

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

SENETT KELY SOARES

ADOÇÃO HOMOAFETIVA: O MELHOR INTERESSE DO MENOR

VITÓRIA
2017

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

SENETT KELY SOARES

ADOÇÃO HOMOAFETIVA: O MELHOR INTERESSE DO MENOR

Artigo científico apresentado ao curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil

Orientadora: Prof. Ademir João Costalonga

VITÓRIA

2017

ADOÇÃO HOMOAFETIVA: O MELHOR INTERESSE DO MENOR

Senett Kely Soares¹

Prof. Orientador de Conteúdo e Metodologia: Ademir João Costalonga²

RESUMO

O presente artigo jurídico tem como objetivo realizar uma análise crítica sobre a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nos processos de adoção originados por casais homoafetivos, bem como explorar os dispositivos que protegem o menor, como também evidenciar a omissão dos legisladores em relação ao direito dos pares homoafetivos. Nota-se que não há um conceito definido do que seria o melhor interesse da criança e do adolescente, fazendo com que o intérprete se utilize de fatores subjetivos para efetivar o melhor interesse. Por fim, pretende-se fazer um estudo sobre o princípio do melhor interesse para se chegar a um conceito definido, com o propósito de atender o menor desamparado.

Palavras-chave: Adoção; Melhor Interesse da Criança e do Adolescente; Família; Casais Homoafetivos; Garantias Constitucionais

ABSTRACT

This legal article aims to carry out a critical analysis on the application of the principle of the best interest of the child and the adolescent in the processes of adoption originated by homoaffective couples, as well as to explore the provisions that protect the minor, as well as to highlight the omission of legislators in relation to the right of homosexual couples. It is noted that there is no defined concept of what would be the best interest of the child and the adolescent, making the interpreter use subjective factors to effect the best interest. Finally, it is intended to make a study on the principle of the best interest to arrive at a defined concept, with the purpose of attending the underprivileged minor.

Keywords: Adoption; Best Interests of Children and Adolescents; Family; Homoaffective couples; Constitutional Guarantees

¹ Acadêmica do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Doctum, Unidade de Vitória – ES.
Email: Se.net.t@hotmail.com

² Advogado, Mestre em Constituição e Relações de Direito Privado, pela UNIFLU e Professor Universitário. E-mail: ademircostalunga@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A partir da Constituição de 1988 foi inserido diversos modelos familiares, trouxe o reconhecimento dos filhos sobrevividos fora do casamento, como também amparo jurídico nas relações não constituídas por casamento.

Por outro lado, não se reconheceu no texto constitucional as relações advindas de casais homoafetivos, apenas de casais hétero nos institutos do casamento e da união estável. Diante dessa situação, interpretes e doutrinadores se moveram em busca de princípios fundamentais e interpretação dos dispositivos para atender os direitos dos casais homoafetivos.

Atualmente a omissão legislativa foi suprida pela ADPF 123 em conjunto com ADI 4277, sendo entendida pelo STF que a união homoafetiva é uma entidade familiar que dela decorrem todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e a mulher. Nesse sentido, surgiu também a oportunidade nos processos de adoção.

Por esse motivo, o objetivo deste estudo é analisar através de doutrinas e jurisprudência o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente em relação a adoção homoafetiva, com intuito de compreender se adoção é ou não benéfica para o menor. Para tanto se faz necessária uma visão histórica da homossexualidade dando ênfase às conquistas referentes aos princípios constitucionais até o seu reconhecimento.

Em seguida para dar destaque as necessidades do menor serão abordado os dispositivos que protegem e estabelecem direitos para criança e ao adolescente tanto na área Civil, quanto constitucional. Será também estudado o Estatuto da Criança e do Adolescente, como também a nova Lei de Adoção.

No terceiro capítulo será exposta a real condição das crianças que se encontram desprotegido diante da sociedade, bem como analisar se o Estatuto da Criança e do Adolescente juntamente com os princípios constitucionais e o princípio do melhor

interesse do menor tem dado total proteção e amparo para essas crianças. Será explorado também a adoção por pares homoafetivo.

Por fim, pretende-se indagar sobre a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em relação ao tema da adoção por pares do mesmo sexo, tendo como questionamento a necessidade do menor e o desejo do casal homoafetivo em construir uma família. Vale destacar que o principal objetivo do trabalho científico é pesquisar e demonstrar o verdadeiro atendimento ao melhor interesse do menor, excluindo todo tipo de preconceito que norteiam a família homoafetiva.

1 O RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Muito se tem discutido, recentemente, acerca de novos modelos familiares. Tem estudado a família matrimonial, mosaico, paralela, família por união estável e família homoafetiva. Desde os primórdios a família é constituída por uma relação de homem e mulher unidos por "laços do matrimônio".

No que tange, a família homoafetiva tem enfrentado ao longo de sua história grande repulsa, preconceitos e intolerância diante da sociedade, pelo fato, de se tratar de união entre duas pessoas do mesmo sexo. Expõe Maria Berenice Dias:

A homossexualidade sempre existiu. Não é crime, nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade das pessoas têm de conviver com lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais, identificados pela sigla LGBTI. É simplesmente, nada mais, nada menos, uma outra forma de viver, diferente do padrão majoritário. Mas nem tudo o que é diferente merece ser discriminado. Muito menos ser alvo de exclusão social. (DIAS, 2016, p.270)

Para entender a história desse gênero é necessário estudar sua trajetória. Devido ao Código Civil não mencionar a diversidade sexual e não exigir que a união seja formada por pessoas de sexo oposto, surge uma inexistência de lei constitucional ou legal que veda o casamento homoafetivo. Por esse motivo há uma omissão legal, no

qual ocasiona repúdio social, levando o legislador ao descrédito em firmar lei que possa proteger os direitos dos homoafetivos.

