz buscou inserir os direitos da criança e adolescente na Carta Constitucional, concretizou-se na forma dos artigos 226 e 227 na promulgação da Constituição Federal de 1988, acolhendo para si a Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas (LORENZI, 2008).

Nas palavras de Ferrandin “[...] trouxe os avanços da normativa internacional para a população infanto-juvenil brasileira” (FERRANDIN, 2009, p.47). Portanto, a família, o Estado e a sociedade devem prover com absoluta prioridade os direitos fundamentais a sobrevivência, desenvolvimento pessoal, social, integridade física, psicológica e moral bem como constituindo como sujeitos plenos de direito. (LORENZI, 2008).

Nos ensinamentos de Saraiva:

Não mais se admitem conceitos como “menor”, considerando a carga discriminatória encerrada nesta expressão, na medida em que o ordenamento propõe uma normativa apta a contemplar toda a população infanto-juvenil, agora em uma nova condição, não mais objeto do processo, mas sim sujeitos do processo, protagonistas de sua própria história. A Doutrina da Proteção Integral vem sintetizada nos artigos 226 e 227 da Constituição Federal. As crianças passam a ser conceituadas de maneira afirmativa, como sujeitos plenos de direitos. Já não se tratam “ menores”, incapazes, meia-pessoa ou incompleta, mas sim pessoas cuja única particularidade é estarem crescendo. Por isso se lhes reconhecem todos os

direitos que têm os adultos, mais os direitos específicos precisamente por se reconhecer essa circunstância evolutiva. (SARAIVA, 2009, p. 64 apud BELOFF, 2004, p.35).

Já para Pini, o advento da Constituição Federal de 1988 rompe com a situação irregular e institui os responsáveis na proteção da criança e do adolescente, vejamos:

Em 1988, no contexto ideopolítico, socioeconômico e cultural, é conquistado o Estado Democrático de Direito no Brasil, por meio da Constituição Federal. Esta Constituição traz vários avanços nos marcos da sociedade capitalista, de modo particular, demarca uma ruptura com a situação irregular e um novo paradigma para a infância e adolescência, tendo em vista o reconhecimento destes como seres em condição peculiar de desenvolvimento, pessoas com prioridade absoluta nas políticas sociais, sem distinção de etnia, condição socioeconômica e religiosa, orientação sexual e classe social e aponta como responsáveis pelo cuidado e proteção, com a infância e a adolescência, o Estado, a sociedade em geral, a família e a comunidade (PINI, 2015, p. 11).

Desta forma, sucede-se a introdução da 3ª fase do Direito da Criança e do Adolescente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que regulamentou em seus artigos 226 e 227 ao afirmar que é dever da família, do Estado e da sociedade a efetivação dos direitos fundamentais da criança, tratando seus interesses com absoluta prioridade. Em 1989 é assinada a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual estabelece que todos os países-membros, incluindo o Brasil, adotariam medidas administrativas e legislativas de modo a garantir a realização dos direitos reconhecidos pela convenção (LOBO, 2011).

Deste modo, o Código de Menores já destoava com a nova Constituição brasileira. Assim, visando a regulamentação dos artigos ora referidos da CRFB surge a proposta de elaboração de uma lei que instituísse tais direitos, surgindo assim o Estatuto da Criança e Adolescente, promulgado por meio da Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990 (BUFFALO, 2003).

O Estatuto da Criança e Adolescentes (ECA) passou a conferir direitos até então negados pela Doutrina da Situação Irregular, passando a adotar a Doutrina da Proteção Integral, que visa garantir a prioridade absoluta no atendimento aos interesses da criança e adolescente bem como garantir os direitos fundamentais intrínsecos do ser humano enquanto estiver em desenvolvimento físico e moral, tornando-os sujeitos de direitos, cabendo ao Estado a obrigação de executar políticas públicas para a efetivação destes direitos (VERONESE, LIMA, 2012). Nas palavras de Costa e Porto:

O Estatuto, por meio da teoria da proteção integral, consubstanciado na Constituição Federal de 1988, tratou da questão da criança e do adolescente com prioridade absoluta, concedendo a proteção como dever da família da sociedade e do Estado. A partir desse momento, a legislação rompeu com a situação irregular que estava expressa no Código de Menores, Lei 6.697, de 10.10.1979. (COSTA; PORTO, 2013, p. 11).

A Proteção Integral encontra-se respaldado no art. 1º a 3º do ECA em conjunto com o art. 227 da CF/88, e estabelece que toda criança e adolescente deve usufruir de seus direitos fundamentais, tais como direito a vida, saúde, educação e convivência familiar, enquanto estiver em desenvolvimento intelectual e moral sem que haja prejuízo da proteção integral que a família, a sociedade e o Estado devem suprir a esta criança, evitando a discriminação que pode ocorrer por motivos étnicos ou religiosos, a negligência, decorrente de ato omissivo ou a falta de cuidado por parte de seu responsável legal, assim como a exploração, a violência, crueldade ou opressão, assim instituído em seu art.5º do Estatuto (ISHIDA, 2015).

Destarte, complementando sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, Danielle dos Santos e Josiane Veronese explanam:

[...] O Estatuto da Criança e Adolescente – ao assegurar em seu art. 1º a proteção integral à criança e ao adolescente, reconheceu como fundamentação doutrinária o princípio da Convenção que em seu art. 19 determina: Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela. [...] Sendo assim, todos os atos ou normas vigentes em nosso país devem ser julgados também à luz do que determina a Convenção de 1989. (SANTOS; VERONESE, 2007, p.50).

Destaca-se o longo caminho percorrido na luta pelo reconhecimento dos direitos das crianças, no mundo – Declaração dos Direitos Universais da Criança, Convenção sobre os Direitos das Crianças e Adolescentes entre outros– e no Brasil – Com os códigos de 1927, 1979 e atualmente com o ECA, instituído pela Lei nº 8.069/90.

Do mesmo modo, a CRFB que em seus artigos 226 e 227, em consonância com o art. 19 do ECA, determinam que toda criança e adolescente deve ser criado junto ao seio familiar, local que desenvolve sua personalidade, recebe afeto, proteção sendo-lhe assegurado com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde e a dignidade, bem como a convivência familiar e comunitária. Passa-se assim, a um estudo mais

aprofundado no direito que a criança tem ao afeto e a convivência familiar, temas importantes para o presente assunto estudado.

1.2 DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO AFETO E A CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA

A Constituição Federal preconiza em seu art. 226 que a família é a base da sociedade, tendo a proteção especial do Estado, pois ela é o núcleo essencial na formação da criança e deve ser estruturada com base no afeto, uma vez que é nela que a criança desenvolve sua personalidade, recebe proteção e é preparada para a sociedade (LEVY, 2010).

Assim, sendo a família o núcleo socializador da criança, que dada a sua imaturabilidade e vulnerabilidade, dependem das pessoas que as protegem, pais biológicos ou substitutos, onde a relação de afeto entre estes é fundamental para que a criança aprenda e desenvolva sua linguagem, a autonomia, a socializar-se com o mundo externo, compreender e aceitar regras que lhe são impostas, ou seja, todo o necessário para que esteja apta a convivência social (BRASIL, 2006 - G).

O direito ao afeto é abrangido por vários princípios que norteiam o direito de família, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, que encontra-se no art. 1º, III, da Constituição, bem como o princípio da solidariedade (art.3º, I), encontrando-se entrelaçado com os princípios da igualdade entre filhos e da convivência familiar (LOBO, 2011).

No que tange aos princípios que norteiam o direito de família, e por conseguinte efetivam de forma implícita o direito da criança ao afeto, a dignidade da pessoa humana conforme Paulo Lobo:

É o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o art. 227 da Constituição expressa essa viragem[...] ao estabelecer que seja dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (LOBO, 2011, p.61).

Para Rolf Madaleno, que complementa “[...] são as garantias e fundamentos mínimos de uma vida tutelada pelo signo da dignidade da pessoa, merecendo especial proteção até pelo fato de o menor estar formando sua personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental.” (MADALENO, 2013, p. 45). Portanto, a dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como um valor moral, que todo ser humano é dotado, sendo elencado no rol de princípios fundamentais da Constituição, e um dos princípios mais importantes do Estado Democrático de Direito.

O princípio da solidariedade familiar retrata a afetividade que une os membros da família e torna concreto uma forma especial de imposição social que se deposita no vínculo familiar (GAGLIANO, 2011). Em suas palavras, Gagliano assevera que a solidariedade “[...] culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.” (GAGLIANO, 2011, p.93). Sobre o referido princípio, complementa Maria Berenice Dias “[...] esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste.” (DIAS, 2015, p.48).

Para Gonçalves, o princípio da igualdade entre os filhos, que se encontra respaldado no art. 227, §6º da CRFB e que dispõe que os filhos havidos ou não de relações anteriores de casamentos ou que tenham sido adotados, tem os mesmos direitos que os filhos naturais, não podem sofrer discriminação quanto a sua filiação, não admitindo de forma alguma a distinção entre os filhos biológicos ou adotados (GONÇALVES, 2012). Nas palavras de Tartuce “[...] juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos.” (TARTUCE, 2014, p.29).

Dentre os princípios que efetivam o direito constitucional da criança ao afeto, de forma subentendida, cita-se ainda o princípio da convivência familiar, essencial na criação e desenvolvimento da criança, que se estabelece por meio do art. 227, *caput*, da CRFB juntamente com o art. 19 do ECA, e conforme elucida Ishida “o direito a convivência pode ser conceituado atualmente como o direito fundamental da criança e adolescente a viver junto à sua família natural ou subsidiariamente à sua família extensa” (ISHIDA, 2015, p. 45).

Verifica-se portanto, que a criança tem direito Constitucional ao afeto, mas de forma implícita, que se efetiva por meio de uma vasta gama de princípios. Portanto,

tem-se que o afeto se torna substancial no desenvolvimento da saúde psíquica e física bem como ao desenvolvimento econômico, social, material e cultural da família (BARROS, 2004).

O direito fundamental à convivência familiar como já anteriormente citado, encontra-se garantido no art. 227, *caput*, da CRFB do qual dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado, com absoluta prioridade, o direito à [...] convivência familiar, pois, da mesma maneira que o afeto, é indispensável para o desenvolvimento da personalidade da criança (MADALENO, 2013). Para Martha de Toledo Machado, é:

Nesta conformação do direito a *convivência familiar* de crianças e adolescentes repousa um dos pontos de esteio da chamada doutrina da *proteção integral*, na medida que implica reconhecer que a personalidade infanto-juvenil tem atributos distintos da personalidade adulta, em decorrência da condição de pessoa ainda em fase de desenvolvimento, e que, portanto, crianças e adolescentes são *sujeitos de direitos* e não meros *objetos de intervenção das relações jurídicas dos seres adultos*, já que titulares de direitos fundamentais especiais em relação aos adultos (MACHADO, 2003, p. 161).

Além de reconhecida pela Constituição, o ECA também estabelece em seu art. 19 que toda criança tem como direito fundamental a convivência familiar e comunitária, sendo essencial para seu desenvolvimento que tal convivência não seja de forma separada de sua família natural, entretanto, em casos excepcionais, há a possibilidade de ser deslocadas a famílias substitutas (BRASIL, 2006- G). Para Costa e Porto, asseveram:

A convivência familiar e comunitária é direito fundamental de toda criança e adolescente. Todos têm o direito de serem criados e educados no seio de sua família [...], isso por que a criança e o adolescente aprendem valores e recebem os meios necessários para se defenderem das dificuldades e dos obstáculos que terão de enfrentar primordialmente no convívio da família, no aconchego de um lar. É o meio familiar que eles formarão o seu caráter e serão introduzidos a vida social. Segundo Weber (2004, p.75), 'Uma das prerrogativas mais básica e primordial do ser humano é o direito à convivência familiar' [...] (COSTA; PORTO, 2013, p.45).

Tal convívio estimula a relação afetiva entre seus membros, mesmo que não sejam constituídos por laços de sangue. Desse modo, Paulo Lobo define a convivência familiar como sendo:

A relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia. [...] É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças. (LOBO, 2011, p. 74).

Sendo direito fundamental da criança e adolescente, advinda da doutrina da proteção integral, a convivência familiar dá a criança a condição de sujeito, prioriza o princípio da dignidade da pessoa humana e proíbe qualquer forma de discriminação quanto a sua origem de filiação, como pode ser visto nas palavras de Dias:

A nova ordem jurídica consagrou como fundamental o direito a convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral. Transformou crianças e adolescentes em sujeitos de direito. Deu prioridade à dignidade da pessoa humana, abandonando a feição patrimonialista da família. Proibiu quaisquer designações discriminatórias à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamento e aos havidos por adoção (Art. 227, §6º). (DIAS, 2015, p.389).

Deve ser assegurada com absoluta prioridade, pois visa proporcionar a criança e adolescente a garantia de seus direitos, como a vida, saúde, alimentação, dignidade, e a possibilidade de manter e fortalecer seus vínculos afetivos com a família natural de forma que o seu desenvolvimento, em especial aos laços familiares sejam saudáveis, eis que, quando não for possível manter tais laços, há a possibilidade de inserir a criança em uma família substituta. A inserção em família substituta dar-se-á somente quando for impossível para manter a boa formação da criança e adolescente ou quando decorrer de violações de direitos, tais como negligência, opressão, exploração (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2013).

Ao ocorrer as violações dos direitos da criança, esta é encaminhada a instituições de acolhimento para que seja submetida a diagnósticos por equipes de entidades públicas, com objetivo de descobrir a origem das violações e para que a criança seja posteriormente ouvida, bem como os outros envolvidos de modo que se busque providenciar uma possível superação destas violações (BRASIL, 2006-G).

