



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Possibilidade da Adoção Homoafetiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Paula Lima Vaz de Mello

Rio de Janeiro  
2010

PAULA LIMA VAZ DE MELLO

A Possibilidade da Adoção Homoafetiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientadores: Prof<sup>a</sup>. Néli Fetzner  
Prof<sup>o</sup>. Nelson Tavares  
Prof<sup>a</sup>. Mônica Areal

Rio de Janeiro  
2010

## A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

**Paula Lima Vaz de Mello**

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC.  
Advogada

**Resumo:** A família é uma instituição complexa que vem mudando com o passar do tempo, apresentando uma estrutura que no passado não se cogitava. Assim, com todas estas mudanças, alguns institutos do direito de família, tais como a adoção, precisam se transformar para se adaptar a esta nova concepção, qual seja, de famílias compostas por casais homossexuais. Desta forma, a essência do trabalho é abordar a possibilidade da adoção homoafetiva, visando o melhor interesse da criança e do adolescente, abordando as controvérsias acerca da possibilidade da constituição deste novo modelo familiar à luz do ordenamento pátrio.

**Palavras-chaves:** Adoção. Homoafetividade. Família

**Sumário:** Introdução. 1. Adoção no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2. O Surgimento de um Novo Conceito de Entidade Familiar. 3. O Melhor Interesse da Criança e Adolescente. 4. Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto busca focar a temática da adoção por casais homossexuais, assunto polêmico, repleto de tabus e divergências. Há uma grande necessidade de esclarecer a possibilidade jurídica da adoção homoafetiva, uma vez que o número de crianças e adolescentes à espera de um lar em que possam viver com condições de vida melhor, bem como receber todo carinho e afeto cresce cada vez mais, ao passo que, da mesma forma, aumenta o número de casais homossexuais que lutam para adotar estas crianças. Assim, a adoção de crianças por esta nova formação da entidade familiar, seria favorável a todos os envolvidos, bem como estaria em conformidade com diversos princípios constitucionais, tais como dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança. No entanto, resta saber se tal adoção preenche os requisitos legais necessários para sua efetivação, de acordo com o disposto no ordenamento jurídico brasileiro.

Busca-se despertar a atenção para quantidade de crianças à espera de um lar, para que possam ter uma vida digna e com melhor qualidade de vida, para a dificuldade da concretização da adoção em geral, bem como interesse de casais homossexuais em adotar e suas dificuldades.

Para atingir a finalidade, serão abordados os seguintes tópicos: discussão sobre a possibilidade de adoção por casais homossexuais, dentro do contexto da nova formação da entidade familiar e da lacuna na lei referente ao assunto, avaliando a influência da relação homossexual na criação da criança, relacionado com seu melhor interesse. Além disso, o trabalho visa a expor a relevância social do tema, não podendo deixar de explicitar os aspectos de inclusão social gerados pela adoção, ressaltando que a ausência de lei não pode ser motivo para não se fazer justiça.

Resta saber, assim, se de fato a lacuna no ordenamento jurídico pátrio possibilita a adoção de crianças por casais do mesmo sexo, deixando de lado o preconceito para aplicar os princípios fundamentais previstos na Constituição, proporcionando melhores condições de vida a milhares de crianças abandonadas em nosso país.

## 1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

O conceito de família vem sofrendo grandes alterações com o passar do tempo e com a evolução da humanidade, para se adequar aos novos valores da sociedade pós-moderna. A família, em sua origem, não tinha significado idealístico, assumindo uma conotação patrimonial, dizendo respeito à propriedade. Era fundamentalmente procriadora, patriarcal, patrimonial e heterossexual, ou seja, era caracterizada pela união do homem e da mulher, com a finalidade de procriação bem como de formação de patrimônio para posterior transmissão dos bens aos herdeiros.

Com o passar dos anos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos, ou sóciopsicoafetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um.

Além disso, os laços entre o Estado e a Igreja foram se afrouxando e, com isso, os rígidos padrões de moralidade foram diminuindo. O objetivo maior passou a ser a busca da felicidade e, com ela, passaram a surgir novas formas de famílias.