Nesse sentida Maria Berenice destaca:

A omissão do legislador acaba por ter caráter punitivo, atuando como guardião de um moralismo conservador, pois exclui todos os que não se enquadram no modelo convencional. Os direitos fundamentais não podem ser desconsiderados nem pela maioria e muito menos pelo Poder Legislativo. A demora do legislador em aprovar uma legislação inclusiva configura uma atuação diferente do Estado. Em razão disto, se não fosse o poder judiciário os parceiros homoafetivos ainda se encontrariam na clandestinidade jurídica e sem a devida proteção estatal de seus direitos fundamentais. (DIAS *apud* LINHARES, 200, p. 31)

A priori, existe uma iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil para elaborar um projeto de diversidade sexual, no momento em fase de construção, será apresentado por iniciativa popular com intuito de legislar em prol de segmentos vulneráveis, no qual insere os direitos já conquistados pela jurisprudência e criminalizar a homofobia.

Girardi afirma que a existência da ordem jurídica se dá através do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana independentemente de diversos atributos como sexo, condição social, idade, pelo simples fato de integrar a comunidade de seres humanos, sendo inerente a todo ser humano tal princípio. (GIRARDI *apud* LINHARES 2005, p.49).

Apesar de haver omissão quando se trata de família homoafetiva, é legítimo que o juiz faça uma interpretação analógica, pelo fato da própria lei reconhecer lacunas no sistema legal. O artigo (CPC, 140) estabelece que “o juiz não se examine de decidir sob alegação de laguna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

Para atender este artigo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) nos artigos 4º e 5º direcionam as ferramentas a serem empregadas:

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

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (BRASIL, 1988)

Dessa maneira, alegando o juiz inexistência de lei, ao negar direito, estará desrespeitando a própria lei. É o que diz Maria Berenice:

Toda vez que o juiz nega algum direito sob justificativa de inexistir lei, desrespeita a própria lei e deixa de cumprir com o seu dever. Não lhe cabe julgar as opções de vida das partes e chegar a resultado que enseje enriquecimento injusto de uma das partes, o que fere a ética que deve nortear as relações interpessoais. Deve apreciar as questões que lhe são postas, centrando-se, no seu comportamento de encontrar uma solução justa. (DIAS, 2016, p.271)

Dessa maneira, estará o legislador atendendo um dos fundamentos da República a qual seja, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e uma das suas finalidades, a vedação de toda e qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV, da CF) devendo receber do Estado e do direito total reconhecimento para o amparo dessas pessoas.

Antes de algumas decisões relevantes que intensificaram o reconhecimento dos pares homoafetivos, os mesmos eram tratados apenas como sociedade de fato, e não como família, conhecidos apenas no âmbito patrimonial, sendo aplicada a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: "comprovada à existência de sociedade de fato, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio comum adquirido pelo esforço comum".

Posteriormente foi decidido pelo Superior Tribunal Federal, o reconhecimento dos pares homoafetivo com direitos e deveres da união estável, com base em duas ações: Uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277) e uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132).

Como destaca Maria Berenice: a união homoafetiva pode configurar-se como união estável, desde que preencha os requisitos para tal, haja vista que em nada se diferencia da união heterossexual. Completa ainda:

Nem a ausência de leis nem o conservadorismo do judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não têm a

diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, geram o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar um regramento geral. (DIAS *apud* LINHARES, 2008. p. 176)

Reconhecido a união estável entre os pares homoafetivo, foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento da Resp. 1183378/RS a legalidade do casamento de pessoas do mesmo sexo.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que um Estado ao consagrar em sua ordem constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana parte da premissa de que o homem através de sua condição humana independentemente de qualquer circunstância é titular de direitos que devem ser respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado. (SARLET *apud* LINHARES, 2010, p. 159)

A Constituição prevê tais direitos ao casal homoafetivo quando há uma lacuna na lei, como dito acima, na qual é mencionada em seu artigo 226 a total proteção do Estado com a família. Nesse sentido, inaugura-se a Constituição de 1988 uma lei para todos com novos modelos familiares, com direitos iguais e com único propósito de proteção.

2 DIREITO CONSTITUCIONAL E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A partir da Constituição de 1988 o direito da criança e do adolescente passou a ser de total proteção, reconhecido como sujeitos da sociedade e não como meros objetos. Direito estes consagrados no artigo 227 da Constituição Federal e nos artigos 3 e 4 do ECA. A existência destes direitos fundamentais tem amparo no princípio da Prioridade absoluta dada a criança e ao adolescente, sendo um indivíduo em estado de desenvolvimento.

Vale salientar que os direitos fundamentais surgem com o propósito de limitar e controlar os abusos do próprio Estado, valendo-se de proteção das garantias dos direitos fundamentais, sendo dever da família da sociedade e do Estado efetiva-lo.

Neste viés, o estudo da proteção da criança e do adolescente teve grande destaque no âmbito internacional, no qual se destaca a convenção internacional sobre os Direitos da Criança de 1989. Destaca Liberati (2003, p. 20), a Convenção representou até agora, dentro do panorama legal internacional, o resumo e a conclusão de toda a legislação garantista de proteção à infância.

Foi definida na Convenção como base na doutrina da proteção integral os direitos de natureza coletiva, individual, econômica, cultural, social e difusa, reconhecendo que os menores são sujeitos de direitos e sendo vulnerável necessitam de cuidados e proteção especiais. A partir desse conceito o Brasil adotou no texto constitucional de 1988 a Doutrina da Proteção Integral. Artigo 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. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido como forma de junção dos direitos surge a legislação especial, aprovada em 13 de julho de 1990, através da promulgação da Lei Federal Nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

A gama de direitos elencados basicamente no art. 227 da Constituição Federal, os quais constituem direitos fundamentais, de extrema relevância, não só pelo seu conteúdo como pela sua titularidade, devem, obrigatoriamente, ser garantidos pelo Estatuto, e uma forma de tornar concreta essa garantia deu-se, justamente, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual tem a nobre e difícil tarefa de materializar o preceito constitucional. (VERONESE, 1996, p. 94).