Se for constatado a necessidade do afastamento, mesmo que temporária, é preciso que a criança seja levada até o Ministério Público ou autoridade judiciária e caso constatado a necessidade de afastamento definitivo como meio de garantir sua integralidade física e moral, a criança será então encaminhada aos programas de abrigo, desde que estes ofereçam espaço e condição para seu desenvolvimento

saudável, para que posteriormente a criança seja colocada em família substituta (BRASIL, 2006 -G). Conforme Teixeira e Vieira:

A colocação em família substituta dá por meio da guarda, tutela ou adoção (Art. 28 da Lei n. 8.069/90). A guarda é, em regra geral, uma medida provisória que pode ser deferida nos procedimentos de tutela ou de adoção ou excepcionalmente para atender situações peculiares (Art.33, §§1º e 2º), podendo ou não coexistir com o poder familiar. Por sua vez a tutela é uma medida [...] temporária, que dá maior segurança a criança, já que impõe ao tutor a mais deveres e obrigações. [...] Já a adoção, é a medida mais excepcional justamente por romper com o poder familiar e com todos os vínculos de parentesco, [...] estabelecendo uma nova relação de parentesco e, como consequência, um novo poder familiar, com a família substituta, sendo, então, a definitiva (TEIXEIRA; VIEIRA, 2015, p.24).

Portanto, tem-se que o direito ao afeto encontra-se de forma implícita na Constituição Federal, e efetiva-se por meio de outros princípios expressos. No seio familiar em que há afeto, auxilia a criança no desenvolvimento de sua personalidade e assim como a convivência familiar que se demonstra de suma importância ser criada em um ambiente saudável. Quando a convivência tornar-se impossível de se manter, a possibilidade de ser criado em uma família substituta, por meio da adoção, assegura seu direito fundamental, à vida, saúde, e de ser criado por uma família que lhe dê carinho, proteção. (BRASIL, 2006 - G).

Desse modo, a Doutrina da Proteção Integral estabelece princípios que devem prevalecer no desenvolvimento da criança, obedecendo sempre aos seus interesses, o reconhecimento da criança como sujeito de direito e a responsabilidade tripartida da família, da sociedade e do Estado. Portanto, passar-se-á a estudar as disposições das leis 8.069/90 que estabelecem o Estatuto da Criança e do Adolescente e a lei 12.010/2010, instituída como a nova lei de Adoção, causando uma revolução nos dispositivos do ECA. (BRASIL, 2006 - G)

Em conformidade com a Teoria da Proteção Integral, o Princípio do Melhor Interesse da Criança adotada pela CRFB e posteriormente pelo ECA, veio a inaugurar uma nova fase no processo de reconhecimento da criança e adolescente como sujeitos de direitos, auxiliando na busca pela garantia dos direitos fundamentais de que lhe são devidos (LOBO, 2011).

Assim como pode ser encontrado na CRFB, o princípio do melhor interesse da criança tem maior atenção no ECA, pois é todo centrado no melhor interesse da criança, que passou a reconhecê-los como sujeito de direito, reparando assim em

suas necessidades de modo pessoal, social e familiar buscando sempre assegurar seu pleno desenvolvimento (DIAS, 2015).

O Plano de Promoção, Proteção e Defesa dos Direitos da Criança e Adolescente à convivência familiar e comunitária dispõe de um conceito elaborado sobre o que significa ser um sujeito de direito, veja-se:

A palavra “ sujeito” traduz a concepção da criança e do adolescente como indivíduos autônomos e íntegros, dotados de personalidade e vontade próprias que, na sua relação com o adulto, não podem ser tratados como seres passivos, subalternos ou meros “ objetos”, devendo participar das decisões que lhes dizem respeito, sendo ouvidos e considerados em conformidade com suas capacidades e grau de desenvolvimento. [...] Sendo a criança e o adolescente sujeitos de direitos, é necessário reconhecer suas habilidades, competências, interesses e necessidades específicas, ouvindo-os e incentivando-os [...] à busca compartilhada de soluções para as questões que lhe são próprias. (BRASIL, 2006 - G, p. 26-70).

Para Costa e Porto, antes do ECA, crianças e adolescentes eram tidos apenas como objetos de intervenção estatal, mas que atualmente, em grande parte devido ao ECA, passam então a ser considerados sujeitos de direito do mesmo modo que lhes são asseguradas a proteção integral. Em suas palavras “[...] isso representa dizer que será respeitada sua condição de pessoa peculiar em processo peculiar de desenvolvimento.” (COSTA; PORTO, 2013, p. 16).

Portanto, para que a criança possa crescer e se desenvolver em um ambiente seguro, mister destacar que compete não apenas a família, mas a sociedade e ao Estado, o dever de promover meios de garantir os direitos da criança e adolescente. Vejamos o que dispõe o art. 227, *caput*, da CRFB:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (BRASIL, 1988, s/p). [Grifo do autor].

O referido artigo preconiza em seu *caput*, o rol de responsabilidades entre família, sociedade e Estado no desenvolvimento e proteção da criança. Destarte, dado que o primeiro responsável pelo dever em proporcionar o desenvolvimento da criança em ambiente seguro, propício por sua condição é a família, onde aprende valores

morais que futuramente auxiliarão na formação de seu caráter (LEVY, 2010).
Discorrendo sobre o tema, em que Dallari:

A responsabilidade da família, universalmente reconhecida como um dever moral, decorre da consanguinidade e do fato de ser o primeiro ambiente em que a criança toma contato com a vida social. Além disso, pela proximidade física, que geralmente se mantém, é a família quem, em primeiro lugar, pode conhecer as necessidades, deficiências e possibilidades da criança da criança, estando, assim, apta a dar a primeira proteção. Também em relação ao adolescente, é na família, como regra geral, que ele tem maior intimidade e a possibilidade de revelar mais rapidamente suas deficiências e as agressões e ameaças que estiver sofrendo. (DALLARI, 1992, p.23).

Nesse contexto, é coerente estabelecer que a família receba tal atribuição na responsabilidade com a criança e, ao tempo que ela é juridicamente responsável pela criança e adolescente, esta tem responsabilidades para com a sociedade e o Estado, visto que quando a família se torna omissa na educação, não dando a devida atenção, ou agindo de forma incorreta com a criança, tem-se a grande probabilidade que além de causar grandes problemas psicológicos na criança, acarretará em problemas sociais futuros (CURY, SILVA, MENDÉZ, 1992).

Em seguida, tem-se a responsabilidade da comunidade/ sociedade, a qual por meio da criação do Conselho Tutelar que tem o dever em zelar pelo cumprimento e busca pela efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, devendo utilizar todos os meios jurídicos à disposição para a concretização destes direitos (ELIAS, 2014). Portanto, leciona Roberto João Elias:

Ao colocar sob a responsabilidade da sociedade, além do Estado e da família, o dever de assegurar a criança e ao adolescente os direitos fundamentais, a Constituição Federal (art. 227) abriu ensejo a uma participação efetiva de todos na nobre tarefa. O Conselho Tutelar [...] vai representar a sociedade [...] no zelo do cumprimento dos direitos da criança e do adolescente (ELIAS, 2014, p. 181).

Complementando a linha de raciocínio, explana Marques:

[...]A Constituição Federal [...] reconhece que cabe a comunidade cuidar de suas crianças e adolescentes. É lá que a criança nasce, vive e morre. Ninguém é mais conhecedor dos seus problemas e de sua realidade do que a comunidade local. Sabe se estão na rua, na escola, se estão doentes ou com fome. [...] A criação do Conselho Tutelar, órgão da sociedade, transferindo assim, assim, para a comunidade a responsabilidade de zelar pelos direitos de suas crianças e adolescentes. Composto por cidadãos da comunidade, tem como função executar as decisões da política de atendimento e os direitos assegurados no art. 227 da CF, requisitando

serviços e acionando a Justiça para garantir esses direitos. (MARQUES, 1992, p. 410).

Portanto, a sociedade/ comunidade não pode abster-se das responsabilidades essenciais para o desenvolvimento da criança e adolescente, pois de forma abrangente atua como corresponsável em sua formação, e conforme as palavras de Dallari “[...] é a comunidade quem recebe os benefícios imediatos do bom tratamento dispensado as crianças e a dos adolescentes.” (DALLARI, 1992, p.23).

Após a CRFB e a Lei 8.069/90, o Estado tem a responsabilidade de implementar políticas públicas que assegurem a proteção integral da criança e adolescente. Portanto, o dever do Poder Público para com as crianças e aos adolescentes, afirmando que este é o principal obrigado pois recai sobre suas responsabilidades, via de regra, a promoção e a efetivação de direitos fundamentais, tais como educação, lazer, saúde, cultura, dignidade, convivência familiar além de promover meios de coloca-los a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, violência, opressão. Cabe ao Estado, em todas as suas esferas zelar pelo atendimento aos direitos da criança e adolescente (CURY; SILVA; MENDÉZ, 1992).

Sendo dever do Estado a implementação em todas as suas esferas, políticas de atendimento que garantam a efetivação dos direitos dos infantes, bem como a sociedade e a família, tem-se que para Digiácomo e Digiácomo, tal lei, “[...] procura deixar claro que a defesa/promoção dos direitos fundamentais [...] não é tarefa de apenas um órgão ou entidade, mas deve ocorrer a partir de ação conjunta e articulada entre família, sociedade e Poder Público.” (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2013, p.06). No mesmo sentido, Costa e Porto “[...] existe uma corresponsabilidade entre essas instituições que devem promove-la, buscando a efetivação dos direitos fundamentais do infante.” (COSTA, PORTO, 2013, p. 16).

Demonstrado a relevância dos 3 entes no desenvolvimento a criança e adolescente, constata-se a importância que a combinação das responsabilidades de cada ente tem, pois assegura que a criança se desenvolva de forma plena enquanto estiver em condição de pessoa em desenvolvimento (BRASIL, 2006 - G).

Portanto, enquanto a criança estiver em condição peculiar da pessoa em desenvolvimento que pode ser conceituada como a sua imaturabilidade e vulnerabilidade no meio em que se encontra, pois está em pleno desenvolvimento

físico, mental e moral, deve ela receber atenção especial por parte do Estado na busca por garantir os mesmo direitos que são concedidos aos adultos mas que de forma que sejam aplicados conforme sua idade e o seu grau de desenvolvimento físico, mental ou a sua capacidade de discernimento (CURY; SILVA; MENDÉZ,1992).

Por se encontrarem na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, crianças e adolescentes deparam-se em situação de total vulnerabilidade, necessitando, conforme as palavras de Machado, de “[...] um regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude. Crianças e adolescentes são pessoas que ainda não desenvolveram completamente sua personalidade.” (MACHADO, 2003, p.109). Ainda em suas palavras, Machado expõe sobre a vulnerabilidade da criança:

Os atributos da *personalidade infanto-juvenil* têm conteúdos distintos dos da *personalidade do adulto* [...]. A maior *vulnerabilidade* de crianças e adolescentes, quando comparados aos adultos, é outro truísmo: se a personalidade daqueles ainda está incompleta, se as potencialidades do ser humano nas crianças ainda não amadureceram até seu patamar mínimo de desenvolvimento, são elas mais fracas; tanto porque não podem exercitar completamente suas potencialidades e direitos, como porque estão em condição menos favorável para *defender* seus direitos (MACHADO,2003, p.119).

De maneira a complementar, temos a explanação de Costa:

O reconhecimento da peculiaridade dessa condição vem somar-se à condição jurídica de sujeito de direitos e à condição política de absoluta prioridade [...]. A condição peculiar da pessoa em desenvolvimento implica, primeiramente, o reconhecimento de que a criança e o adolescente não conhecem inteiramente os seus direitos, não tem condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno, não sendo ainda capazes, principalmente as crianças, de suprir, por si mesmas, as suas necessidades básicas. A afirmação da criança e do adolescente como “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento” não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e atacada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado (COSTA, 1992, p. 39).

Salienta-se que para o pleno desenvolvimento da criança, o ideal é que a mesma seja criada no seio de sua família, biológica ou substituta, desde que esteja livre de qualquer tipo de ameaça ou lesão aos seus direitos pois cabe lembrar que

quando falamos em crianças e adolescentes, estamos nos referindo a sujeitos em condições peculiares de desenvolvimento, conforme plenamente estabelecido na legislação vigente em nosso país, com o art.227, caput da CRFB e ECA. Já no âmbito internacional, tem-se as normativas internacionais das quais cita-se a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, em seus princípios IX, primeira parte e X, do mesmo modo que a Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças, de 1989, em seu artigos 2º, n. 2,19, 34 e 36 (COSTA; PORTO, 2013).

Com o advento da Lei 12.010 de 3 de Agosto de 2009, que instituiu a “Lei Nacional da Adoção”, tem-se a alteração de inúmeros artigos do ECA - Lei n. 8.069/1990 – visando complementá-la de modo geral, revogou os artigos 1.620 a 1.629 do Código Civil (MADALENO, 2013). Dentre as alterações realizadas pela Lei 12.010/2009 no ECA, podemos citar o tempo de permanência máxima da criança em programas de acolhimento familiar, sendo período mínimo de 6 meses não podendo ultrapassar 2 anos – Art.19 §§1º e 2º, (BRASIL, 1990 - D).

A diminuição da idade para adotar, que antes era de 21 anos, passando a ser de 18 anos independentemente do seu estado civil (Art. 42), a alteração ao termo pátrio poder, alterando para poder familiar (Art. 21), concedendo ao filho adotado conhecer suas origens biológicas após completar 18 anos (Art. 48). Tornou obrigatório aos programas de acolhimento familiar providenciar relatórios da criança a cada 6 meses, na perspectiva da possibilidade de reintegração com a família natural ou colocação em família substituta (Art. 28, §1º), (BRASIL, 1990, D).