A Constituição Federal de 1988 trouxe como princípios norteadores, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a erradicação da pobreza e a igualdade substancial, e com isso o Direito das Famílias ganhou novos ares, passando a ser a família igualitária, democrática e plural, não necessariamente casamentária, sendo protegido todo e qualquer

modelo de convivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, baseada em laços de solidariedade.

Na vigência do Código de Beviláqua, o casamento era a única forma da família legítima, gozando de privilégios distintos. Fora do casamento, a família era ilegítima, espúria ou adúltera, e não merecia a proteção do ordenamento jurídico familiarista, projetando efeitos apenas no âmbito das relações obrigacionais.

Vale observar que a fórmula do Código Civil de 1916, para garantir a indivisibilidade do patrimônio, era de excluir a prole concebida fora do casamento de qualquer direito. Havia uma total distinção entre os filhos, aqueles tidos fora do casamento eram considerados “filhos ilegítimos”, sofrendo restrições, inclusive, sucessórias. Dessa forma, os filhos eram punidos pela postura do pai, que “ganhava” um prêmio, o de não assumir qualquer responsabilidade para com esses filhos. Devido a essa concepção, até os casais, mesmo casados, que não podiam ter filhos eram discriminados, sofrendo humilhações por sua incapacidade de gerar seus próprios filhos.

No entanto, hoje em dia a incidência da isonomia tem o condão de impedir distinção entre filhos fundada na natureza do vínculo que une os genitores, se casados ou em união estável, além de obstar diferenciações em razão de sua origem biológica ou não. Não há mais a possibilidade de tratamento diferenciado entre os filhos em razão de sua origem, e sequer são admitidas qualificações indevidas a eles. Isso é o que dispõe o art. 226, § 6º da Constituição Federal.

Assim, todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção seja na esfera patrimonial, seja na pessoal. E com isso, todos os dispositivos legais que, de algum modo, direta ou indiretamente, determinem tratamento jurídico discriminatório entre filhos terão de ser repelidos do ordenamento jurídico.

Com a Constituição de 1988, a família foi pluralizada, assumindo diferentes feições. O casamento continuou sendo tutelado como uma das formas de constituir a entidade familiar, através de união formal, solene, entre homem e mulher, mas perdeu a exclusividade, passando a conviver com outros mecanismos de constituição da família, como a união estável, família monoparental e a homoafetiva. Assim dispõe textualmente o art. 226 da CF, ao prever que a família, qualquer que seja seu modo de constituição, merecerá proteção estatal.

Sabe-se que até a Constituição de 1988, o casamento era visto pela ótica institucionalista. Mais interessava o atendimento das formalidades e prescrições legais do que a proteção da felicidade das pessoas envolvidas. Com a mudança dessa visão, passou-se a privilegiar valores essenciais à pessoa humana, como a dignidade, a solidariedade social, a igualdade substancial e a liberdade. Dessa forma, é preciso submeter toda a normatividade infraconstitucional do casamento à supremacia dos valores constitucionais, harmonizando, quando possível, as suas regras ao espírito garantista e quando não for possível promover uma conciliação, simplesmente repelindo a norma inferior do sistema.

Diante desses novos ares, o constituinte precisou acompanhar a evolução social, trazendo à Constituição Federal de 1988 a consagração dessas novas formas de convívio. A família, que é considerada a base da sociedade, recebeu, então, uma maior atenção do Estado. Hoje, todos os filhos, sejam adotados, tidos dentro ou fora do casamento, têm os mesmos direitos. Aquele que tem uma família formada por união estável passou a ter os mesmos direitos como se fosse casado.

A nova Lei Maior não conjuga a idéia de família com a de casamento, como fazia a Constituição de 1916. Desta forma, o casamento não é a finalidade e objetivo central das vidas das pessoas, sendo apenas uma circunstância relacionada à opção pessoal. Portanto, casando ou não, a pessoa humana merecerá sempre a mesma proteção.

Assim, pode-se dizer que família é espaço de integração social, afastando uma compreensão egoística e individualista das entidades familiares, para se tornarem um ambiente seguro para a boa convivência e dignidade de seus membros.