Dessa forma, a doutrina da proteção surge para tutelar os direitos da criança e do Adolescente, ou seja, atinge crianças que se encontra vulnerável e a mercê da vontade do Estado, consideradas um risco para sociedade. Expõe o autor:

A Doutrina da Proteção Integral veio contrapor a Doutrina da Situação Irregular então vigente instituída pelo Código de Menores de 1979, [...] onde a criança era vista como problema social, um risco à estabilidade, às vezes até uma ameaça à ordem social [...] a infância era um mero objeto de intervenção do Estado regulador da propriedade [...]. Assim, a doutrina da situação irregular não atingia a totalidade de crianças e adolescentes, mas

somente destinava-se àqueles que representavam um obstáculo à ordem, considerados como tais, os abandonados, expostos, transviados, delinquentes, infratores, vadios, pobres, que recebiam todos do Estado a mesma resposta assistencialista, repressiva e institucionalizante. (CUSTÓDIO; VERONESE *apud* CLEBER, 2009, p. 68).

É importante mencionar que a Constituição Federal em seu artigo 227 e 228 prevê para criança e ao adolescente os direitos inerentes a todos os cidadãos, como também os direitos fundamentais elencados no caput do artigo 5º da CF, sendo que, os direitos fundamentais descritos no artigo 227 são direitos destinados a pessoas de condições especiais, ou seja, pessoa em fase de desenvolvimento.

Dado exposto faz se necessário que os menores tenham acesso aos direitos que lhe são devidos, sendo, o direito à vida e a saúde, direito à alimentação, direito à educação, direito à cultura, e ao lazer, direito à profissionalização e à proteção no trabalho, à liberdade, ao respeito e à dignidade, direito à convivência familiar e comunitária. Direito que se inicia no seio da família, excepcionalmente, em família substituta é o que menciona o artigo 19 da Lei n. 8.069/90.

Observa-se que para o desenvolvimento de um indivíduo é necessário o convívio familiar, pois é a partir dessa relação que o ser humano desenvolve a sua própria dignidade e conquista seus direitos. Nesse sentido, todos os direitos inerentes a criança e ao adolescente devem ser cumpridos, dando oportunidades para o desenvolvimento mental, físico, social e moral, direitos estes assegurados por lei.

2.1 DIREITO CIVIL E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O artigo 1.634 do Código Civil trata-se do Exercício do Poder Familiar, no qual estabelece a competência de ambos os pais, seja em qualquer situação conjugal, o descumprimento dos deveres de educar e criar os filhos é considerado crime de abandono intelectual. Tendo também o dever da guarda, caso seja violado implicará nos crimes de abandono. Vale mencionar também o dever da concessão ou negação em situações de casamento, além de outros deveres que induzem a participação dos pais na vida dos filhos.

Percebe-se que os pais têm o encargo sobre o exercício de poder familiar, onde a inexistência do mesmo é considerada crime. É importante frisar que os pais respondem por seus filhos até os 18 anos, logo, é indispensável que haja uma boa educação quanto ao comportamento e harmonia social desse menor para que os resultados de seus atos não recaiam no âmbito da lei e conseqüentemente sobre a família.

O artigo 1.635 do Código Civil traz as condições em que se extingue o poder familiar, cessando assim o cumprimento dos deveres acima citados, tal como, pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção ou por decisão judicial, conforme artigo 1.638. Existem também outras situações em que os pais perdem o poder sobre o filho, no momento em que abusa de sua autoridade não cumprindo com deveres a eles inerentes ou por perda dos bens dos filhos, hipóteses estabelecidas no artigo 1.637 do Código Civil. Vale mencionar também o parágrafo único do artigo referido, pois trata da suspensão igualmente ao pai e a mãe o exercício do poder familiar, condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão, por atitudes de castigar imoderadamente o filho, deixar o filho em abandono, praticar atos que contrariem à moral e os bons costumes, ou incidir, reiteradamente. É o que dispõe o artigo 1.638 do Código Civil.

É importante ressaltar o princípio da paternidade responsável, que se encontra no artigo 227, §7º combinado com o artigo 1.565, §2º do Código Civil, no qual menciona que o planejamento familiar é restrito ao casal, impedindo o Estado de intervir nas decisões familiar, ficando o mesmo incumbido de propiciar recursos educacionais e financeiros, vedando assim qualquer tipo de coerção.

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, é importante frisar a interferência do Estado em relação a escolha da família. Analisando esse ponto verifica-se que há uma nova concepção familiar, no qual requer a abolição de qualquer distinção da orientação sexual, pois é direito do ser humano ser tratado com igualdade.

De acordo com Scarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (WOIFGANG *apud* MULLER, 2010.70)

Nesse sentido, em atendimento ao princípio da pessoa humana, as relações homoafetivas estariam inseridas no âmbito familiar, tendo assim a proteção do Estado. Dessa forma, é necessário proporcionar a todas as pessoas condições para uma vida digna, como todos os direitos fundamentais inerentes, principalmente aqueles que se encontra em posição de vulnerabilidade, afastado do convívio familiar.

Nesse sentido é importante o tema inclusão da criança em um núcleo familiar, quando é identificado seu estado de vulnerabilidade social, e em situação de abandono ou afastadas do convívio familiar.

2.2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA, foi centro de grandes debates e construções jurídicas. Anteriormente os menores eram considerados como situação Irregular, evidenciado pelo Código de Menores de 1979. A partir do Estatuto da Criança e do Adolescente que se implantou a Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse.

Entende-se por Situação Irregular a criança e ao adolescente vulnerável, ou seja, aqueles menores restritos de condições para subsistência, pelo fato de ter sido abandonados, serem delinquentes, pobres e infratores, sendo considerados uma ameaça social. Por esse motivo, o Estado afastava o menor do convívio familiar e decretava a perda ou a suspensão do poder familiar. Os ditos marginais eram

recolhidos e levados para entidades de internação e os menos favorecidos ficavam a mercê da marginalização.