Outra inovação importante que lei em análise traz, é o acompanhamento psicológico à gestantes até o nascimento da criança (Art.8º, §§ 4 e 5º), sendo proporcionado atendimento pré e pós natal de modo que, conforme Ishida “um dos motivos é prevenir ou minorar os efeitos do *estado puerperal*” (ISHIDA, 2015, p.25). Inclui ainda aquelas que manifestarem interesse em entregar o filho para adoção.

Do mesmo modo, a referida lei expandiu o conceito de família, criando a família extensa ou ampliada (Art.25) que para Costa e Porto, definem que família extensa ou ampliada é “[...] aquela formada por parentes próximos que compõem o círculo de convivência familiar da criança e do adolescente e que há uma afetividade.” (COSTA, PORTO, 2013, p.51).

No âmbito da adoção, estabelece que tal ato é excepcional e irrevogável (Art. 39, §1º), conforme asseveram Costa e Porto, em que tal artigo estabelece que a colocação em família substituta é excepcional, “[...] quando ocorre a adoção,

extinguem-se todos os vínculos com a família biológica [...] pois a adoção é ato jurídico irrevogável.” (COSTA; PORTO, 2013, p.72).

Conforme o art. 28, §§1º e 2º, a colocação em família substituta, a qual incluindo a adoção, somente será concedida por meio de decisão jurídica e quando a criança tiver até 12 anos incompletos, é necessário a oitiva do menor em que será colhido seu consentimento, de modo a preservar o seu melhor interesse. Não será permitida a colocação em família substituta quando se revelar a possibilidade de o ambiente familiar não ser adequado para o desenvolvimento da criança (VENOSA, 2009).

O ECA - Lei 8.069/90 – estabeleceu o direito a convivência familiar, a possibilidade da criança ser colocada sob tutela, guarda ou adoção quando em sua família de origem não fosse mais possível. Instituiu a proteção integral, advinda da CRFB em seu art. 227, em que estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado em proporcionar a criança e adolescente, o direito a saúde, educação, cultura, direito à liberdade e a dignidade, estabeleceu a condição de sujeitos de direito bem com a absoluta prioridade no atendimento de seus interesses e a proteção da criança enquanto condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 1990 -D).

Embora a Lei 12.010/09 tenha vindo para acrescentar direitos para as crianças e adolescentes, tem-se que alterou de forma significativa o instituto da adoção pois conforme Rolf Madaleno sobre a referida lei em que seu propósito é a priorização do “[...] acolhimento e a manutenção da criança e adolescente em seu convívio familiar, com sua família biológica, desde que reflita o melhor interesse do infante, e só deferir a adoção [...], como solução excepcional.” (MADALENO, 2013, p. 629), pois o objetivo principal da lei é manter a criança no seu grupo familiar natural.

Portanto, das inúmeras alterações ocorridas na lei, o instituto da adoção foi a mais afetada, pois a tornou excepcional, ou seja, somente em último caso quando todas as tentativas de reintegrar a criança a família natural ou extensa falham, é que ocorre a possibilidade da criança ser adotada (MADALENO, 2013). No artigo intitulado “O lar que não chegou”, de Maria Berenice Dias, podemos encontrar a seguinte explicação:

O fato é que a adoção transformou-se em medida excepcional, a qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e adolescente na família natural ou extensa (Art. 39, §1º). Assim, a chamada Lei da Adoção não consegue alcançar os seus propósitos. Em vez de agilizar

a adoção, acaba por impor mais entraves para sua concessão [...] (DIAS, 2010, A, p.4).

Ao determinar que a adoção se torne uma medida excepcional, sendo possível apenas quando esgotadas todas as possibilidades de reintegração à família natural ou extensa, por vezes coloca a integridade física e moral da criança em risco, pois quando os vínculos familiares se rompem e esta fica condicionada ao centro de acolhimento, podendo vir acarretar em problemas psicológicos para a criança (LOBO,2011).

Constata-se que a adoção, quando preenchidos os requisitos legais, independentemente se for por casal heterossexual ou homoafetivo, tem-se que tal atitude é uma demonstração extrema de amor em que seu maior objetivo é garantir à criança e adolescente a possibilidade de constituir uma nova família, novos laços afetivos, onde será dado amor, carinho e lhe será assegurado os mesmo direitos que em sua família biológica, podendo se desenvolver plenamente e de forma segura (LOBO, 2011).

No que se refere a possibilidade da adoção por casais homoafetivos, tem-se que o ECA (art.42) e a CRFB não apresentam nenhuma forma de impedimento, pois o único dispositivo que poderia impor algum meio de vedação foi art. 1.622 do Código Civil, que estabelecia a impossibilidade da adoção por duas pessoas, salvo se fossem homem e mulher ou que mantinham união estável (DIAS, 2015). Tal artigo foi revogado pela Lei 12.010/09, sendo dessa forma, possível a adoção por pessoas do mesmo sexo (LOBO, 2011). Para Dias “[...] a jurisprudência passou a atentar ao princípio do melhor interesse [...], passaram os juízes a investigar que a criança considera pai e quem a ama como filho.” (DIAS, 2010, B, p.11).

Portanto, temos que o Estado deve orientar-se com base no princípio do melhor interesse da criança para que se possa ampliar a proteção dada a criança, garantindo que seus direitos sejam cumpridos, principalmente no que tange a adoção, em especial por casais homoafetivos para que a criança e adolescente possam ser adotada, pois serão recepcionadas por uma família que lhe dará o que a família natural não teve condições de prover.

2 DA HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O Estado, garantidor dos direitos e garantias individuais e coletivas, não pode alegar a inexistência de previsão expressa na lei infraconstitucional – ECA – às crianças e adolescentes, pois negar a adoção homoafetiva, além de configurar um viés jurídico, da mesma forma, é caminhar na contramão da pós-modernidade e de uma sociedade que está em constantes mudanças de seus dogmas.

Portanto, faz-se necessário uma interpretação simultânea da lei e o momento pós-moderno, de modo que seja possível quebrar as barreiras culturais impregnada em nosso meio de convivência, de modo ainda, que ao passo do que dispõe o art. 3^a, IV, da CF/88, que proíbe a discriminação, o Poder Público possa dar prioridade aos direitos e interesses dos menores e, da mesma forma, à família pós-moderna, a qual deve ser tratada como a base nos direitos e garantias da criança e do adolescente.

Desse modo, desde os tempos remotos à contemporaneidade, a definição de família vem se alterando gradativamente, assim como sua constituição. Dessa forma neste capítulo será abordado a origem da família em sua evolução histórica, da família Mesopotâmica à Romana, buscando sua conceituação e formas de composição, assim como a possibilidade da adoção para a perpetuação do culto doméstico. Em seguida, será analisado as novas entidades familiares e sua proteção na Constituição Federal de 1988. Por fim versará sobre a família homoafetiva e o princípio da afetividade bem como outros princípios basilares do direito de família.

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Família, do latim *Genus*, caracteriza-se pelo conjunto de pessoas que em geral, são ligadas por laços de parentesco que vivem sob o mesmo teto, pessoas do mesmo sangue ou por afinidade, filiadas entre si por casamento ou adoção unidos por convicções, interesses ou origem em comum (AURÉLIO, 2002).

Na Mesopotâmia, onde surge o Código de Hamurabi, a família era regida pela autoridade patriarcal que tinha o dever de sustentá-la e administrar seus bens. A mulher era dotada de personalidade jurídica e detinha a liberdade na gestão de seus bens mas continuava com o dever e obrigação de obediência ao marido sem nunca poder abandoná-lo, entretanto poderia ser repudiada ou repudiar o marido em casos

de má-conduta. Em caso de dívida, o marido poderia entregar como forma de penhora a mulher ou os filhos à seu credor (WOLKMER, 2014).

De maneira similar estruturava-se a família grega, em que o pai era a autoridade máxima da família, administrando os bens, entretanto acrescenta-se a constituição de uma religião doméstica, que visava o culto aos mortos e antepassados. O pai tinha o direito perante a mulher de rejeitar o filho ao nascer quando estes eram doentes ou deficientes físicos de ser ou não parte da família (COULANGES, 2006).

Dessa forma, o pai era a autoridade da família e exercia sobre os filhos o direito de vida e morte, podendo ainda, vendê-los ou castigá-los se assim fosse necessário no momento. O patrimônio familiar era administrado pelo *pater*, enquanto a mulher era totalmente subordinada a ele. Com base neste pensamento a família era organizada sob o princípio da autoridade (GONÇALVES, 2012). No mesmo contexto, Rolf Madaleno leciona:

O *pater familias* também tinha o poder de venda dos filhos, com duração até cinco anos, para depois recuperar a potestade, como uma espécie de momentânea suspensão do pátrio poder, cuja finalidade era a de poder suprir eventuais dificuldades financeiras da família, cometendo sacrificar um dos integrantes dessa família em benefício do grupo (ROCHA, 1978, p.19 apud MADALENO, 2013, p.675).

O pai tinha a opção de vender o filho, quando este estive com algum tipo de dívida, portanto, nas palavras de Raphael Corrêa de Meira, quanto à possibilidade de venda de seus filhos:

O pai podia dar o filho como indenização (*Jus Noxae Dandi*), quando era intentada ação contra o pai por um delito praticado pelo filho. Mais claramente: O pai podia optar entre o pagamento de uma indenização ou a entrega do culpado à vítima. (MEIRA, 1983, p.128)

Neste contexto, Gonçalves afirma que “[...] o *pater* exercia sua autoridade sobre os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas [...]. A família era então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.” (GONÇAVES, 2014, p.31). No que diz respeito ao direito Romano, para Orlando Gomes:

O direito romano deu-lhes estrutura inconfundível, tornando-a unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe.

A família romana assentava-se no poder incontestável do *pater familias*, 'sacerdote, senhor e magistrado', em sua casa (GOMES, 1987, p. 36).

Com a morte do *pater* quem assumia a autoridade era o primogênito ou ainda outros homens pertencentes ao grupo familiar a quem deveria perpetuar os costumes da família, a mulher jamais assumia o poder, assim continuava subordinada ao novo *pater* e dele nada poderia herdar (GONÇALVES, 2012).

A instituição familiar funda-se a partir do poder paterno ou marital, e é dessa situação que deriva o culto familiar. Assim a família tinha fortes influências religiosas, de modo que os seus antepassados eram venerados em cultos presididos pelo *pater* e sendo esse culto dirigido apenas para os antepassados do homem (VENOSA, 2009). Conforme Rolf Madaleno:

Toda casa romana possuía um altar onde dia e noite o dono da moradia deveria conservar o fogo que só poderia ser extinto quando toda a família tivesse morrido. Esse culto ao fogo só era exercido pelos homens e entre eles o direito de fazer os sacrifícios ao lar, resultando desta regra religiosa a ideia de a mulher ser incapaz de transmitir a vida e o ofício religioso, já que a religião doméstica se dirigia unicamente aos ascendentes em linha masculina. (MADALENO, 2013, p.473 apud COULANGES, 1987, p.59).

Entretanto, em uma época pela qual a família era uma unidade social, econômica, política e religiosa a possibilidade de adotar um estrangeiro de maneira que esse acatasse a religião doméstica e que este pudesse perpetuar a família administrando seus bens, tomou força de modo que gerou grandes progressos na civilização romana (WALD, 2009).

Sob tal afirmação, Monteiro expõe:

O instituto da adoção tem sua origem mais remota no dever de perpetuar o culto doméstico. Como diz Fustel de Coulanges, é nesse sentimento religioso que ela tem seu princípio. A mesma religião que obrigava o homem a casar, que concedia o divórcio no caso de esterilidade e que por morte prematura, ou impotência, substituía o marido por um parente, oferecia ainda a família último recurso para escapar à desgraça tão temida da extinção. Esse recurso era o direito de adotar (FUSTEL DE COULANGES, Cap. IV *apud* MONTEIRO, 1993, p. 239).

Nas palavras de Walter Vieira do Nascimento:

A adoção era reconhecida como decorrência de um dever à falta de filho Varão. [...] Eis, portanto, o seu grande objetivo: dar continuidade à família, sempre representada pela descendência masculina, e evitar que se perdessem as cerimônias do culto aos mortos (NASCIMENTO, 2009, p.54).

A adoção, como instituto jurídico que a conhecemos hoje, tem sua origem muito antes do direito Romano, mais precisamente na Mesopotâmia e tendo a mesma finalidade de hoje, a perpetuação dos antepassados. No Código de Manu, a adoção era possível quando decorrente da falta de um filho varão, “[...] aquele a quem a natureza não deu filhos, pode adotar um, para que as cerimônias fúnebres não se extinguem.”, sendo seu único objetivo o de dar continuidade à família e a transferência dos bens (NASCIMENTO, 2009, p.54). Sob o mesmo contexto, Wald e Fonseca explanam “[...] no direito primitivo, a adoção constituiu um meio eficaz de perpetuar a família e a religião doméstica, transferindo-se os bens familiares, numa época que ainda não existia testamento.” (WALD, FONSECA, 2009, p. 316).

Assim, a adoção foi utilizada como um meio mais simples de se instituir um herdeiro, mesmo quando não havia testamento para tal função. O que antes era vinculado inicialmente como uma forma de culto aos mortos adquiriu de certa forma, importância política. O Código de Hamurabi já fazia referências ao instituto da adoção, em seu artigo 185, o qual estabelecia que se um homem livre adotasse “[...] uma criança e, depois que a adotou, ela continuou a reclamar por seu pai ou por sua mãe, essa criança adotada não poderá ser reclamada.” (RIZZARDO, 2007, p.537).