É possível afirmar que não se vê com tanta frequência, hoje em dia, a família formada por pai-mãe-filho. Os modelos de família estão mais diversificados. É comum a família monoparental, formada pelo pai ou mãe e o filho; a família formada apenas por irmãos; por primos; por tios e sobrinhos; por avós e netos. E porque não, a família formada por homossexuais, sem filhos, com filhos de um deles ou com filhos adotados por um deles? Desde que haja amor, afeto, essas formações humanas merecem ser chamadas de família, pois cumprem a função desta no seu dia a dia. Diante de tanta diversidade, fica difícil conceituar família na atualidade. Atualmente as pessoas sabem o que fazer com o seu afeto e não mais são obrigadas a reprimi-lo para se subjugarem ao desejo dos pais ou da sociedade.

## 2. A UNIÃO HOMOAFETIVA

Primeiramente, faz-se necessário esclarecer o significado de homoafetividade, homossexualismo e homossexualidade. O termo homossexualismo era empregado, no Brasil e no mundo, para designar uma das espécies de distúrbios mentais e emocionais, era considerado um "desvio ou transtorno sexual". No entanto, corretamente, em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria – APA, retirou-o da lista de patologias.

Em 1995, em sua 10ª revisão, o Código Internacional de Doenças (CID), deixou de considerar o homossexualismo como doença, substituindo o sufixo 'ismo' por 'dade', passando a ser designado de homossexualidade, uma vez que o termo anterior remetia a uma interpretação equivocada. Afinal, não causa qualquer mal à saúde ou à conduta social que justifique um indivíduo ser tratado como doente por sentir atração por pessoa do mesmo sexo.



Atualmente, a relação de afetividade entre homossexuais começa a receber, doutrinariamente, um novo sinônimo: homoafetividade. Esse vocábulo está sendo introduzido pela desembargadora e jurista Maria Berenice Dias (2009), a qual defende que o afeto é o fator mais relevante na atração que uma pessoa sente pelo mesmo sexo. Assim, segundo ela, não se trata apenas de buscar palavras politicamente corretas, mas - sobretudo - posturas humanas e sociais, democráticas e libertárias corretas. Esse termo foi muito bem colocado, uma vez que se voltou ao sentimento que permeia essas relações, o afeto.

Nota-se que não se trata apenas de uma relação de cunho sexual: é, sobretudo, um vínculo criado pela afetividade, pelo carinho, pelo desejo de estar com o outro numa convivência harmônica, duradoura e marcada pelo amor.

## 2.1 O PRECONCEITO EM RELAÇÃO A HOMOAFETIVIDADE

A homossexualidade sempre existiu nas civilizações antigas, principalmente o homossexualismo masculino, como entre os romanos, egípcios, gregos e assírios. Tomou maiores proporções entre os gregos, pois além de relacioná-la à carreira militar e religiosa, como os demais, também atribuíam à homossexualidade fatores como a intelectualidade, ética comportamental e estética. Chegava-se a ser considerada, por alguns, mais nobre que o relacionamento heterossexual. Naquela época, as relações homoafetivas eram aceitas sem qualquer tipo de discriminação, não sendo, contudo, admitidos os exageros.

O maior preconceito veio das religiões, pois, para a maioria delas, as relações sexuais deveriam dirigir-se apenas à procriação. A homossexualidade é considerada pela Igreja Católica como uma transgressão, uma verdadeira perversão.

A Santa Inquisição tornou crime o homossexualismo, através do III Concílio de Latrão, de 1179. Até a década de 60, a homossexualidade era considerada como crime entre os ingleses, sendo assim encarada nos países islâmicos até a atualidade.

A partir da metade do século XVII, surgiu uma sociedade homofóbica. Durante a Segunda Guerra Mundial, os homossexuais foram perseguidos e cruelmente assassinados pelos nazistas tanto quanto os judeus.

Posteriormente, os homossexuais passaram a ser tratados como doentes, não mais como criminosos. Achava-se que possuíam uma anomalia capaz de levá-los à depressão e ao suicídio, propensos à prática de crimes.