A partir da Doutrina da Proteção Integral à criança e ao adolescente passaram a ser sujeitos de direitos e a ter cuidados e proteção especiais. Segundo Saraiva (2002), pela primeira vez na história brasileira, a questão da criança e do adolescente é abordada como prioridade absoluta e a sua proteção passa a ser dever da família, da sociedade e do Estado.

Vale salientar que o objetivo do Estatuto é proteger a criança e ao adolescente se aproximando do Direito da Família e assegurando os princípios constitucionais, tendo como ideia a “prioridade absoluta” da Constituição Federal Brasileira de 1988.

O ECA aderiu a ideia de proteção integral, fundamentada nos direitos fundamentais e inscrito no artigo 227 da Constituição Federal, sendo dever da família, da sociedade e do Estado, com “absoluta prioridade”, para assim garantir o cumprimento do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de protegê-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...] me parece que a locução proteção integral seja auto-explicativa [...] Proteção Integral exprime finalidades básicas relacionadas às garantias do desenvolvimento saudável e da integridade, materializadas em normas subordinantes que propiciam a apropriação e manutenção dos bens da vida necessários para atingir destes objetivos. (PAULA, 2002, p. 31).

O ECA não apenas inovou à proteção de crianças e adolescentes, mas assegurou os direitos fundamentais ao grupo vulnerável, acrescentou-se também um sistema preventivo, com o objetivo de prevenir qualquer forma de vitimização. Como mencionado acima o princípio do melhor interesse da criança surgiu na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989.

Assim, deve ser desenvolver um estudo acerca da inclusão dos menores no núcleo familiar, sendo o instituto de adoção a melhor forma de objetivar e garantir o melhor interesse da criança e do adolescente, independente da orientação sexual da família.

2.3 ADOÇÕES NO BRASIL E A LEI Lei 12.010/2009

A partir da Constituição de 1988, a adoção tem como finalidade a inserção da criança e do adolescente em núcleo familiar, na qual a partir da sentença judicial e do registro de nascimento acontece a adoção, onde o adotado consagra de forma efetiva em filho.

[...] ato solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente, lhe é estranha. [...] é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre o adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil [...] (DINIZ *apud* Chaves, 2011, p. 546-547).

Existem cinco posições divergentes acerca da natureza jurídica, no qual tenta explicar a matéria, sendo que doutrina majoritária defende a corrente que conceitua a adoção como um ato jurídico de natureza complexa, sendo que existe dois momentos, o primeiro possui natureza negocial onde as partes se manifesta e afirmam que aceitam a adoção, chamada de fase postulatória. A segunda chama-se fase instrutória onde o Estado analisa se há ou não vantagem na adoção.

De acordo com a Lei 12.010/2009, devem ser observados no processo da adoção a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse, ambos assegurados pelo ECA, pois o objetivo da adoção é atender o bem-estar do menor e ao mesmo tempo garantir o desenvolvimento sadio dos adotados. Outrossim, a finalidade da adoção é a colocação do menor em uma família substituta, é uma medida excepcional, e deve ser utilizada quando as tentativas de manter o menor na família tenham se estressado.

A adoção é uma das modalidades mais completa prevista no ordenamento jurídico, pois visa a inserção da criança e do adolescente em um novo ambiente familiar, enquanto a guarda e a tutela contém-se apenas alguns deveres familiares.

Entendem (Ribeiro, Santos, Souza *apud* CHAVES 2010, p. 73) que a

[...] guarda é a única modalidade de família substituta que convive com o poder familiar de origem, e tem o escopo de regularizar a posse de fato. Nos termos do art. 33 do ECA, “obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”, e pode ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. “Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados” (art.33, §2º, do ECA).

Para Venosa:

A tutela possui, então três finalidades curiais: os cuidados com a pessoa do menor; a administração de seus bens; e sua representação para os atos e negócios da vida civil. No Estatuto da Criança e do Adolescente, a tutela possui caráter protetivo dos menores que se encontrem em uma das hipóteses do art. 98, isto é, sempre que os direitos do menor forem violados (VENOSA *apud* CHAVES, 2004, p. 419).

Para entender o instituto da adoção é necessário buscar a sua origem, visto que no Brasil com a introdução do Código Civil de 1916, Lei nº 3.071/1916, era quase impossível a adoção, pelo fato de existir uma formalidade exacerbada, uma vez que a função da adoção era dar ao adotante um filho. Algumas regras para adoção nessa época foram instituídas: apenas maiores de cinquenta anos e casados poderiam adotar, com diferença de dezoito anos do adotante para o adotado. Além desses requisitos, outros eram necessários:

[...] c) o adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade; d) a adoção pode ser feita por escritura pública, em que se não admitia condição nem termo; e) o parentesco resultante da adoção limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais; f) a adoção produzirá os efeitos, ainda que sobrevenham filhos ao adotante, salvo se, pelo fato do nascimento, ficar provado que o filho estava concebido no momento da adoção; e g) os direitos e deveres, que resultam do parentesco natural, não se extinguem pela adoção, ressalvado o então denominado

pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo. (Ribeiro, Santos e Souza *apud* Chaves, 2010, p. 56)

Após o Código Civil de 2002, a adoção passou-se a ter regime único no processo judicial. Com o surgimento da lei de adoção (Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009) e sob a ingerência de convenções internacionais, a adoção passou a ser instruído pelos artigos 39 a 52 do ECA, aderindo assim, a normalização das ações em todo território nacional, como também internacional, obdecendo-se o princípio do melhor interesse.

Nesse sentido, surgiu o Cadastro Nacional de Adoção, tendo como finalidade impedir uma prévia seleção de crianças a serem adotadas.

É importante lembrar que adoção internacional é tratada em varios dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 46,§ 3º, 51, 52-A, 52-B, 52-C, 52-D), no qual sofreu algumas modificações com a Lei de Adoção. A mais relevante refere-se a possibilidade de brasileiros e estrangeiros que moram fora do país adotar crianças brasileiras. Porém a prioridade de adoção é para condidatos residentes no país. No entanto, a Lei de adoção acarretou mais emperramento e burocracia no processo de adoção, pois o que se vê é abrigos lotado e menores passando anos a espera de uma família.