Já naquela época, pensando nos direitos do adotado, foi criado por Justiniano uma breve legislação que distinguia a adoção plena que era realizada pelo ascendente do adotado e a menos plena a qual era realizada por um estranho, em tal legislação, estabeleceu-se determinados requisitos para a adoção, de modo que seguisse a natureza exigindo-se, assim, determinada diferença entre as idades do adotante e do adotado (WALD, FONSECA, 2009). Nesse contexto, Wald e Fonseca leciona:

Em certa fase da história romana, a adoção tornou-se um instrumento de direito público utilizado pelos imperadores para designar os seus sucessores. O instituto perdeu, então, as suas características de direito privado e se transformou numa técnica de escolha dos futuros chefes de Estado. (WALD, FONSECA, 2009, p. 317).

Ainda em Roma, havia duas espécies de parentesco possíveis, sendo a agnação o meio que vinculava aquelas pessoas que estavam sujeitas ao mesmo *pater* desde que não fossem consanguíneos, ou seja, um filho de sangue e um filho adotado enquanto a segunda forma era a cognação, em que o parentesco pelo sangue somente existia entre pessoas que não deviam ser agnadas uma da outra, assim, para

cada espécie de parentesco, obedecia-se a um tipo de *pater* diferente, sendo assim, a mulher ao seu marido e o filho ao seu pai. (WALD, FONSECA, 2009).

No decorrer da evolução da família romana, o *pater* começa a perder seu poder progressivamente e quem toma o lugar é a mulher assim como seus filhos, ocorrendo assim a substituição do parentesco agnático pelo cognático. No decorrer do tempo, o *pater* perde o direito sobre vida e morte dos filhos assim como o poder de venda sobre os mesmos (WALD, FONSECA, 2009).

O instituto da adoção quase desapareceu por completa durante a idade média, por volta do século X ao XV, momento este em que ocorre a transmissão do poder de Roma para as mãos da Igreja Católica Romana, onde foi posteriormente desenvolvido o direito Canônico e estruturado na laicidade e na religião. O Direito Canônico era contrário à dissolução do casamento por entender que não poderiam dissolver uma união realizada por Deus, sendo o matrimônio algo sagrado (VENOSA, 2009). Assim, para Venosa:

O direito de família canônico era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca. Eram constituídas por cânones, regras de convivência impostas aos membros da família e sancionadas com penalidades rigorosas (VENOSA, 2009. p.9).

O direito canônico foi de suma importância para o direito brasileiro, visto que muitas de suas regras, assim como as de origem germânica das quais perduraram até recentemente, foram seguidas rigorosamente, e que veio a ocorrer mudanças gradativas após a instauração do Código Civil de 1916. Assim, podemos determinar que a família brasileira, como é conceituada atualmente, sofreu influências das famílias romanas, canônicas e germânicas (GONÇALVES, 2014).

Com o advento do Código Civil de 1916, a família ainda estruturava-se com base no pátrio poder, em que a família era tida como legítima apenas quando houvesse o casamento, e a adoção somente era possível aos maiores de 30 anos (GONÇALVES, 2012).

Dessa formar, com o decorrer do tempo, com a evolução social e cultural do conceito de família da qual atualmente pode ser formulada como um grupo de pessoas que não estão ligadas pelos laços sanguíneos que pelo entendimento de Gonçalves:

Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com

as adaptações a nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmática intocável [...]. (RIZZARDO, 2004, p. 7 apud GONÇALVES, 2014, p.32).

Como pode ser visto, a família vem gradativamente se alterando no decurso do tempo, modificando não apenas sua conceituação mas a sua composição, conforme a época em que se passa e a cultura nela estabelecida. Assim, a família atual não é mais regida pelo aspecto religioso e nem comandado por uma só pessoa, como antes o era pelo *pater*, sendo formada agora por pessoas ligadas não apenas pelo laço consanguíneo mas pela relação afetiva. Por esta razão focar-se-á, na sequência, as novas entidades familiares e sua proteção na Constituição Federal de 1988.

2.2 AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES E SUA PROTEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A estrutura da família no Código Civil de 1916, somente era tida como existente mediante o casamento, sendo este indissolúvel, onde o divórcio era proibido. Se a família fosse estabelecida fora do casamento era considerada como sendo ilegítima, sendo assim, chamados de concubinato. Do mesmo modo, os filhos também eram chamados de ilegítimos, não tendo sua filiação ou direitos assegurados em lei (GONÇALVES, 2012).

No Brasil, em 1988 surge a Constituição Federal que busca acompanhar as evoluções no âmbito familiar estabelecendo ao Estado a obrigação de protegê-la, constituindo como a base da sociedade (BRASIL, 1988).

A partir deste momento, a adoção passa a ser mais complexa, exigindo-se decisão judicial, eliminando a distinção entre adoção e filiação, segundo o artigo 227 §6º, CRFB, dando assim, maior ênfase à proteção e às garantias da criança e do adolescente resumidas nos princípios da proteção integral e princípio do melhor interesse da criança. Nesse entendimento, Fachin leciona:

A filiação se constitui, portanto, em sua essência, do afeto que une pais e filhos, haja ou não vínculo biológico entre eles. Assim reconhece o direito pátrio - mesmo antes do advento da Constituição de 1988, com a defesa de igualdade entre os filhos - ao estabelecer o instituto da adoção, reconhecendo a filiação fundada na vontade e no afeto, acima dos vínculos de sangue (FACHIN, 2006, p. 78).

Ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico brasileiro evolui, os conceitos e formas de família também se modificam. É possível destacar ao menos cinco tipos de famílias, sendo estas a família mosaico ou recomposta; família paralela ou simultânea; família poliafetiva; família monoparental e a família homoafetiva (MADALENO, 2013).

A família mosaico é composta por pais que após a separação ou divórcio constituem nova família com os filhos do outro casamento. Surge da pluralidade das relações parentais. É uma nova estrutura familiar que foge do conceito tradicional, onde o marido é casado com a mulher e tem filhos havidos do mesmo casamento (DIAS, 2015). Nas palavras de Dias:

A expressão famílias pluriparentais ou mosaico, que resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação. [...] Eles trazem para a nova família seus filhos. É a clássica expressão: “os meus, os teus, os nossos” (DIAS, 2015, p. 141).

Desta forma, pode-se dizer que as famílias pluriparentais ou mosaico são estruturas familiares oriundas de um casamento ou união estável de um determinado casal em que um deles ou ambos têm filhos advindas de relações ou casamentos anteriores, existindo inclusive, formas de apoio econômico e financeiro sem o compromisso da convivência cotidiana (MADALENO, 2013). Nesse pensamento, Dias expõe que tais são famílias caracterizadas pela “[...] a multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência desta nova estrutura familiar [...] que imponha deveres ou assegure direitos.” (DIAS, 2015, p.141 apud JUSSARA, 2006, p. 508).

Não obstante, a família paralela ou simultânea é decorrente daquela que se forma quando o homem embora já tenha uma família constituída, acaba formando outra, com ou sem o conhecimento da primeira (DIAS, 2015). Nesse contexto, assevera Dias que “[...] mesmo sendo casados [...] homens partem em busca de novas emoções sem abrir mão dos vínculos familiares que já possuem [...] dividem-se em duas casas, duas mulheres e filhos. É o que se chama de família paralela.” (DIAS, 2015, p.138).

A família poliafetiva é aquela constituída por um homem e duas mulheres vivendo sob o mesmo teto. O primeiro caso de reconhecimento da união poliafetiva deu-se na cidade de Tupã/SP e gerou enorme polêmica, pois estaria sendo

considerado bigamia (MADALENO, 2013). Nesse contexto, Madaleno explica a situação da família poliafetiva, bem como a possibilidade de ser considerado bigamia:

Tem sido o afeto a nota frequente que identifica a constituição e o reconhecimento de uma entidade familiar. [...] Este é, portanto, [...] o perfil da família poliafetiva, da qual os noticiários nos eram notícia a partir de uma escritura pública lavrada em cartório, localizado na cidade de Tupã, no interior de São Paulo. Trata-se de um triângulo amoroso, constituído pela relação afetiva de um homem e duas mulheres, vivendo sob o mesmo teto, em convivência consentida (MADALENO, 2013, p.25).

A família monoparental é formada por qualquer um dos pais e seus descendentes como consta no artigo 226 §3º da Constituição Federal. É a presença de apenas um pai ou mãe na titularidade do vínculo familiar, ou seja, na criação dos filhos. Os motivos que formam a constituição da família monoparental são diversos, tais como, a morte de um dos pais, abandono afetivo ou causados pelo divórcio ou ainda a possibilidade de uma mãe por opção própria, ter a chance de criar o filho (a) sozinha (MADALENO, 2013). Em suas palavras, Madaleno expõe que as:

Famílias monoparentais são usualmente aqueles em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos. Tecnicamente são mencionados os núcleos monoparentais formados pelo pai ou pela mãe e seus filhos, mesmo que o outro genitor esteja vivo, ou tenha falecido, ou que seja desconhecido por que a prole provenha de uma mãe solteira[...]. As causas desencadeadores da monoparentalidade apontam para a natalidade de mães solteiras, inclusive por inseminação artificial, até mesmo *post mortem* e a causas ligadas a uma prévia relação conjugal, [...], com separação de fato, divórcio, nulidade ou anulação do casamento ou viuvez. (SANCHÉZ, 2005, p. 10 apud MADALENO, 2013, p.09).

E por fim, tem-se a família homoafetiva, formada pela união de duas pessoas do mesmo sexo onde a principal característica é a afetividade. Nesse pensamento, Gagliano leciona “[...] demonstrada a convivência entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo da constituição de família, haverá por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar [...].” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2014, p.545). Assim, quando ocorre a quebra dos paradigmas do direito de família em que a principal relevância é o afeto e as relações decorrentes de suas expressões colocam limites as antigas posturas da sociedade em que a família tinha papel apenas no intuito de procriação ou de seu aspecto patrimonialista (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2014).

Nesse momento, a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos começa a ganhar espaço na sociedade contemporânea. Por vezes, os laços afetivos podem se sobrepor aos sanguíneos, esses que são essenciais a sobrevivência humana (DIAS, 2015). Nesse entendimento, Dias argumenta que:

A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. O termo *Affectio societatis*(...) utilizado no Direito das Famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade, a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo a humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família (DIAS, 2015, p.52 apud BARROS, 2003, p. 149).

Ainda, conforme o entendimento de Wald e Fonseca “a adoção é uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as qual tal relação inexiste naturalmente” (WALD, FONSECA, 2009, p.315).

Como pode ser percebido, a afetividade é um laço que envolve duas pessoas, do mesmo sexo ou não, é um ato de reciprocidade pelo qual o casal, unidos pelo sentimento de buscar a constituição de uma família que pode vir a se concretizar através da adoção. Salienta-se que a adoção é um ato de amor e afeto que se cria entre duas pessoas da família e visa dar a criança ou ao adolescente o amor, afeto, carinho, condições de uma vida melhor (DIAS, 2015).

O princípio da afetividade, este que fundamenta e norteia o direito de família, com maior ênfase na situação da família homoafetiva, sendo um elemento indispensável em qualquer entidade familiar (DIAS, 2015). Dessa forma, Lobo leciona:

[...] É o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. [...] Assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que lhe haja desamor ou desafeição entre eles. (LOBO, 2011, p. 70-71).

Entretanto, o princípio da afetividade não encontra previsão expressa na CRFB, sendo então interpretada de forma implícita com base nos princípios da afetividade, que constituem a evolução que ocorre na família brasileira atualmente, a qual além

dos princípios já elencados, tais como a igualdade entre os filhos adotivos, de modo que não sejam discriminados por sua origem (Art. 227, §6º), a possibilidade de adoção como escolha afetiva que baseia-se no princípio da igualdade de direitos, constantes no art. 227, §§, 5º e 6º da CRFB (LOBO,2011).

O conceito familiar que passa a ser é a da comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos, incluindo os adotivos que detêm a mesma dignidade da família protegida Constitucionalmente (Art.226, §4º) e por fim o direito a convivência familiar, que é a prioridade absoluta garantida a criança e adolescente (Art. 227, caput), pois corrobora na formação da personalidade infantojuvenil (LOBO, 2011).

Porém, embora se determine que a família seja a base da sociedade, percebe-se que as dificuldades encontradas por casais homossexuais na adoção têm início na concepção de família, que determina que ela só se constitui se estiver formada por um homem e uma mulher (BRASIL, 1988).

O artigo 226, §3º da CRFB, estabelece que a família é a base da sociedade, tendo atenção especial do Estado, e para que se tenha efeito de determinada proteção, a entidade familiar somente é reconhecida através da união estável entre home e mulher (BRASIL, 1988). Da mesma forma, o art. 1.723 do Código Civil, estabelece o conceito da união estável, a qual “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002- A).

Portanto, como não há alterações nas leis vigentes que possam regulamentar de forma específica a adoção por casal homossexual, o legislador por diversas vezes se omite em relação à possibilidade de concepção da entidade familiar, seja por medo do repúdio que a sociedade lhe causará ou apenas por preconceito (DIAS, 2015).

Nesse contexto, Maria Berenice Dias diz:

O repúdio social a segmentos marginalizados acaba intimidando o legislador, que tem enorme resistência em chancelar lei que vise proteger a quem a sociedade rejeita. Por puro preconceito, não aprova projetos voltados a minorias alvo da discriminação [...]. A omissão legal tem um efeito perverso. Muitos juízes resistiam em emprestar-lhes juridicidade. Interpretavam a falta de lei como correspondendo à vontade do Estado em não querer lhes conceder direitos, quando a motivação é bem outra: o preconceito [...]. A omissão do legislador leva ao surgimento de um círculo perverso. Diante da inexistência de lei, a justiça tende a rejeitar a prestação jurisdicional, negar direitos (DIAS, 2015, p.273).