A homossexualidade passou a ser compreendida de forma mais clara, no final do século diminuindo, assim, a intolerância a ela. Os homossexuais passaram a se assumir, não mais se ocultando, passando, pois a reivindicar respeito e jogar por terra preconceitos estabelecidos pela sociedade.

Hoje em dia, a homossexualidade é tratada como uma mistura de fatores, resultado de influências biológicas, psicológicas e socioculturais, sem peso maior para uma ou para outra – nunca uma determinação genética ou uma opção racional.

O Vaticano, em recente manifestação, posicionou-se de forma radical e totalmente contrária ao homossexualismo e à adoção de crianças por pares homossexuais, alegando ser uma agressão irreversível à própria criança. Com base nesse entendimento, recomendou a todos parlamentares católicos da Itália, bem como dos outros países, a votarem contra leis que pudessem regularizar a união civil de pares homossexuais e a adoção de crianças. Completa ainda, que reconhece o sofrimento de quem tem esse tipo de orientação sexual, mas que entende que eles devam optar pela castidade.

Das diversas minorias existentes no Brasil, pode-se dizer que a dos homossexuais é a mais discriminada. Frequentemente, encontra-se nos jornais a absurda notícia de assassinato

de um homossexual, simplesmente por ser homossexual, justificando-se o assassino pelo fato de considerá-lo uma ameaça à sociedade e à família. Nesses casos, fica nítido o preconceito, uma vez que basta uma rápida reflexão para se chegar à conclusão de que na verdade o assassino é quem representa ameaça para a sociedade.

## 2.2 PROTEÇÃO DAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

O fundamento primário das uniões homoafetivas, tal qual qualquer outra entidade familiar, é o afeto. Embora a Constituição não tenha expressamente contemplado a união homoafetiva como relação familiar, uma visão unitária e sistêmica do ordenamento jurídico conduz a essa conclusão, principalmente quando considerados os princípios basilares constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial, da não discriminação, inclusive por opção sexual e do pluralismo familiar consagrando diferentes modelos de entidade familiar.

A união homoafetiva seria modelo familiar autônomo como a comunidade entre tios, irmãos e avós e netos. Não proteger a entidade homossexual também como grupo familiar é negar a sua compreensão instrumentalizada, retirando proteção da pessoa humana. Há que se conceder os mesmo direitos e impor as mesmas obrigações que as concedidas e impostas à demais relações socioafetivas, quando presentes os requisitos de vida comum, coabitação, assistência mútua, e afeto.

Nesse sentido, pode-se destacar, algumas conquistas da deste tipo de entidade familiar, sejam concedidas em decisões judiciais ou sede administrativa, bem como disposições de lei que corroboram esse entendimento, o que indica que se está começando a eliminar o preconceito e efetivamente proteger essa parcela da população que por muito tempo ficou excluída.

O Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar para fins de inelegibilidade eleitoral (art. 14, § 7º, CR), observando se tratar de um dado da vida real, em que, assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes laços afetivos.

Dentro da mesma perspectiva, o art. 5º, § único da Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha, veio reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, ao aludir à possibilidade de aplicação da referida lei quando ocorrer a violência familiar contra a mulher, praticada, por outra mulher.

Pode-se, ainda, destacar a possibilidade de pagamento de seguro DPVAT ao parceiro homoafetivo consoante previsão da Circular 257 de 21 de junho de 2004 da SUSEP. E ainda, a inserção do parceiro homoafetivo como dependente em plano de assistência médica, de acordo com decisão proferida pelo do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 238.715, oriundo do Rio Grande do Sul, que entendeu que a condição sexual não diminui direitos e, tampouco, a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.

Além disso, tendo por base decisão da Justiça Federal, o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, expediu a Instrução Normativa 25/2000, na qual ficou estabelecida a concessão de pensão por morte e auxílio reclusão para companheiro homossexual.

Pode-se constatar que ainda há um longo caminho a ser percorrido para que a comunidade homossexual tenha seus direitos totalmente garantidos, e passe assim a ter uma integral proteção do Estado. Entretanto, aos poucos a sociedade vem diminuindo o preconceito em relação a esses indivíduos e por conseguinte, as normas têm evoluindo para se adequar a este tipo de relação. Ainda que não haja o reconhecimento expresso da família homossexual, há que se reconhecer que existem interesses merecedores de proteção.