Além disso, a Lei de Adoção não admitiu expressamente a adoção por casais homoafetivos. No momento existem vários pedidos de adoção por família homoafetiva, e o que prevalece é um confronto de valores antigos. A adoção visa o atendimento ao melhor interesse do menor e a inserção em lares substitutos. Nesse sentido, independente da orientação sexual dos adotantes a criança necessita de afeto, cuidado e amor, além disso, oportunidades para ter uma vida na sociedade.

3 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REALIDADE DO MENOR DESAMPARADO

A adoção visa à inclusão do menor no núcleo de uma nova família, tendo a finalidade de proporcionar o efetivo benefício para o adotado, para suprir as necessidades de caráter psíquico afetivo, físico e econômico. A nova Lei de Adoção, 12.010/2009 em combinação com princípio do melhor interesse e os princípios constitucionais, surge com a finalidade de acelerar o processo de adoção e reduzir o tempo de permanência da crianças em abrigos. Porém, a lentidão e o excesso de burocracia, por sua vez, acabam dificultando no processo.

De acordo com o relatório do Cadastro Nacional da Adoção, existem no Brasil cerca de 8.186 crianças e adolescentes catalogados e 41.561 pretendentes já habilitados para adotar. Porém, conforme dados apurados pelo Cadastro Nacional de Adoção existem mais pretendentes a adotar e diante dessa problemática cabe analisar o porque de tantas crianças à espera da adoção, uma vez que quantidade de adotantes supera a quantia de crianças e adolescente a serem adotadas. Vale citar que entre as respostas para essa questão está a preferência de alguns perfis buscado pelas famílias, bem como a lentidão nos processos de adoção.

Conforme o Cadastro Nacional de Adoção as famílias têm preferência por crianças de cor branca, chegando o total de 92.26% dos pretendentes, do sexo feminino e com idade de até 3 anos, que não tenham irmãos e nenhum tipo de doença hereditária ou congênita. Sucede-se que a maioria das crianças que estão sob tutela do Estado e disponível para adoção é formada por meninos no total de 4.525 e maiores de 2 anos, pardos e negros. Dos habilitados a adoção apenas 34% concorda em adotar irmãos e somente 570 adotam crianças na idade de 10 anos. A probabilidade de um adolescente ser adotado no Brasil é quase nula, pois apenas 1% das famílias têm interesse em adotar criança maior de 11 anos, sendo um dos motivos de tantas crianças em abrigos. De acordo com a pesquisa a maioria dos habilitados a ser adotados já não é mais crianças. 8.27%. Possui 16 anos, sendo que a maior aceitação e de até 3 anos.

No que tange à morosidade do poder judiciário, o processo pode se arrastar por anos, pelo fato da demora em analisar os processos e para garantir a ampla defesa aos pais. O que viola o que foi prescrito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que estabelece que o processo de afastamento do poder familiar deve ser efetivado em até 120 dias.

De acordo com a psicóloga Lídia Weber, em sua tese de doutorado na Universidade Federal do Paraná, aponta as razões da demora:

Uma delas é, sim, a exigência do adotante. Ouvindo 400 famílias em 17 estados, ela verificou que 85% assumiram bebês de até 2 anos. "O limite de idade é maior que a preferência pela cor da pele", observa. Em agosto passado, das crianças liberadas para adoção e mantidas em abrigos paulistas ligados a ONGs e igrejas, 1 042 estavam com mais de 12 anos ou tinham irmãos, que a lei não separa. Estrangeiros aceitam essas condições. Hoje, há 40 mil franceses e 18 mil italianos na fila, mas eles só entram no páreo depois que os brasileiros abrirem mão. A medida pretende conter a adoção internacional para garantir à criança o direito à nacionalidade. Outro fator dramático envolve a destituição do poder familiar. Com base no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, a criança só pode ser destinada à adoção após a sentença que tira dos parentes o direito sobre ela. Um estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) feito em 2004 em 580 abrigos do país revelou que 88% das 19 373 crianças não estavam aptas a adoção porque continuavam legalmente ligadas aos pais. O juiz Reinaldo Cintra Torres de Carvalho, do Tribunal de Justiça de São Paulo, explica: "Não podemos privar a família de criar o filho porque é pobre. Esgotamos as tentativas de reestruturá-la para que possa receber a criança de volta". Para isso, recorrem à rede social de apoio do poder público e de ONGs. No mar de entraves com que essas iniciativas navegam, as soluções levam tempo. "Assim, a criança 'envelhece', passa da idade procurada pelos adotantes". (WEBER *apud* Grupo de apoio à adoção de São Paulo. 2017).

Observa-se que há um número alto de crianças e adolescentes vivendo sem conforto, amor e disciplina, sabendo que a partir dos 18 anos deverá lutar por sua vida sem qualquer amparo, sujeita a prostituição e a criminalidade, ficando a mercê da sociedade.

Para ajudar e orientar as crianças e adolescentes institucionalizados foi criado o Programa de Apadrinhamento Afetivo (PAA), no qual seleciona candidatos com idade mínima de 21 anos, sendo necessário a diferença de 16 anos entre o candidato e o apadrinhado, devendo madrinhas e padrinhos ter disponibilidade

afetiva e possuir ambiente adequado ao apadrinhamento, bem como não estar inscrito no Cadastro Nacional de Adoção. O PAA visa combater o sentimento de abandono, a agressividade, o baixo rendimento escolar e a dificuldade em socializar. Entre outros problemas.