Contudo, as cortes superiores vêm alterando a realidade das famílias homoafetivas, proporcionando-lhes algumas conquistas jurídicas. Conforme as palavras de Gonçalves:

No dia 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, regida pelas mesmas regras que se aplicam à casais heterossexuais. Proclamou-se, com efeito vinculante, que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. A referida corte reconheceu, assim, por unanimidade, a união homoafetiva como entidade familiar, tornando automáticos os direitos que até então eram obtidos com dificuldades da Justiça. O Superior Tribunal de Justiça, logo depois [...] aplicou o referido entendimento do Supremo Tribunal Federal, por causa do seu efeito vinculante, reconhecendo também o *status* da união estável aos relacionamentos homoafetivos. (GONÇALVES, 2012, p.532).

Deve-se ainda, salientar que a resolução 175 do CNJ determinou a vedação da proibição ou recusa por parte das autoridades em conceder a celebração da união de pessoas do mesmo sexo (Res. 175, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013). Salienta-se ainda que são diversos os princípios fundamentais que regem o direito das famílias, estes elencados na CRFB, tais como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a qual a família está intrinsecamente ligada pois é tida como valor moral, sendo inerente a pessoa humana e é tido como princípio máximo do estado de Direito, pois abre caminho para os demais, como igualdade, solidariedade, liberdade, uma coleção de princípios éticos (DIAS, 2015, p.44-45 apud PEREIRA, 2012, p.68). Nas palavras de Maria Berenice Dias:

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra no direito das famílias o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito [...], permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas. (GAMA, 2003, p.105 apud DIAS, 2015, p.45).

É de grande importância mencionar o entendimento de Rolf Madaleno:

É a dignidade da pessoa humana o fundamento do Estado Democrático de Direito do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, e se a Constituição consagra, no seu artigo 3º, ser o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir

o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, pode se compreender que o respeito à dignidade humana é a base da sustentação para a realização do princípio democrático de Direito. (MADALENO, 2013, p.44).

Outro princípio importante que rege o direito das famílias é a igualdade, este pressupõe que as pessoas que são colocadas em situações diferentes devem ser tratadas de formas desiguais. Está elencado no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, que homens e mulheres são iguais, em direitos e obrigações vedando assim qualquer ato discriminatório que ocorra entre os gêneros sexuais (MADALENO, 2013). Assim, no entendimento de Maria Berenice Dias:

A supremacia do princípio da igualdade alcançou também os vínculos de filiação, ao ser proibida qualquer designação discriminatória com relação aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (CF 227 § 6º). Em boa hora o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais [...]. Da mesma forma, a desigualdade de gêneros foi banida, e, depois de séculos de tratamento discriminatório, as distâncias entre homens e mulheres vêm diminuindo. A igualdade, porém, não apaga as diferenças entre os gêneros, que não podem ser ignoradas pelo direito. O desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre os sexos dentro do princípio da igualdade (DIAS, 2015, p.47-48).

Assim, com a evolução no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se decisões proferidas que já reconhecem as diversas formas de entidades familiares, tal como as homoafetivas, a qual destacam-se por se basearem no valor jurídico da afetividade.

Para Pereira, a família atual busca sua identificação por meio da solidariedade a qual tem, como sendo um dos fundamentos da afetividade. Conforme suas palavras “[...] no campo jurídico, o afeto é mais que um sentimento. É uma ação, uma conduta, presente ou não o sentimento. [...], está na categoria dos deveres que podem ser impostos como regra jurídica.” (PEREIRA, 2015, p.34). Desta forma, o afeto recebe importância do ordenamento jurídico brasileiro como força normativa, tornando-se assim, o princípio da afetividade, sendo de grande importância, redefiniu o Direito de Família (PEREIRA, 2015).

Para tanto, como tal tema ainda gera enormes debates, no próximo capítulo será analisado os julgados do TJ/RS e posteriormente STJ a fim de verificar se os tribunais, ao proferirem as decisões sobre os pedidos de adoções por casais homoafetivos, atentam para o princípio do melhor interesse da criança.

3 ANÁLISE DAS DECISÕES DO TJ/RS E DO STJ NOS CASOS DE ADOÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

O conceito de família tem-se alterado na mesma velocidade que as transformações ocorridas na sociedade. Após a CRFB, não só o conceito, mas a concepção da família se alterou de uma forma jamais vista, ela foi pluralizada. Surge então, as novas entidades familiares, que merecem os mesmos direitos da família tradicional, formados por homem e mulher e dentre essas novas entidades, destaca-se a família formada por pessoas do mesmo sexo, denominadas homoafetivas.

Embora ainda estigmatizada pela sociedade, obteve-se ao longo dos anos fortes avanços nas jurisprudências de modo a garantir seus direitos, dentre os quais menciona-se a possibilidade da adoção, como meio de constituir família. Do ponto de vista da criança, tal possibilidade encontra enormes vantagens, pois será inserida em uma nova família que lhe dará carinho, proteção, afeto e poderá desenvolver-se em um ambiente seguro, sempre respeitando o que é melhor para a criança. Já do ponto de vista da lei, é necessário basear-se no princípio do melhor interesse da criança, verificando a possibilidade ou não da concessão da adoção por casais do mesmo sexo.

Portanto, no presente capítulo, objetivando a busca e análise pelas decisões nos tribunais do TJ/RS e STJ, será verificado se as adoções atendem ao melhor interesse da criança e como os magistrados se posicionam frente a tais pedidos. Com a contribuição das análises das jurisprudências encontraremos maiores esclarecimentos frente ao tema em discussão.

Para tanto, serão efetuadas buscas no TJ/RS, utilizando no campo de pesquisas jurisprudências, as palavras chaves “Adoção”, “União Homoafetiva” e “Melhor interesse da criança”. Salienta-se que, quando o assunto das decisões de tribunais são pautadas em casos familiares, grande parte dessas decisões são segredo de justiça, o que torna impossível o acesso a estas, salvo a ementa e ao acórdão.

Ademais, frisa-se que nunca houve legislação expressa que proibisse a adoção de casais do mesmo sexo, mas sim, entendimentos diversos dos magistrados sobre o tema, interpretações a favor e contra, julgando conforme suas concepções morais e individuais de cada parte envolvida no processo (CUNHA, 2015). Portanto, ao solicitar o pedido de adoção conjunta, devido a tais interpretações diversas, por vezes é

concedido apenas o direito de um dos indivíduos da relação a adotar, qualificando assim como adoção homoparental.

3.1 ANÁLISE DAS DECISÕES DO TJ/RS

O presente tópico destina-se a analisar duas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, dos quais vem se posicionando de forma majoritária na possibilidade da adoção com base no princípio do melhor interesse da criança.

Portanto, a primeira decisão em análise trata-se de uma apelação cível, nº 70013801592, julgado em 05/04/2006 pela Sétima Câmara Cível, do TJRS, e teve como relatores o Desembargados (Des.) Luiz Felipe Brasil Santos e a Des. Maria Berenice Dias. Necessário destacar que foi negado provimento ao apelo por unanimidade. O acórdão da decisão tem como ementa:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

A decisão ora demonstrada, trata-se de um recurso interposto pelo Ministério Público (MP), o qual não concordando com a sentença de primeiro grau em que foi determinado a possibilidade de adoção de duas crianças, irmãos biológicos, por um casal de mulheres em união homoafetiva em que apenas uma companheira da relação procurou a justiça requerendo a adoção, e portanto, denominada adoção homoparental (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

O MP solicitou o provimento da apelação ao sustentar os seguintes argumentos:

Sustenta que: (1) há vedação legal (CC, art. 1622) ao deferimento de adoção a duas pessoas, salvo se forem casadas ou viverem em união estável; (2) é reconhecida como entidade familiar a união estável, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher; (3) nem as normas constitucionais nem as infraconstitucionais albergam o reconhecimento jurídico da união homossexual; (4) de acordo com a doutrina, a adoção deve imitar a família biológica, inviabilizando a adoção por pares do mesmo sexo. Pede provimento (RIO GRANDE DO SUL, 2006, p.2).

Para tanto, o MP se baseia na impossibilidade do deferimento da adoção por casais em relação homoafetiva, pois seria necessário que estivessem em união estável, o que não se enquadra, segundo o MP, para as requerentes (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Para Dias, não há nada que diferencie a convivência homoafetiva da união estável heterossexual, pois ambas, quando cumpridos os requisitos da relação contínua, duradoura, pública e que tenham como finalidade a constituição de uma família, não há motivos para não reconhecer como união estável (DIAS, 2015).

O Des. Luiz Felipe Brasil Santos, em seu relatório descreve que “[...] a requerente [...] postula a adoção dos menores P.H.R.N [...] e J.V.R.M [...]. E ambos são filhos adotivos de LRM com quem ora a requente mantém relacionamento aos moldes da entidade familiar há oito anos.” (RIO GRANDE DO SUL, 2006, p.3). Demonstra em seu relatório que a relação homoafetiva já vem sendo reconhecida como união estável, sendo o tema consolidado no referido tribunal, em que o juiz não tendo legislação que trate do caso, utilizar-se-á por meio de analogia, conforme constante no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) e desta forma o Des. Luiz cita uma jurisprudência diversa em seu parecer. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.

A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos

casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (AC 70009550070, J.EM17.11.2004, Rel. Maria Berenice Dias), (RIO GRANDE DO SUL, 2006, p.5).

Assevera o que atualmente, como leciona Fachin, a família homoafetiva pode ser comparada com a eudemonista, ou sejam baseia-se na busca pela felicidade, da realização pessoas dos membros que compõe a família, seja ela heterossexual ou homossexual. Ainda em suas palavras, o qual expressa ser incontestável que, o que leva tais pessoas conviverem em união homoafetiva é o amor, como assim descreve “[...] são relações de amor, cercada, ainda, por preconceitos. [...] Aptas a servir de base para entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher.” (RIO GRANDE DO SUL, 2006, p.6).

Relata o Des. Luiz que o entendimento contrário a causa costuma ter como escopo o argumento que tais entidades familiares não estão especificadas na CRFB, em especial no art. 226, e que a relação entre as duas pessoas do mesmo sexo não se equipara a união estável (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Nesse sentido, assevera Dias (2015) que na busca por um conceito do que seja entidade familiar, é necessário que se tenha uma visão mais pluralista da questão, pois é necessário abarcar uma vasta gama de arranjos familiares. A CRFB quando definiu o conceito de entidade familiar determinou como sendo, a união estável entre homem e mulher, a família monoparental e aquelas formadas pelo casamento. Entretanto, em suas palavras determina que “[...] os tipos de entidades familiares explicitados são meramente exemplificativos.” (DIAS, 2015, p.131). Portanto, tendo em vista a amplitude de possibilidades de reconhecimento de entidades familiares, não se pode excluir deste âmbito a família homoafetiva (DIAS, 2015). Ainda em suas palavras, Dias expõe que:

Não há, portanto, como deixar de visualizar a possibilidade de reconhecimento de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo. O adjunto adverbial de adição “também”, utilizado no parágrafo 4º, do artigo 226 da Constituição Federal (“Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”), é uma conjunção aditiva, a evidenciar que se trata de uma enumeração exemplificativa da entidade familiar. Só as normas que restringem direitos têm de ter interpretação de exclusão (DIAS, 2000, p.168).

Para tanto, nessa linha de pensamento, citar-se-á parcialmente a ementa de uma decisão ocorrida no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG), a qual teve como relatora a Des. Heloísa Combat, aqui referenciado por Rodrigo da Cunha Pereira (2015), que conferiu o caráter de entidade familiar a um casal homoafetivo após preenchidos os requisitos da união estável, veja-se:

[...] À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais não pensadas. A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. (MINAS GERAIS, 2007 apud PEREIRA, 2012, p. 215).

Necessário destacar a explanação do Des. Luiz F. B. Santos, que partindo do pressuposto que a união homoafetiva quando cumpridos os requisitos da união estável, quais sejam convivência pública, duradoura e com o objetivo de constituir família, devem estes ser equiparados a união estável, sendo reconhecido o direito de adotar uma criança ou adolescente de forma conjunta (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Assevera ainda, que nem sempre o papel de pai é exercido por um indivíduo do sexo masculino, mas que isso não impede no desenvolvimento da criança. Demonstra, que por meio de pesquisas científicas não haver nenhum problema na adoção de crianças por casais homoafetivos, o que pelo contrário, muitas vezes a criança quando adotada recebem mais afeto e proteção do que na família de origem (RIO GRANDE DO SUL, 2006). Em uma de suas citações, aprecia o estudo de Navarro, Llobell e Bort, seguindo a ideia de que uma família homoafetiva não traz problema algum no desenvolvimento da criança, e do qual destaca em tradução livre, o seguinte:

Os resultados oferecem de forma unânime dados que são coerentes com o postulado da parentalidade como um processo bidirecional que não está relacionado com a orientação sexual dos pais. Educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais (Frias Navarro, Pascual Llobell e Monterde Bort. Hijos de padres homosexuales: qué les diferencia. Texto cedido, em meio eletrônico, pela Dra. Elizabeth Zambrano), (RIO GRANDE DO SUL, 2006, p.15).