### 3. ADOÇÃO

Pode-se encontrar, na doutrina brasileira, diferentes definições do conceito de adoção. Wald (2005) entende que a adoção é uma ficção jurídica, que cria o parentesco civil, através de um ato jurídico bilateral, que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente. Gomes (2001), na mesma linha de entendimento, afirma que a adoção consiste em uma ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau em linha reta.

No entanto, em outro sentido, Chaves (2010) define a adoção baseado nos critérios da socioafetividade, fundamentado no afeto, na dignidade, na ética das pessoas envolvidas, sendo um mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário.

Neste diapasão, na medida em que a família perdeu a sua função procracional, relevante tão somente para fins econômicos, a filiação passou a ser um momento de realização humana, de plenitude existencial, passando a ser irrelevante a origem da filiação. Assim, a adoção é um dos variados mecanismos de determinação filiatória, baseada no afeto e na dignidade, inserindo o adotando em um novo núcleo familiar.

Com a vedação do tratamento discriminatório entre os filhos, pela Constituição Federal de 1988, o adotando passou a ter todos os direitos reconhecidos aos filhos biológicos (art. 227, §6º), e com base nisso, pode-se dizer que o texto constitucional adotou a chamada filiação socioafetiva. A relação jurídica entre pais e filhos não é, portanto, um dado da natureza, mas sim uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem.

O sistema de adoção existente no Código Civil de 1916, pautando na idéia de que seria apenas uma forma de oferecer oportunidade de ter filhos aos que não poderiam tê-los por mecanismo biológico-sexual, possuindo caráter contratual, acabou se tornando incompatível com a Constituição de 1988. Assim, a partir do texto constitucional de 1988, a adoção foi ganhando novos contornos, prevalecendo a concepção do instituto como mecanismo de colocação em família substituta, consubstanciando o direito à convivência familiar e à proteção integral do adotado, proporcionando a este a inserção em um ambiente familiar saudável, tornando-se, ainda, assim como a filiação biológica, irrevogável e irretroatável.

Assim, hodiernamente, a adoção está ligada à idéia de possibilitar a inserção da pessoa humana em um núcleo familiar, com sua integração afetiva e plena, atendendo às necessidades de desenvolvimento da personalidade sob o aspecto psíquico, educacional e afetivo. Inegavelmente, ela prestigia a convivência familiar, estabelecendo relação filiatória por perspectiva afetiva, inserindo alguém em uma família substituta.

De todas as formas de inserção em família substituta, a adoção é a mais ampla e completa, uma vez que transforma o adotado em membro da nova família.

Desta forma, a adoção é decorrente de uma escolha recíproca. É uma espécie de via de mão dupla, na qual pais e filhos se adotam. Logo, não se trata de um mecanismo de escolha de filhos pelos pretendentes.

### 3.1 A ADOÇÃO POR CASAS HOMOSSEXUAIS

O Estatuto da Criança e Adolescente, Lei 8.069.90, estabelece a legitimidade para adoção, ou seja, aqueles capacitados a adotar. Tal legitimidade é conferida tanto à mulher quanto ao homem e a ambos, em conjunto ou isoladamente e independentemente do estado civil.

Ao dispor acerca dessa capacidade, a referida lei, em seu art. 42, estabelece dois requisitos, a maioridade do adotante, tendo em vista que antes de atingir os 18 anos a pessoa não tem capacidade para a prática de atos da vida civil; e a diferença de idade entre adotante e adotado, que deve ser de pelo menos 16 anos. Por conseguinte, preenchendo o adotante estes dois requisitos impostos pela lei, a adoção há que ser deferida.

Fica evidente que não se pode restringir a adoção em função do sexo, cor, religião, situação financeira ou preferência sexual do adotante, sob pena de violar o princípio constitucional da igualdade, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, nem sempre foi assim. Inicialmente, eram julgados improcedentes os pedidos de adoção em que vinha à tona a preferência sexual do pretense adotante, sob a alegação de que a convivência da criança com um homossexual poderia lhe prejudicar o desenvolvimento como pessoa.