Nesse sentido, os principais objetivos do PAA são,

- Aproximar pessoas interessadas em assumir o compromisso de acompanhar, orientar, assistir e apoiar o desenvolvimento e o projeto de vida de crianças e adolescentes abrigados.
- Proporcionar aos padrinhos/ madrinhas uma formação e acompanhamento adequado para auxiliá-los na construção de estratégias para atuarem neste contexto.
- Contribuir para que crianças e adolescentes abrigados tenham a possibilidade de --- construir e manter vínculos afetivos fora da instituição, receber atenção individualizada, aconselhamento, apoio e acompanhamento escolar, ampliando, assim suas oportunidades de convivência social e comunitária.
- Apoiar e oferecer retaguarda afetiva e sócio-econômica (quando for o caso) a crianças/adolescentes, após conclusão do estudo do caso pela equipe técnica do abrigo, durante e após sua reintegração.
- Promover ações que contribuam para o fortalecimento e a ampliação da rede de solidariedade no apoio a este Programa.
- Sensibilizar a sociedade para a problemática de crianças e adolescentes abrigados. (Grupo de Apoio à Adoção de São Paulo. 2017).

No programa de apadrinhamento afetivo o padrinho ou a madrinha não recebe a guarda, pois quem à detém é a instituição de acolhimento. Os padrinhos só podem visitar realizar passeios e viajar com a criança, somente mediante a autorização e supervisão.

Diante das considerações acima, o PAA vem para ajudar as crianças a terem uma vida normal, mas nada substitui a família. O abrigo não é o melhor lugar para criança, podendo acarretar sérios danos psicológicos e agravar durante a vida.

Como dito anteriormente, algumas crianças não se enquadram com o perfil idealizado de certos pretendentes, bem como acabam desistindo do processo por ser muito de moroso. Por esse motivo as crianças permanecem no abrigo até a fase adulta, sem perspectiva de vida, sendo consideradas inadotáveis.

De acordo com especialistas o Brasil, possui cerca de 32 mil crianças consideradas inadotáveis, além disso várias crianças vivem fora da lista de adoção, tendo ao menos entrado no Cadastro de Adoção. Lamentavelmente as crianças portadoras do vírus HIV e portadoras de deficiência física são as que mais sofrem com o preconceito. Sendo assim, com intuito de fazer a sociedade entender que estes pequenos merecem a oportunidade de ter um lar, foi criado o Movimento Nacional das Crianças Inadotáveis, um grupo de voluntários que tem como objetivo combater o preconceito e alertar a sociedade da obrigação de amparar essas crianças.

Vale mencionar também o abandono resultante da entrega do adotando pelos adotantes, no qual pode ocorrer no decurso do processo de adoção. Vale salientar que não há direito a desistência dos adotantes, mesmo não havendo sentença, bastando apenas que já tenham iniciado o estágio de convivência e estabelecido a guarda. Caso ocorra a desistência e seja comprovada sequelas psicológica resultante da omissão dos responsáveis no exercício familiar, haverá nesse caso responsabilidade civil sob os adotantes.

A desistência de uma adoção, no período do estágio de convivência, é a conduta que causa muitos prejuízos psicológico ao adotado, que alimenta a esperança de constituir uma família. A criança e ao adolescente que vive em um abrigo já tem dentro de si um sentimento de abandono, se for abandonado mais uma vez gerará um desconforto mental no seu desenvolvimento, tornando um adulto problemático.

É importante expor que é lícito que o adotado retorne ao abrigo quando observado que não se adaptou com os membros da família. Nesse sentido o estágio de convivência:

(...) tem como função verificar a compatibilidade entre adotante e adotando. Ele deve ser acompanhado por estudo psicossocial que tem por finalidade apurar a presença dos requisitos subjetivos para a adoção (idoneidade do adotante; reais vantagens para o adotando e; motivos legítimos para a adoção). (ROSSATO *apud* REZENDE, 2013. p. 217).

O estágio de convivência é uma oportunidade para as duas partes se conhecerem e assim gerar laços familiares.

3.1 – OS PRINCÍPIOS *VERSUS* ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO

Conforme visto anteriormente, foi a partir dos Tratados e Convenções, juntamente com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que impulsionaram a aplicação do princípio do melhor interesse no Brasil. Desde então, o Decreto 99.710/1990 foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, as decisões passaram a referir em seu texto o princípio do melhor interesse.

Desta maneira, sempre que for negar um pedido de adoção feito por um casal homoafetivo estará ferindo os princípios do melhor interesse, da não discriminação, da pluralidade familiar e da igualdade, bem como o princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Vale destacar também o princípio da dignidade humana. Luís Roberto Barroso afirma que:

O princípio da dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos fundamentais, representando o núcleo essencial de cada um dos direitos individuais ou coletivos sendo, portanto, o “comando” de todos os direitos fundamentais. (BARROSO *apud* CUNHA 2009, p. 251).

Nesse seguimento, o Tribunal do Rio Grande do Sul deferiu acerca da possibilidade da adoção por casal do mesmo sexo, com entendimento que união homoafetiva é considerada entidade familiar, salientando que não existe prejuízo para criança e o adolescente:

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. “(TJRS, AC 70013801592, 7º. Câm. Cív, j. 05.04.2006, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos). (CUNHA, Revista Jurídica. 2017).

Por outro lado, ainda existe discriminação para Guilherme Calmon Nogueira Gama:

A união estável somente é considerada entre pessoas do sexo oposto, tendo em vista que a sexualidade natural somente é possível com a sua prática entre homem e mulher, podendo o Estado dispensar um tratamento desigual aos particulares justificadamente (GAMA *apud* CUNHA, 2000, p. 171).

Nesse sentido, é inadmissível que o magistrado defere sua decisão embasada em preconceitos, optando pela permanência do menor em abrigo do que a adoção por casal homoafetivo, com um lar, amor, cuidados entre outras oportunidades para se desenvolver com dignidade. Nesse sentido, é difícil para a instituição dar todo o suporte que uma criança necessita para ter uma vida saudável.