Na mesma linha de pensamento, de maneira a complementar a questão em exposição, Madaleno citando Dias, expõe:

Segundo Maria Berenice Dias, estudos já realizados nos Estados Unidos demonstram inexistirem riscos de seqüela na formação da personalidade do adotado por homossexuais, como apregoado pelo temor de uma criança ou adolescente criado por homossexuais também pudesse se tornar um homossexual, ou pudesse ser socialmente estigmatizado por seus colegas de escola e pela comunidade em geral. Lembra existirem filhos naturais de homossexuais que já foram casados nem por isso sua prole sofreu qualquer seqüela psicológica ou de aversão social, observando que a demanda judicial tem focado muito mais o preconceito do que o desempenho e a habilidade no exercício do papel homoparental, ficando em plano inferior o interesse prevalecente do infante. (DIAS, 2006, p. 101-103 apud MADALENO, 2013, p.668).

Destaca ainda, o des. Luiz F. B. Santos, que o importante é a qualidade do vínculo e do afeto que a criança tem para com sua família, e, expressa que já chegou a hora abandonar os preconceitos e “[...] atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos da criança e adolescente (Art. 227 da Constituição Federal).”, (RIO GRANDE DO SUL, 2006, p.16).

Por fim, o Desembargador Luiz F.B. Santos, analisa o relatório de avaliação realizado por assistentes sociais, do qual descreve a recorrente e sua companheira estão em união homoafetiva desde 1998, sempre mantiveram discrição de sua relação na presença das crianças e que ambas as crianças reconhecem as recorrentes como sendo suas mães, tendo boa convivência com a família e escola sem nunca terem sido alvos de discriminação (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Demonstra ainda que a recorrente sempre teve a vontade de adotar as crianças, como meio de proteger seu futuro, principalmente pelo fato de que sua companheira possui problemas de saúde, e que com a adoção, caso ocorre a morte da companheira, a recorrente teria direito a guarda da criança. O parecer tem por fim que a adoção pela recorrente e sua companheira apresentam reais vantagens às crianças, conforme estudo social realizado por assistentes sociais (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Deste modo, o des. opta por negar o provimento ao apelo do MP, o qual recebe concordância do des. Ricardo Raupp Ruschel. Entretanto, a des. Maria Berenice Dias ressalta que tal decisão é histórica e pioneira tanto para o TJ/RS como para a questão

da adoção homoafetiva no país. Assevera a importância de adoção neste caso, pois como já mencionado, L. possui problemas de saúde, e caso venha a falecer, tem como objetivo ao menos garantir os direitos as crianças de se manter com Li, pelo poder que a adoção lhe concede (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

O referido desembargador, Luiz F. B Santos explana que embora ainda haja muita resistência em conceder a adoção para casais do mesmo sexo, é necessário deixar a hipocrisia de lado, buscar sempre atender o direito pela proteção integral das crianças. Expõe ainda que não há impedimento legal que proíba a adoção por apenas uma pessoa, quando o casal homoafetivo resolve constituir uma família, apenas um dos membros requer a adoção junto a justiça, que ora denominasse adoção homoparental (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Destarte, Maria Berenice Dias ao finalizar seu parecer sobre o tema em questão, expõe a seguinte crítica ao MP:

[...]Ao acolher-se eventualmente o recurso interposto por quem tem o dever legal de proteger crianças e adolescentes, o que isto mudaria? Afinal, o que quer o agente ministerial? Que essas crianças sejam institucionalizadas? Que as mães se separem?

Pelo jeito é isso que pretende o recorrente, pois toda a linha de argumentação que é vertido no recurso é que a convivência poderia gerar consequências de ordem comportamental ou na identidade sexual das crianças. Ora, se é perniciosa a convivência o que quer o recorrente é acabar com o convívio, é afastar os filhos de suas mães. Quem sabe coloca-las em um abrigo ou entrega-las em adoção a um casal heterossexual (RIO GRANDE DO SUL, 2006, p.22-23).

No entendimento da des. Maria Berenice Dias, não há outra justificativa pela interposição do recurso pelo MP senão meramente por preconceito da adoção por casal homoafetivo. Ressalta que a falta de lei não é motivo para a Justiça deixar de julgar ou no caso, fazer justiça e que a omissão por parte do legislador não pode ser utilizado como fundamento para impor obstáculos para que se conceda a adoção, pois deixaria de reconhecer direitos (RIO GRANDE DO SUL, 2006). Complementando a linha de raciocínio, Rodrigo da Cunha Pereira assevera:

O não reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, independentemente de nomeá-la união estável ou não, revela a subjetividade e as concepções morais particularizadas dos julgadores e legisladores. Sabemos que todos os julgadores são imparciais, mas não neutros. Neutralidade é um mito que caiu por terra com o discurso psicanalítico, quando Freud revelou ao mundo a existência do sujeito inconsciente (PEREIRA, 2012, p.202).

Portanto, ao analisar a referida jurisprudência, fica demonstrado que por diversas vezes a adoção não é possível pelo preconceito daquele que deveria zelar pelos direitos da criança, como foi o caso do recurso interposto pelo MP, afim de impossibilitar a adoção alegando não haver dispositivos legais que autorizassem tal demanda. Necessário demonstrar que a Lei 12.010/2009 ainda não havia sido instituída, portanto, o princípio do melhor interesse da criança não estava expresso na legislação – ECA – sendo esta decisão utilizada como marco temporal nas decisões envolvendo casais homoafetivos no que tange a adoção de crianças e adolescentes (BRASIL, 2009, E)

Entretanto, mister destacarmos que esta foi a primeira decisão no que tange a adoção por casais homoafetivos, e como Maria Berenice Dias cita ao final do seu voto, que tal decisão é pioneira no Brasil. Dessa forma, tal julgamento abre as portas para que o judiciário possa, a partir dessa decisão, estender os direitos aos casais homoafetivos e principalmente no que tange a criança, levando em conta sempre seus interesses maiores, encontrar uma família que lhe dê atenção e afeto.

A próxima decisão a ser analisada trata-se de uma apelação cível, nº 70031574833, julgado em 14/10/2009, pela Sétima Câmara Cível, do TJRS, e teve como relator o Desembargador (Des.) André Luiz Planella Villarinho. Mister destacar que foi dado provimento à apelação. Tal acórdão tem como ementa:

Ementa: APELAÇÃO CIVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. ADOÇÃO HOMOPARENTAL. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO. Embora a controvérsia na jurisprudência, havendo possibilidade de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante precedentes desta Corte, igualmente é de se admitir a adoção homoparental, inexistindo vedação legal expressa à hipótese. A adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança. Estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitandas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos do § 2º do art. 42 do ECA, com a redação dada pela Lei 12.010/2009. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70031574833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/10/2009) (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

A decisão acima demonstrada, trata-se de um pedido formulado por duas mulheres que se encontravam em união estável, e procuraram a justiça requerendo a

possibilidade da adoção de uma criança de forma conjunta. Foi negado em primeira instância, mas ressaltado a possibilidade de adoção unilateral por apenas uma das partes da relação, denominado desta forma na ementa como adoção homoparental (RIO GRANDE DO SUL, 2009). Nas palavras do Desembargador André Villarinho:

Trata-se de apelação interposta por Vanessa A. S. e Cláudia E. N. B. à sentença que, nos autos da habilitação à adoção, julgou improcedente o pedido de adoção conjunta, ressaltando a possibilidade de adoção unilateral por uma das partes (RIO GRANDE DO SUL, 2009, p.2).

As requerentes, descontentes com tal decisão, alegaram que mantinham união estável e que preenchiam todos os requisitos necessários para o pleito da adoção em conjunto. Entretanto, conforme o des. André, tem-se conferido o tratamento igualitário de casais formados por pessoas do mesmo sexo frente a casais heterossexuais, quando preenchidos os requisitos pertinentes do art. 1.723 do Código Civil em consonância com o art. 1.622 (RIO GRANDE DO SUL, 2009). Verifica-se o disposto no referido artigo:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002, A).

Constata-se no artigo supra citado, que somente é reconhecido com entidade familiar quando em união estável constituído por homem e mulher. Porém, o Des. André Villarinho cita a ementa de outra jurisprudência na qual confere o direito do reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos. Veja-se:

[...] O ordenamento jurídico brasileiro não disciplina expressamente respeito da relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo. Da mesma forma, a lei brasileira não proíbe a relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Logo, está-se diante de lacuna do direito. Na colmatação da lacuna, cumpre recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito [...]. Na busca da melhor analogia, o instituto jurídico, não é a sociedade de fato. A melhor analogia, no caso, é a com a união estável. O par homossexual não se une por razões econômicas. Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas relações de índole emotiva, sentimental e afetiva [...] (Apelação Cível Nº 70021637145, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/12/2007), (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

Para tanto, temos que, quando não expresso na legislação, o magistrado não pode deixar de proferir sentença, sendo então, sua melhor escolha a analogia para que possa decidir da melhor forma possível, em especial no caso citado, reconhecimento da união estável. Para Rolf Madaleno o reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos só foi possível após vários tribunais utilizarem-se de analogia, desde que demonstrados os requisitos convivência pública, de forma contínua e duradoura e que tivessem o mesmo objetivo do casal heterossexual, formar uma família (MADALENO, 2013).

Portanto, havendo o reconhecimento da união estável e conseqüentemente o reconhecimento como uma entidade familiar, é admitido com base nos mesmos princípios, a possibilidade de adoção por um dos cônjuges, ora denominada adoção homoparental (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

As adotantes solicitaram a inclusão da habilitação para a adoção, bem como um estudo social que atestasse que o relacionamento estável, a condição emocional e financeira de ambas, se mostrasse favorável a adoção, o que tornou-se evidente, após o estudo técnico realizado por uma assistente social a qual declarou as requerentes como aptas a servir de referência para o bom desenvolvimento da criança (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

Nesse contexto, necessário destacar que a inclusão de habilitação para adoção, que encontra-se respaldado no art. 197-A, ECA, estabelece que a adoção só será concedida quando os adotantes cumprirem todos os requisitos legais estabelecidos, tais como estabilidade financeira, emocional, e que não tenham antecedentes criminais (COSTA; PORTO, 2013). Requisitos estes, preenchidos pelas requerentes.

Ainda, mesmo que tais requisitos sejam preenchidos conforme estabelece a legislação, a adoção só será concedida quando apresentar reais vantagens ao adotante e ao adotado, da mesma forma como explana Paulo Lobo em um de seus ensinamentos, que merece ser reproduzida na íntegra:

O juiz verificará se a adoção contempla o efetivo de benefício do adotando. Este é requisito essencial, que não pode ser dispensado pelo juiz, na fundamentação da sentença, densifica o princípio da dignidade da pessoa humana do adotando e o princípio do melhor interesse da criança [...]. O efetivo benefício se apura tanto na dimensão subjetiva quanto na objetiva. Na dimensão subjetiva, cumpre ao juiz avaliar se há indicadores de viabilização do efetivo relacionamento de afinidade e afetividade entre adotantes e adotando. Na dimensão objetiva, serão observadas as condições que

ofereçam ambiente e convivência familiar adequados, em cumprimento ao princípio da prioridade absoluta previsto no art. 227 da Constituição, que assegurem o direito ao filho à saúde, à segurança, à educação, a formação moral e ao afeto (LOBO, 2011, p.287).

Portanto, ao estarem habilitadas para adoção, atentando-se sempre com o princípio do melhor interesse da criança, garantiu-se a possibilidade de adoção de forma conjunta, e que nas palavras do Des. André “[...] admitir a adoção homoparental implica em possibilitar que mais crianças encontrem uma família que lhes dê afeto e segurança, atendendo assim, ao preceito contido no art. 227 da Constituição Federal.” (RIO GRANDE DO SUL, 2009, p.7).

Na mesma intenção do desembargador que invoca o conceito família eudemonista, comparando-a com a família homoafetiva, descreve Rolf Madaleno “[...] é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive em processo de emancipação de seus membros.” (MADALENO, 2013, p.27). Por fim, o desembargador André Villarinho, faz a seguinte menção:

O conceito de pai e mãe se baseia nos princípios do amor, até mais do que no “gerar”, desimportando que tal função seja exercida por um homem ou uma mulher, por dois homens, por duas mulheres, ou apenas por um indivíduo. Importa, isso sim, que as necessidades da criança estejam plenamente supridas, notadamente as afetivas, sendo possível, fática e juridicamente, que a adoção seja exercida conjuntamente por pessoas do mesmo sexo (RIO GRANDE DO SUL, 2009, p.8).

Destarte, ao analisar a jurisprudência em questão, ficou demonstrado que quando não há uma lei em específico para legislar sobre a adoção a casais homoafetivos, o magistrado deve orientar-se por meio de analogia. Cabe ao magistrado, ainda, atentar-se sempre ao princípio do melhor interesse da criança, para que assim a adoção, preenchidos os requisitos legais, sirva como meio de proteger os direitos da criança e adolescente, de modo que as adotantes lhes proporcionem afeto, amor, proteção e um ambiente seguro e saudável para seu desenvolvimento.

Ressalta-se que as duas jurisprudências aqui analisadas foram as primeiras no estado do Rio Grande do Sul, concedendo a adoção para casais do mesmo sexo. O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, bem como a equiparação a união estável só foi possível após o julgamento da ADI 4.722 e a ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal e que por efeito vinculante o Superior Tribunal de

Justiça acatou a decisão. Portanto, no próximo tópico serão analisadas jurisprudências do STJ no que tange a adoção por casal homoafetivo e se o princípio do melhor interesse da criança é efetivamente exercida.

3.2 ANÁLISE DAS DECISÕES DO STJ

Após o julgamento da ADI 4.722 e da ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal em 2011, em que passou a reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, garantindo todos os direitos que a família heterossexual possui, bem como equiparando-a com a união estável, o Superior Tribunal de Justiça, em virtude da decisão com força vinculante adotou o mesmo entendimento (GONÇALVES, 2014). Referindo-se ao efeito vinculante, Madaleno expõe:

Ao impor efeito vinculante e declarar obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, conquanto atendidos os mesmos pressupostos exigidos para a constituição da união entre o homem e a mulher, e estender com idêntica eficácia vinculante os mesmos direitos e deveres aos companheiros do mesmo sexo, o STF assegurou aos companheiros homoafetivos a plêiade dos direitos elencados no livro do Direito de Família do Código Civil brasileiro, prioritariamente consagrados aos casais heterossexuais, como os alimentos [...], a sucessão hereditária [...], o direito à adoção [...] (MADALENO, 2013, p.29).