Com o passar do tempo esse posicionamento foi dando lugar ao entendimento baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação, e com isso, as adoções passaram a ser concedidas independente da orientação sexual do adotante, com base em pareceres psicológicos de que a opção sexual dos pais não influencia a dos filhos.

As várias decisões dos tribunais neste sentido dispõem que, a despeito da homossexualidade dos requerentes, estes possuem condições morais e materiais para assumir a função de pai/ mãe, havendo, portanto, reais vantagens para a criança a ser adotada.

Frisa-se que essas adoções, que hoje são concedidas regularmente sem qualquer julgamento acerca da orientação sexual do requerente, são apenas deferidas para pessoas solteiras. No tocante à adoção por duas pessoas do mesmo sexo, não é aplicado este entendimento, surgindo, portanto, a controvérsia.

A problemática surge da ausência de regulamentação da união homoafetiva, uma vez que o artigo 42, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que, para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados ou mantenham união estável.

Apesar das tentativas de, alguma forma, regular estas uniões, nenhum dos projetos de lei propostos para tal chegou a ser votado pelo Congresso Nacional, sendo arquivados.

A ex-Deputada Federal Marta Suplicy, em 1995, apresentou a proposta de Emenda à Constituição nº 139/95 com o intuito de ser proibida no Brasil a discriminação contra os pares homoafetivos, alterando, para isso, os artigos 3º e 7º da Constituição de 1988. Apesar da tentativa, a proposta foi arquivada em fevereiro de 1999.

Além desta proposta, Marta Suplicy ainda apresentou o Projeto de Lei nº 1.151/95, visando à regulamentação da união civil entre pessoas do mesmo sexo. Foi apresentado substitutivo pelo Deputado Roberto Jefferson, através do qual foi trocado o termo união civil para parceria civil registrada, para que não fosse confundido com o casamento. Esta parceria civil registrada objetivava apenas a elaboração de um contrato escrito, a ser registrado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, a fim de dar garantia pessoal e patrimonial à relação homoafetiva. No entanto, não autorizava o uso do sobrenome do parceiro, nem a alteração do estado civil, não havendo, portanto, a constituição de uma família.

Apesar de o substitutivo ter recebido parecer favorável da Comissão Especial do Congresso, até hoje não foi votado.. A pressão religiosa, ainda que o Estado seja laico, bem como o medo da opinião pública fizeram como que o projeto fosse retirado de pauta em 31/05/2001, por acordo de seus líderes, conforme consta do *site* da Câmara dos Deputados.

Desta forma, em face da ausência de regulamentação expressa das uniões homoafetivas, a lacuna legal existente deve ser preenchida de alguma forma a fim de dar solução às demandas intentadas por casais homossexuais que visam a adotar. Isto porque o dever de julgar, independente do respaldo em norma legal expressa. De acordo com o



disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, deve-se aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, quando a lei for omissa, a fim de atender aos anseios da sociedade. Neste sentido, grande parte da doutrina pátria, capitaneada por Dias (2009), entende que à regra do artigo 226, caput, da Constituição se trata de norma de inclusão, devendo ser conferida uma interpretação ampliada, para incluir espécies além das ali contempladas, uma vez que não há como se negar o caráter familiar das uniões homoafetivas, sedimentada no afeto e na solidariedade recíproca. Logo as uniões homoafetivas produzirão efeitos comuns do Direito de Família, como o direito a alimentos, à herança, ao sobrenome e, por igual possibilidade, de adoção, formalizando uma relação filiatória. Além disso, afirma-se que os parágrafos 3º e 4º do referido artigo, são apenas exemplificativos, não se restringindo a proteção do Estado apenas à união estável entre homens e mulheres.

Com isto, tendo em vista a lacuna legal existente, e a necessidade de se proteger as relações homoafetivas, a doutrina as inclui como espécie do gênero união estável. Sendo assim, as relações homoafetivas estariam inseridas no rol parágrafo 2º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que os legitimaria para a adoção em conjunto.