Como exposto anteriormente, a união homoafetiva em nada prejudica na formação psicológica do adotado, pois não é a diferença entre os sexos que pode causar dano ao menor, mas sim o descaso da sociedade para com eles. Nesse sentido Sarlet expõe

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.” (SARLET *apud* CUNHA, 2010, p. 70)

A discriminação não pode reprimir de modo algum um direito que é assegurado pela Constituição Federal. A não concessão dos direitos constitucionais evidencia uma ofensa ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, de forma que não pode haver desigualdade legal entre as pessoas. Para Salazar

É necessário observar que a adoção visa à proteção da criança e do adolescente de todo e qualquer tipo de violência e discriminação. Para que ocorra tal objetivo, é necessário observar se a inclusão de uma criança e adolescente no seio de uma família homoafetiva não irá prejudicar o desenvolvimento do menor, de acordo com princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (SALAZAR *apud* CUNHA, 2006, p. 115),

Sendo assim, preenchidos os requisitos disposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não há razões para indeferir um processo de adoção realizado por um casal homoafetivo.

3.2 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O princípio do melhor interesse tem como finalidade, proporcionar o bem-estar para criança e ao adolescente, devendo imperar sobre quaisquer outros interesses que possa vir a confrontar com ele. À vista disso, devem ser observados alguns requisitos, como por exemplo, se foram destituídos dos laços familiares, a idade da criança e se possui irmãos. Com intuito de assegurar o melhor desenvolvimento psíquico-mental do menor.

Segundo Gama:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alcançado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com a absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito. (GAMA *apud* SANTOS, 2008, P.80)

Pelo fato, de não haver um conceito preciso em virtude de sua natureza ser princípio. Os operadores do direito analisam o caso de forma subjetiva, manifestando de acordo com valores adquiridos ao longo da vida, como a cultura, educação, personalidade, entre outros.

Nesse sentido, a aplicação do princípio do melhor interesse altera-se de indivíduo para indivíduo. Pereira questiona:

[...] ficar sob a guarda paterna, materna, de terceiros, ser adotado ou ficar sob os cuidados da família biológicas, conviver com certas pessoas ou não? Essas são algumas perguntas que nos fazem voltar ao questionamento inicial: existe um entendimento preconcebido do que seja melhor para criança ou para o adolescente? A relatividade é o ângulo pelo qual se pode verificar qual a decisão mais justa passa por subjetividade que veicula valores morais perigosos. Para a aplicação do princípio que atenda verdadeiramente ao interesse dos menores, é necessário em cada caso fazer uma distinção entre moral e ética. (PEREIRA, 2009, PP. 128-129)

Nessa perspectiva, o princípio do melhor interesse deve ser aplicado juntamente com interesse dos pais, havendo um balanceamento de benefícios. Insta salientar, que os casais homoafetivo não exigem um perfil definido, diferente dos casais heterossexuais que na maioria dos casos buscam criança branca, com idade máxima de 2 anos, que não tenha doença congênita, mental ou física. Em relação a adoção, os casais homoafetivo querem apenas formar uma família independente da condição do adotado.

Como já mencionado, existem números elevados de crianças e adolescentes institucionalizados. Todavia, esse número poderia ser diminuído de forma considerável se não fosse tão moroso e com tantos empecilhos à adoção por pares homoafetivos. Ademais, a falta de dispositivo que regulamenta a adoção por casais homoafetivo acaba gerando preconceito pelo Poder Judiciário, onde só acredita na união do homem e da mulher, o que dificulta o processo de adoção.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias expõe:

A resistência em ser concedida a adoção a um casal que mantém uma união homoafetiva. As justificativas são muitas: problema que a criança poderia enfrentar no ambiente escolar, ausência de referências de ambos sexos para seu desenvolvimento, obstáculos na lei dos registros públicos. Mas o principal motivo é um só: o preconceito. Há uma enorme resistência em aceitar os pares de pessoas do mesmo sexo como família. Existe o preconceito de que se trata de um relacionamento sem um perfil de retidão e moralidade que possa abrigar uma criança. (DIAS *apud* PEREIRA, ALMEIDA, 2010. P. 1).

Outro problema a ser destacado é o fato de a sociedade dizer que a criança e ao adolescente teriam a sua sexualidade abalada pelo fato de conviver com família homossexual. Nesse sentido, Vecchiatt se posiciona de forma contrária:

(...) por outro lado, se realmente fosse indispensável à heterossexualidade de um indivíduo que ele fosse criado por um casal heterossexual, então como explicar: a) a existência de homossexuais filhos de casais heteroafetivos? Como explicar, partindo-se daquela teoria, que crianças criadas por casais heteroafetivos venham a se tornar homossexuais, já que forma criadas no ambiente considerado como o “adequado”? Afinal, os homossexuais em geral foram criados por uma família heteroafetiva tradicional; b) a existência de filhos heterossexuais criados por famílias monoparentais? Se realmente fosse indispensável ao desenvolvimento da heterossexualidade do menor que ele fosse criado por um homem e uma mulher, como explicar a heterossexualidade do menor criado por apenas um indivíduo? Não estaria aí faltando também uma das “condições” necessárias ao desenvolvimento do infante, qual seja a figura paterna/materna ausente? Ora, se os defensores daquela pseudotese alegam que um casal homoafetivo prejudicaria o menor pelo fato de não fornecer a figura do sexo oposto, então, por uma questão de lógica, deveriam defender que seu suposto prejuízo também ocorreria na criação de alguém apenas por um homem ou uma mulher, ainda que heterossexual; c) a existência de filhos heterossexuais criados por casais homoafetivos? Novamente, se realmente fosse indispensável ao desenvolvimento da heterossexualidade do menor que ele fosse criado por um homem ou uma mulher, como explicar a heterossexualidade de um menor criado por um casal homoafetivo? Esse fato comprova cabalmente quão descabida é a teoria que aqui se refuta, na medida em que, por suas premissas, seria impossível a existência de pessoas heterossexuais criadas, desde criança, por casais homoafetivos. (VECCHIATT *apud* PEREIRA, ALMEIDA, 2008, p. 539).