Necessário destacarmos que devido ao tema da adoção por casais homoafetivos ora analisados é relativamente novo nos tribunais, poucos são os casos encontrados envolvendo o TJ/RS e o STJ, e que estejam dentro dos limites desta pesquisa.

Portanto, cabe destacar que serão analisadas duas decisões no âmbito do STJ, sendo que primeira análise a ser realizada será o recurso especial interposto pelo MP em relação ao caso de adoção por casais homoafetivos no Rio Grande do Sul ocorrido em 2006, tido como marco temporal nas decisões relativas ao tema supra citado. Ressalta-se que a Lei 12.010/2009 já estava em vigor quando tais decisões foram proferidas no STJ, aqui analisadas. Isto posto, partimos para as análises.

A primeira decisão a ser analisada no STJ, trata-se de um recurso especial (REsp.), nº 889.852/ RS, julgado em 27/04/2010, pela Quarta Turma do STJ, e teve como relator o Ministro Luis Felipe Salomão, e para os votos, os Ministros Aldir Passarinho Junior, Honildo Amaral de Mello Castro e João Otávio de Noronha, sendo

que por unanimidade, negaram provimento ao REsp. O acórdão da decisão tem como ementa:

Ementa. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

A ementa acima demonstrada trata-se do recurso especial interposto pelo MP, em face das recorridas que solicitaram a adoção dos menores JVRM e PHRM, ambos irmãos biológicos. As recorridas vivem em união homoafetiva desde 1998 e na sentença de primeiro grau que julgou procedente o pedido de adoção, ficou demonstrado por meio de estudo social realizado por assistentes sociais, que as recorridas estarem aptas para a adoção das crianças. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

Não satisfeito, o MP interpôs o recurso especial alegando que tal adoção afrontaria o que dispõe os artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil bem como o art. 1º da lei 9.278/96 e o art. 4º de introdução ao Código Civil, além de alegar ainda, que as decisões recorridas estão em desacordo com o que outros tribunais têm decidido, ora denominando-se dissídio pretoriano (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

Conforme relata o Des. Luis Felipe Salomão, o MP requereu que fosse a união homoafetiva definida apenas como sociedade de fato, o que incidiria o disposto no art. 1.622, Código Civil, que define a entidade familiar aquela formada por homem e mulher, ou seja, seria necessário a diversidade de sexos, o que vedaria a adoção pelo casal de forma conjunta (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

Sob o mesmo contexto, Madaleno assevera que para o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, merece os mesmos direitos que a família heterossexual, o caminho seguido pelos tribunais foi a equiparação com a união estável, quando estes manifestassem convivência pública, contínua e duradoura. Destarte, demonstra que ainda havia muita resistência por parte das decisões em estabelecer a união estável homoafetiva, visto que o requisito fundamental era a diversidade de sexos (MADALENO, 2013).

Em seu voto, expõe que a adoção é uma demonstração máxima de amor para com uma criança, e que ao ser possibilitada a adoção, visando sempre o atendimento dos melhores interesses da criança, torna-se um ato de humanidade. Acentua ainda para o fato que ao conceder a adoção para o casal homoafetivo, as crianças terão seus direitos garantidos, bem como o convívio com a requerente, tendo em vista que já ficou demonstrado que uma das companheiras está doente, e caso esta venha a falecer, as crianças terão direito à sucessão e alimentos (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

Destaca-se, que no caso em questão, o fato de não haver proibição na lei no que tange a adoção por casais homoafetivos, deve-se sempre atentar para o melhor interesse da criança, como demonstra o relator ao citar o art. 1º da Lei 12.010/90, que assegura o direito a convivência familiar (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

Portanto, conforme o relator expõe em seu voto, é necessário buscar atender ao melhor interesse da criança de forma a garantir seus direitos, conforme consta ao art. 43, ECA, a qual dispõe que a adoção somente será concedida se apresentar reais vantagens ao adotando. Portanto, ao analisar o caso concreto, em seu entendimento, é que tal adoção traz inúmeras vantagens as crianças e indeferir a adoção, traria apenas prejuízos (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010). Para Costa e Porto, é necessário sempre buscar atender aos melhores interesses da criança, ou seja, a adoção deve priorizar o que é melhor para criança e nunca o que for melhor para o adotante (COSTA; PORTO, 2013).

Para Barboza, mesmo que haja uma tendência maior em dar preferência ao vínculo afetivo biológico, deve o magistrado sempre, atentar para o melhor interesse da criança, de forma a garantir seus direitos (BARBOZA, 2000).

Ressalta-se que na sentença anterior, foram demonstrados diversos estudos que a adoção por casais homoafetivos em que nada afetaria ao crescimento ou ao desenvolvimento das crianças, e para tanto, não traria nenhum problema psicológico. Citando uma passagem da sentença anterior em que “[...] a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, social e de funcionamento sexual quanto à crianças cujos pais são heterossexuais.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010, p.8).

Ao finalizar do seu relatório, o Exmo. Sr. Des. Luis Felipe Salomão, destaca o fato de que as uniões homoafetivas merecem o mesmo tratamento condicionadas as uniões estáveis heterossexuais pois o fato de ser um casal formado por pessoas do

mesmo não impede em nada adoção. Diante de tal relatório, opta por negar provimento ao recurso especial (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

Por fim, tem-se os votos dos demais Ministros da decisão, o qual o Sr. Ministro Aldir P. Junior, declara-se a favor da adoção pelo casal homoafetiva. O voto do Exmo. Sr. Ministro Honildo A. de Mello Castro, também a favor da adoção, acrescenta que o Pacto de São José da Costa Rica estabelece em seu art. 11, no qual o Brasil faz parte, determinando o respeito à dignidade da pessoa humana, o que não justificaria realocar as crianças a centros de acolhimentos, e que tal ato afrontaria ao seu melhor interesse. Portanto, sendo a favor da adoção e negando provimento ao recurso (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

O Ministro João Otávio de Noronha, também a favor da decisão do relator, concedendo a adoção e negando provimento ao recurso especial interposto, finaliza seu voto realizando uma crítica ao MP, que ao recorrer da sentença de primeiro grau, não trouxe nada de relevante para o caso, ou seja, conforme suas palavras “[...] é incapaz de escrever uma linha sobre essas questões sociais, sobre o interesse dos menores, trazendo apenas leis e questões legais.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 2). Ainda, destaca-se que tal crítica merece ser transcrita. Veja-se:

[...] É interessante observar que, nesse estudo, traz algumas informações importantes. Por exemplo: primeiro, que as duas vivem uma relação séria e estável. A assistente social chega a essa conclusão para recomendar a adoção, dizendo que não há nenhuma relação de promiscuidade. [...] O fato de ser uma relação homoafetiva não traz nenhuma influência na opção sexual dessas crianças ou na futura opção sexual desses meninos adotados [...]. Segundo ponto: não vamos permitir a adoção e impedir que essas crianças tenham uma melhor assistência médica, melhor assistência social, que usufruam das rendas ou de uma eventual pensão dessa segunda pretensa adotante? Vamos deixar as crianças em abrigos públicos? Por que agora é assim, vêm com todo esse formalismo e apelo moral mas deixam a criança no abrigo, onde sofre violência [...]. Terceiro, precisamos parar com essa falsidade, quiçá hipocrisia, de que elas podem fazer mal aos meninos. As famílias de pais héteros têm nos dado seguidos exemplos de maus tratos às crianças [...] (VOTO, MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010, p.1).

Portanto, tem-se que ao analisar tal jurisprudência, constatou-se que primeiramente, a maior dificuldade do casal homoafetivo em adotar uma criança parte dos obstáculos que lhes são impostos no processo de adoção, ou seja, mesmo que vários tribunais lhes concedam a equiparação a união estável, e lhes atribua a característica de entidade familiar, o preconceito em viabilizar a adoção se faz muito presente. Tal qual pôde ser percebido, o MP, neste caso, não buscou atender ao

melhor interesse da criança, que ao entendimento do Des. Luiz F. Salomão, seria de permanecer junto às adotantes, que lhes dá atenção e proteção, muitas vezes mais até que a família heterossexual, mas que visou inteiramente em buscar, com todos os argumentos possíveis, impossibilitar a adoção.

A próxima jurisprudência a ser analisada trata-se de um Recurso Especial, nº 1540814 / PR, julgado em 18/08/2015, pela Terceira Turma do STJ, e teve como relator o Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas, para o voto, estiveram presentes os Ministros, Marco Aurélio Belizze, Mauro Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino, que votaram por unanimidade, negar provimento ao REsp. A decisão tem como ementa:

Ementa. RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO DE HOMOAFETIVO NO REGISTRO PARA ADOÇÃO DE MENORES. POSSIBILIDADE. LIMITE DE IDADE PARA SER ADOTADO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REQUISITOS DO RECURSO NÃO PREENCHIDOS. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO PREQUESTIONADOS. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

A ementa em questão, trata do recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná (MP/PR), contra decisão de primeiro grau que negou provimento ao recurso de apelação. No processo de origem, o recorrido R.G da S. procurou a justiça com a finalidade de habilitar-se para adoção de uma criança, entre as idade de 3 e 5 anos, podendo ainda ser a criança portadora de HIV, filhos de alcóolatras ou usuários de entorpecentes. Em processo de primeiro grau, o magistrado responsável pelo caso realizou considerações a respeito da possibilidade de casais homoafetivos adotarem uma criança, bem como mencionou os princípios da igualdade, da não-discriminação e ao princípio do melhor interesse da criança, utilizando-se como base o art. 50, §§ 1º e 2º do ECA. Por fim, determinou procedente o pedido de habilitação para adoção da criança (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

Importante destacarmos os princípios ora elencados no processo de origem, que se faz necessário para melhor entendimento aos casos envolvendo casais homoafetivos. Para Madaleno, o princípio da igualdade, bem como o princípio da não discriminação, visam impedir qualquer forma de discriminação quando voltado ao filho adotado, este não pode sofrer discriminação por sua origem biológica, pois conforme a lei, todos somos iguais (MADALENO, 2013).

Conforme já exposto, o princípio do melhor interesse da criança se baseia no atendimento prioritário aos interesses do menor, que em suas palavras expõe “[...]”

garantir não só a melhor solução para o atual interesse, mas também que tal medida seja definitiva e preventiva em relação ao problema enfrentado.” (COSTA; PORTO, 2013, p.174).

Em relação a art. 50, §§ 1º e 2º que o magistrado utilizou-se de base para conceder a adoção a R.G. das S, Costa e Porto asseveram que o MP deve zelar os direitos da criança, com base nos estudos sociais realizados pelos assistentes sociais, observando se o requerente da adoção possui todos os requisitos legais, e preenchendo tais requisitos, não importando sua opção sexual, deve-se conceder a adoção (COSTA, PORTO, 2013). Ainda nas palavras das autoras, que explanam:

Aqui cabe refletir acerca dos pedidos de adoção por par homossexual, matéria que ainda não foi incluída no Estatuto, porém é recorrente no Judiciário, o qual tem se posicionado favoravelmente à adoção, após a constatação de que foram satisfeitos os requisitos legais, não sendo colocado empecilho a orientação sexual do postulante. (COSTA; PORTO, 2013, p. 91).

Necessário se faz, demonstrar a ementa da decisão de segunda instância, que por unanimidade de votos, concedeu a adoção por pessoa homoafetiva, veja-se:

"APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO DE HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE ADOÇÃO, POR PESSOA HOMOAFETIVA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUE DEFENDE A NECESSIDADE DE O ADOTANDO TER IDADE SUPERIOR A DOZE ANOS PARA MANIFESTAR SUA CONCORDÂNCIA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL PARA IMPOSIÇÃO DE LIMITES. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ESTUDOS DEMONSTRANDO A AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS AO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA, QUE ESTÁ RELACIONADO À QUALIDADE DO VÍNCULO AFETIVO EXISTENTE DENTRO DA UNIDADE FAMILIAR E NÃO A ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. CONSTATAÇÃO DE QUE A ADOÇÃO DE CRIANÇAS POR PESSOA HOMOAFETIVA DEVIDAMENTE CAPACITADA, COMO O APELADO, ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE. GARANTIA DO DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA" (fls. 157-158, e-STJ), (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

Não obstante, no recurso especial interposto pelo MP, que alegou que a adoção de uma criança ou adolescente apenas seria possível se esta tivesse a idade mínima de 12 anos, conforme preceitua o princípio da proteção integral da criança, já tivesse consciência de seu consentimento concordando ou não com a adoção (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

Em seu relatório, o Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, destaca não haver legislação que especifique a necessidade da criança ter 12 anos para ser

adotada por um casal homoafetivo ou solteiro, ou qualquer restrição sobre idade e orientação sexual dos postulantes. Salienta que no que tange ao tema da homoafetividade, pouco a pouco, o conceito de família tem-se alterado e a sociedade aceitando tal fato, tem-se possibilitado a união entre pessoas do mesmo sexo, devendo estas receberem a proteção do Estado (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA). Assevera, ao finalizar seu relatório a seguinte afirmação:

[...] Sob o enfoque do menor, não há, a princípio, restrição de qualquer tipo à adoção de crianças por pessoas homoafetivas. Isso, porque, segundo a legislação vigente, caberá ao prudente arbítrio do magistrado, sempre sob a ótica do melhor interesse do menor, observar todas as circunstâncias presentes no caso concreto e as perícias e laudos produzidos no decorrer do processo de adoção. [...] O bom desempenho e bem-estar da criança estão ligados ao aspecto afetivo e ao vínculo existente na unidade familiar, e não à opção sexual do adotante (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010, p.5).