Assim, o indeferimento da adoção para aquelas pessoas que vivem em união homossexuais se baseia tão somente no preconceito. A simples a condição de homossexual não pode ser elemento definidor de um bom ou mau exercício de paternidade ou maternidade. Da mesma forma que existem homossexuais que têm vida desregrada, também existem heterossexuais que a têm não se pode generalizar. Deve-se avaliar caso a caso, utilizando-se os mesmos critérios de avaliação em qualquer que seja a formação da família disposta a adotar, pelo princípio da igualdade.

No entanto, ainda que seja uma corrente minoritária hoje em dia, há doutrinadores, tal como Gonçalves (2007), que entendem não ser possível a inclusão das relações homoafetivas como espécie de união estável. Isto porque a união estável entre pessoas de

sexos diversos pode ser convertida em casamentos, conforme parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição, o que não seria possível na união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, entendem que não ser exemplificativo os parágrafos 3º e 4º do artigo 226.

Assim, a impossibilidade de adoção por casais homossexuais não tem por fundamento o preconceito, mas tão somente impedimentos legais, já que estes não tem acesso a união estável, tampouco ao casamento, não sendo aplicado o artigo 42 do ECA.

Corroborando o entendimento da possibilidade da adoção por casais homossexuais, deve-se destacar o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe que “a adoção deverá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Ademais, deve-se ainda ressaltar, o princípio da proteção integral previsto no artigo 227 da Constituição, o qual garante às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, direitos fundamentais, determinando à família, à sociedade e ao Estado o dever legal e concorrente de assegurá-los.

Além disso, há que se observar ainda outro princípio, quando da análise do pedido de adoção, o melhor interesse da criança, que determina a primazia das necessidades das crianças e adolescentes com o critério de interpretação da lei para aplicação do caso concreto.

Portanto, o direito que está em jogo é o do adotado. O importante é avaliar o que será melhor para o desenvolvimento saudável da criança, o que a tornará mais feliz. E assim, não restam dúvidas de que a inserção de uma criança ou adolescente no seio de uma família homoafetiva lhe será mais benéfica do que permanecer no estado de abandono que se encontra.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul vem deferindo pleitos de adoção por casais homossexuais, forte no entendimento, amplamente majoritário, de conferir às uniões entre

pessoas do mesmo sexo tratamento equivalente ao que nosso ordenamento jurídico confere às uniões estáveis.

Concluem os julgadores daquele Egrégio Tribunal que, partindo do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, é de se reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de 10/08/2010, nos autos do Recurso Especial nº 889.852, oriundo do Rio Grande do Sul, interposto pelo Ministério Público, teve a oportunidade de examinar pedido de adoção formulado por duas mulheres que vivam em união homoafetiva. Os desembargadores do tribunal daquele estado julgaram improcedente a apelação cível interposta pelo Ministério Público que visava desconstituir a adoção ao casal deferida pelo juízo de primeira instância.

Em acórdão, que poderá servir de precedente para inúmeros outros caso de adoção por casais homossexuais, o Superior Tribunal de Justiça, em 24 de abril de 2010, confirmou o direito do casal de adotar dois irmãos biológicos.

Entenderam os Ministros que o artigo 1º da Lei 12.010/2009 e o artigo 43 do Estatuto de Criança e do Adolescente deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Assim, é imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida.

Uma questão prática que merece ser abordada é em relação aos registros de nascimento das crianças adotadas por casais que vivem em união homoafetiva.

A Lei 6.015/73, Lei dos Registros Públicos, regula todos os tipos de registros de brasileiros, incluindo os de nascimento. Nela, nenhuma exigência formal obsta que uma pessoa seja registrada com dois pais ou duas mães. No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu artigo 47, parágrafo 1º que o adotado será registrado com a consignação do nome dos pais, e de seus ascendentes.

Resta evidente, portanto, que não há qualquer vedação legal que impeça o registro do adotado em nome de ambos os adotantes do mesmo sexo. Desta forma, não há que haver recusa, pelos cartórios, de proceder a este tipo de registro.