Enfim, a homossexualidade em nada deve atingir a decisão do juiz, sendo que a apreciação realizada pelo magistrado em nenhum momento poderá basear-se em rotulações preconceituosas. Logo, deve respeitar a vontade do menor, a questão que deve prevalecer é a possibilidade da criança e do adolescente abrigados e órfãos em constituir um lar familiar, onde irá receber amor, carinho, afeto e o mais importante ter uma base sólida para se desenvolver, não importa se for em família tradicionais, monoparentais ou homoafetiva.

(...) é necessário que se priorize o interesse de quem tem o constitucional direito de ser protegido e amado, e não o pretense direito de pais e familiares que não souberam ou não quiseram assumir os deveres parentais. Afinal, não é o elo biológico que merece ser preservado. São os vínculos afetivos que precisam ser assegurados a quem tem o direito de ser amado como filho. (DIAS *apud* PEREIRA, ALMEIDA, 2010.p. 1)

Compreende-se que abrigo não é lugar para uma criança crescer, e de acordo com o artigo 227 da Constituição Federal é dever da Família, da sociedade e do Estado assegurar à criança ao adolescente e ao jovem a absoluta prioridade, salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência e crueldade e opressão. Tirar de uma criança a oportunidade de ter uma família, uma base para o seu desenvolvimento é com certeza desrespeitar a lei maior e não proteger o bem jurídico tutelado, como também não atender o interesse da criança e do adolescente.

Assim, conclui-se que o maior impedimento para a adoção por casais do mesmo sexo, é o preconceito, tendo os Operadores do Direito, fundado conceitos em crenças religiosas e fundamentalismo arcaico, onde só acreditam em união heterossexual.

Tem de se proteger qualquer tipo de relacionamento, livremente da orientação sexual da entidade familiar. Considerando-se que o direito é universal, e, não deve apenas amparar a família tradicional, onde o homem exerce a paternidade e a mulher a maternidade, mas, todo o ser humano, independentemente da raça, cor, sexo ou religião. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser aplicado de forma a atender as necessidades do menor, com o máximo de celeridade, efetividade e brevidade, com o intuito de defender os direitos a eles inerentes.

CONCLUSÃO

De acordo com estudo apresentado, verifica-se a real necessidade de efetivar e tratar com celeridade, a situação que se encontra a criança e o adolescente desamparado. A partir da Constituição de 1988, surgiram princípios incorporados pela Doutrina da Proteção Integral, tal como rol de Direitos Fundamentais e o Estatuto da Criança e do adolescente, tendo como finalidade a proteção e a efetivação dos direitos.

Porém, para transformar tais direitos em prática é necessário a atuação da família, da sociedade e do Estado. E através da adoção a criança estará amparada, contudo ainda existe preconceitos em relação a adoção homoafetiva, no qual o legislador se omite quanto ao tema. Defendem que adoção pode acarretar problemas psicológicos, bem como sofrer com preconceitos, pelo fato da opção sexual dos pais.

Todavia, a doutrina majoritária alega se tratar muito mais de preconceitos por parte dos operadores de direito, do que uma preocupação com danos psicológicos na vida dos adotados. Aos que defendem essa tese impossibilitando à adoção por casal homoafetivo estará indo contra o verdadeiro sentido do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse sentido, não há lei que proíbe a adoção por pares homoafetivos, sendo que as crianças inadotáveis terão mais chance de ser adotados, pois esses casais não idealizam perfis, diferente dos casais heterossexual que preferem crianças brancas, com até 3 anos de idade e sem doença física ou mental.

Portanto, é imprescindível que os operadores do direito analisem o caso concreto, de forma a atender a necessidade do menor, deixando de lado o preconceito. Pois o verdadeiro atendimento ao princípio do melhor interesse se realiza quando a criança e ao adolescente tem o direito a convivência familiar e conseqüentemente os direitos fundamentais especiais, independentemente de ser família homoafetiva, tradicional ou monoparental.

REFERÊNCIAS

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

LINHARES, Larissa Lima. *A Família Homoafetiva no ordenamento Jurídico Brasileiro*. Artigo jurídico. Disponível < <http://www.webartigos.com/artigos/a-familia-homoafetiva-no-ordenamento-juridico-brasileiro/128997/>>. Acesso em: 01 outubro. 2017.

DIAS, MARIA Berenice. *Manual de direito das Famílias*. 11ª ed. rev. e atual. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, ALMEIDA, Jean Carlos, Andressa Cristina. *Adoção por casais homoafetivos*. Disponível em <<http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJUR2015/n1/ADO%C3%87%C3%83O%20POR%20CASAIS%20HOMOAFETIVOS.PDF>> Acesso em: 02 outubro. 2017.

SANTOS, Jose Neves. *Multiparentalidade: Reconhecimentos e efeitos jurídico*. Artigo Jurídico. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/29422/multiparentalidaderreconhecimento-e-efeitos-juridicos>>. Acesso em: 14 outubro 2017.

CHAVES, Vik de Souza. *As inovações promovidas no instituto da adoção pela lei nº 12.010/2009*. Artigo Jurídico. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/24570/asinovacoes-promovidas-no-instituto-da-adocao-pela-lei-n-12-010-2009/2>>. Acesso em 16 outubro 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direito da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MULLER, Crisna Maria. *Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619>. Acesso em out 2017.

REZENDE, Guilherme Carneiro. *A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção. Área da criança e do adolescente*. Disponível em <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1797>. Acesso em: 01 novembro 2017.

Grupo de Apoio à Adoção. Disponível em: http://gaasp.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=275%3Aporque-a-adoacao-demora-tanto-no-brasil&catid=47%3Aadoacao-tardia&Itemid=67> Acesso em: 01 novembro. 2017

Lei Federal nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. *Lei Nacional da Adoção*. Diário Oficial da União de 4 agosto de 2009. Brasília, DF.

Relatórios estatísticos –CNA- *Cadastro Nacional de Adoção*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em 01 novembro. 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática*. Disponível em: http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf. Acesso em 01 novembro. 2017.