Portanto, ao final de seu relatório, o relator des. Ricardo Villas Boas Cuevas, opta por negar provimento ao recurso especial interposto pelo MP/PR. Verifica-se, que a maior dificuldade do processo de adoção se dá pelo preconceito ou excesso de zelo por parte das entidades públicas com os direitos da criança, tais como o MP, que por diversas vezes protelou por meio de recursos os pedidos de adoção, alegando que a união homoafetiva não era reconhecida como entidade familiar, buscando raras as vezes atentar para o que seria melhor para criança. Enquanto os magistrados, buscando suprir a lacuna que a lei fornece, por meio de analogia concedendo a adoção para casais homoafetivos.

CONCLUSÃO

O referido Trabalho de Conclusão de Curso buscou verificar a possibilidade da adoção por casais homoafetivos a partir das decisões dos tribunais de justiça do RS e do STJ e se estes baseavam-se no princípio do melhor interesse da criança, quando da disponibilidade de ser adotada por um casal homoafetivo. Verificou-se que a concessão da adoção deve seguir os requisitos legais por parte dos adotantes, e que, principalmente no que tange à adoção, eis que este é um ato de amor incondicional para com o outro, o qual deve-se sempre levar em conta seus interesses de modo que possa-se zelar por seus direitos fundamentais.

O presente trabalho teve como objetivo específico analisar o princípio do melhor interesse da criança com base nas leis 8.069/1990 e 12.010/2009, a partir da Teoria da Proteção Integral, estudando a história e evolução do conceito de família e os novos modelos de entidade familiar verificando o posicionamento do TJ/RS e do STJ.

Como hipótese, buscou verificar se no posicionamento das decisões do TJ/RS e do STJ, baseavam-se no princípio do melhor interesse da criança, estando alicerçados em princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade e o da não discriminação.

Preliminarmente, no primeiro capítulo, estudou-se a Teoria da Proteção Integral dada as crianças e adolescentes, seu lineamento histórico desde o Código de Menores de 1927 até o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, desde seu estado em situação irregular o qual era tido apenas como um objeto de intervenção por parte do Estado até receber o título de pessoas sujeitos de direito, passando pelo direito constitucional ao afeto e a convivência familiar, estudando seus princípios, onde constatou-se que a criança precisa de um ambiente seguro para que possa se desenvolver como pessoa humana, bem como receber todo afeto e amor possível de seus pais.

Em um segundo momento, abordamos sobre a origem da família, desde a Era Romana, onde o pai era a autoridade da família e a mulher totalmente submissa a ele até a contemporaneidade, passando pelos princípios norteadores do direito de família,

finalizando o segundo capítulo com as novas entidades familiares e a sua proteção na Constituição Federal de 1988.

Por fim, no terceiro capítulo, analisamos as decisões do TJRS, em que constatou-se que o referido tribunal vem, a muito tempo, concedendo a união estável à casais homoafetivos de modo que possam ser equiparados a entidade familiar e tenham a possibilidade de adotar. Analisamos a primeira decisão proferida no RS e que “abriu as portas” para que outros tribunais pudessem legislar sobre o tema. Verificou-se que o magistrado analisou e julgou os casos envolvendo casais homoafetivos por meio de analogia. Nas decisões do STJ, ao analisar as decisões constatou-se que mesmo após o julgamento da ADIN 4.722 e ADPF 132 no ano de 2011, ainda há grande relutância em permitir que casais homoafetivos adotem crianças, seja por receio de que a homossexualidade dos pais adotivos interfira no desenvolvimento da criança, ou por preconceito, ao não reconhecer a família homoafetiva como uma entidade familiar.

Para que o trabalho tivesse credibilidade e despertasse o interesse do leitor, ao final da pesquisa, realizou-se uma busca no tribunal de justiça do Rio Grande do Sul e Supremo Tribunal de Justiça a fim de verificar se as decisões proferidas sobre adoção por casais homoafetivos, atendiam ao princípio do melhor interesse da criança. Constatou-se que nas decisões ora analisadas, os magistrados baseiam-se no princípio do melhor interesse da criança ao possibilitar que a criança seja adotada por casais homoafetivos, desde que os adotantes preencham os requisitos legais estabelecidos em lei. Analisou-se ainda, que nas decisões os magistrados buscaram atender aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, bem como buscando sempre a não discriminação pela orientação sexual dos adotantes.

Para o acadêmico, ter a oportunidade de estudar acerca da Teoria da proteção integral da criança, conhecer todo o lineamento histórico da proteção dada as crianças, desde o Código de Menores de 1927 até o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, bem como a importância da criança desenvolver-se em uma família que lhe dê proteção e afeto, passando a estudar as novas entidades familiares foi de grande valia para o conhecimento, pois pôde demonstrar que as famílias podem ser compostas não somente pelos laços sanguíneos, mas por laços de afeto, amor, que são providos pelos pais para seus filhos e estes para com seus pais.

Desta forma, munido de muita informação que foi possível no decorrer do estudo, fica evidenciado a falta de uma regulamentação que autorize especificamente

a adoção por casais homoafetivos, tendo em vista que os magistrados precisam utilizar-se por meio de analogia, e que por vezes, conforme seu conceito moral do que é uma entidade familiar, possibilitam ou não a adoção por pares homoafetivos.

Por fim, acredito que tal tema merece maior atenção por parte da sociedade e Poder Público, de modo que na adoção não prevaleça os interesses daqueles que devem zelar pelos direitos das crianças, nem pelo preconceito arraigado em pessoas que ainda persistem em acreditar que um casal homoafetivo poderá influenciar na opção sexual da criança, quando, pelo contrário, dará aquela que está apenas aguardando por uma família, todo o amor, afeto e proteção que a família biológica não teve condições de dar.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Fernando do. MENDEZ, Emílio Garcia. CURY, Munir. **Estatuto da Criança e Adolescente Comentado**: Comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 1992.

BARBOZA, Heloísa Helena. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Família na Travessia do Milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2000. 578 F.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos da Família: Dos fundamentais aos operacionais**. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Anais do VI congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 685 f.

BATISTA, Débora Mayane de Ávila. **A Multiparentalidade e seus efeitos no âmbito do Direito de Família: Análise a luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança**. Trabalho de conclusão de Curso, UNICEUB, Brasília, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 29 Set. 2016.

_____. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. A. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 10 Maio. 2016.

_____. **Código de Menores**. Lei 6.679, de 10 de Outubro de 1979. B. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm> Acesso em 15 Out. 2016.

_____. **Convenção dos Direitos da Criança**. Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990. C. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em 27 Set. 2016

_____. **Estatuto da Criança e Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. D. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em 13 Out. 2016.

_____. **Lei da Adoção**. Lei 12.010, de 3 de Agosto de 2009. E. Altera a lei 8.069/90. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm> Acesso em 15 Out. 2016.

_____. **Lei de Assistência e Proteção a Menores.** Decreto nº 17.934-A, de 12 de Outubro de 1927. F. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm> Acesso em: 17 Out. 2016.

_____. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Conselho Nacional de Assistência Social** – CNAS. Brasília/DF, Dez. 2006- G.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 889.852 / RS.** Ementa [...] Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 27/04/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602091374&dt_publicacao=10/08/2010https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2711271%27> Acesso em 14 Nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1540814 / PR.** Ementa [...] Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 18/08/2015. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102747631&dt_publicacao=25/08/2015> Acesso em 15 Nov.

_____. Enunciado Administrativo nº 14, de 14 de Maio de 2013. **Resolução nº 175, de 14 de Maio de 2013.** Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf> Acesso em 10 Dez. 2016.

BUFALO, Paulo. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** Uma luta em defesa dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. Artigo. 10 F. Revista de Educação PUC-Campinas, Campinas. n. 14, Junho, 2003.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. In: AMARAL, Antônio Fernando do. MENDEZ, Emílio Garcia. CURY, Munir. **Estatuto da Criança e Adolescente comentado:** Comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 1992.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. **Revisitando o eca:** notas críticas e observações relevantes. Curitiba: Multideia, 2013.

COULANGES, Denys Fustel. **A Cidade Antiga.** Versão para E-book, 2006. Editora das Américas S.A – EDAMERIS, São Paulo, 1961.

CUNHA, Rodrigo da. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões:** Ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu in: AMARAL, Antônio Fernando do. MENDEZ, Emílio Garcia. CURY, Munir. **Estatuto da Criança e Adolescente comentado:** Comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 1992.

Declaração Universal dos Direitos das Crianças. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, s/a. Disponível em:
<https://www.mprs.mp.br/infancia/documentos_internacionais/id90.htm> Acesso em: 15 Out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **União Homossexual: Aspectos Sociais e Jurídicos**. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Família na Travessia do Milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2000. 578 F.

_____. **O Lar que não chegou**. Artigo. Net. Set. 2010 A. 4 f. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/index.php>> Seção Artigos. Acesso em: 10 Nov. 2016.

_____. **A Família Homoafetiva**. Artigo. Net. Set. 2010 B. 27 f. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/index.php>> Seção Artigos. Acesso em: 08 Nov. 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José. DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado**. Ministério público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. 6 ed. Curitiba, 2013.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente: lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRANDIN, Mauro. **Ato penal juvenil: aplicabilidade dos princípios e garantias do ato penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **O Minidicionário de Língua Portuguesa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional**. Vol. VI. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional**. Vol. VI. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito de Família**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HUGO JUNIOR, Victor, Albernaz. FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Net. Artigo. 1998. s/p. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado11.htm>> Acesso em 29 de Out. 2016.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LEVY, Laura Affonso da Costa. **Família Constitucional, sob um olhar da afetividade**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7438> Acesso em 10 de Nov. 2016.

LIMA, Fernanda da Silva. VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: A necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Vol. 5. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LORENZI, Gisella Werneck. **Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil**. Net. Artigo. 2008. Fundação ProMenino Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil-14251>> Acesso em: 25 de Out. 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção Constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: MANOLE, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARQUES, Ademar de Oliveira in: AMARAL, Antônio Fernando do. CURY, Munir. MENDEZ, Emílio Garcia. **Estatuto da Criança e Adolescente comentado**: Comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 1992.

MEIRA. Raphael Corrêa de. **Curso de Direito Romano**. São Paulo: Saraiva: 1983.

MENDES, Moacyr Pereira. **A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente frente a Lei 8.609/90**. 2006. 183 f. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Pontifícia Universidade Católica- SP, São Paulo, 2006.

MIRANDA, Humberto da Silva. **Meninos, Moleques, Menores...FACES da Infância no Recife, 1927-1937**. 2008. 181 f. Dissertação de Pós-Graduação em História. Universidade Federal Rural de Pernambuco. Recife, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família v.2**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

NASCIMENTO. Walter Vieira do. **Lições de História de Direito**. 15. Ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Josiane Toledo. **O Código de Menores Mello Mattos de 1927: A Concepção de Menor e de Educação no Período de 1927 a 1979.** 45 f. Trabalho de conclusão de curso em Pedagogia. Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável.** 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINI, Francisca Rodrigues de Oliveira. **Estatuto da Criança e do adolescente, 25 anos de história.** IN: VIEIRA, Ana Luisa. PINI, Francisca Rodrigues de Oliveira. ABREU, Janaína. **Salvar o Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Instituto Paulo Freire, 2015.

RIO GRANDE DO SUL, 2006. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70013801592.** Ementa [...] Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/04/2006. Disponível em:
<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date:D:R:d1&as_qj=Ado%C3%A7%C3%A3o+homoafetiva+bag%C3%A9&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=ptBR&ip=201.40.186.195&access=p&entqr=3&entqrm=0&q=Ado%C3%A7%C3%A3o+uni%C3%A3o+homoafetiva+inmeta:o%3DBag%C3%A9&dnavs=inmeta:o%3DBag%C3%A9#main_res_juris>. Acesso em 14 Nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL, 2009. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70031574833.** Ementa [...] Relator André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 14/10/2009. Disponível em:
<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date:D:R:d1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=ptBR&ip=201.40.186.195&access=p&entqr=3&entqrm=0&q=Ado%C3%A7%C3%A3o+homoafetiva+inmeta:o%3DSanta%2520Cruz%2520do%2520Sul&dnavs=inmeta:o%3DSanta%2520Cruz%2520do%2520Sul#main_res_juris>. Acesso em 14 Nov. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, Danielle Maria Espezim dos. VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente.** Livro Didático. Disciplina de modalidade à distância. 242 f. UnisulVirtual, Palhoça, 2007.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral:** uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 3 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Direito de Família. Vol.5. 9 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. VIEIRA, Marcelo de Mello. **Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: Um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei 8.069/90.** Artigo. Net. 2015. 29 f.

Disponível em: < <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>>

Acesso em: 12 de Nov. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** Volume 6. 9. ed.- São Paulo: Atlas, 2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry. OLIVEIRA, Luciane de Cássia Policarpo. **Educação versus Punição:** A educação e o direito no universo da criança e do adolescente. Blumenau: Nova Letra, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **A Proteção Integral da Criança e do Adolescente no Direito Brasileiro.** Net. Artigo. Rev. TST, Brasília, vol.79, n.1. Jan/Mar. 2013. 17 f. Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/38644/003_veronese.pdf?sequence=1> Acesso em: 18 de Out. 2016.

WALD, Arnold. FONSECA, Priscila M. P. da. **Direito Civil: Direito de Família.** vol.5. 17. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito.** 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.