Assim, a melhor solução para seria omitir os termos ‘pai’ e ‘mãe’ e ‘paterno’ e ‘materno’ da certidão, devendo constar apenas o termo ‘filho(a) de’. No entanto, é imprescindível que todas as certidões de nascimento, sejam de filhos de casais homossexuais ou heterossexuais, sejam mudadas, uma vez que, se apenas as dos filhos de pessoas do mesmo sexo sejam assim, haverá uma discriminação, o que violaria o princípio da igualdade.

### 3.1.1 ESTUDO PSICOLÓGICO ACERCA DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Muito se discute acerca da influência psicológica da adoção homoafetiva sobre as crianças e adolescentes adotados, e o seu sadio desenvolvimento. Dentre os questionamentos mais frequentes, pode-se citar (i) as dificuldades de desenvolvimento da criança em função da opção sexual dos pais, (ii) a influência da orientação sexual dos pais sobre a dos filhos, bem como (iii) a discriminação que o adotado poderá sofrer em função da opção sexual dos pais

Pesquisas realizadas por 11 psicólogos em duas cidades diferentes do Brasil, bem como pesquisas feitas nos Estados Unidos, conforme resultado demonstrado por Farias e

Maia (2009), indicam resultados positivos em relação ao desenvolvimento das crianças criadas por famílias homoparentais.

Os referidos pesquisadores concluíram que o desenvolvimento saudável do da criança ou adolescente depende apenas da funcionalidade da família, e não da sua estrutura, de como é definida. Portanto, a saúde mental e a felicidade individual depende do modo de vida da família, ou seja, se o ambiente familiar é afetuoso, se passa segurança à criança, e não se a família é composta por pai, mãe, ou apenas um deles.

Assim, pode-se afirmar que tanto os filhos de casais heterossexuais como de casais homossexuais, têm as mesmas chances de ter um desenvolvimento sadio ou não, ficando comprovado que crianças criadas por pares não são mais propicias a ter um desenvolvimento com dificuldades.

Uma das associações de classe mais poderosas dos Estados Unidos, a Associação Psiquiátrica Americana – APA, que já chegou a incluir, em anos anteriores, a homossexualidade como doença mental em seus anais, pronunciou-se, em dezembro de 2002 a favor da adoção de crianças por casais homoafetivos.

Ao pronunciar-se a favor da referida adoção, a associação divulgou os 30 anos de pesquisa que comprovam que filhos criados por pais homossexuais têm o mesmo desenvolvimento que os criados outros. Em 2000, a associação recomendou oficialmente que os estados americanos reconhecessem legalmente os casais de mesmo sexo.

A definição sexual dos pais não tem qualquer influencia sobre a opção sexual dos filhos, ou seja, não é porque os pais são homossexuais que os filhos também o serão. Os papeis de pai e mãe, são exercidos independentemente de sexo.

Caso a opção sexual dos pais fosse fato determinante para orientação sexual dos filhos, pessoas que tivessem pais heterossexuais não poderiam ter uma orientação homossexual. Além disso, estudos apontam que mais de 90% dos filhos de pais homossexuais

são heterossexuais, sendo a taxa de homossexualidade a mesma tanto em famílias heterossexuais como nas homossexuais.

Segundo os psicólogos que se dedicaram a pesquisar o tema, é de extrema importância que, a opção sexual dos pais, assim como a própria adoção devem ser tratados e revelados desde cedo para a criança. Isto porque, o que prejudica o desenvolvimento da criança, lhe causando o trauma, mais do que o preconceito social é a forma como o assunto foi lidado pela família. Sendo tratado de modo natural, verdadeiro, as chances de prejudicar a criança são quase nulas, já que faz parte do dia-a-dia, sendo uma algo “normal”.

Ademais, quando os pais deixam claro para a criança sua opção sexual, de modo adequado, ajuda as crianças a lidarem os preconceito que se deparam, em virtude da homossexualidade dos pais.

Quando a assunto é tratado de forma clara e segura, demonstra que os pais lidam bem com a própria sexualidade, passando, portanto uma segurança e naturalidade para a criança em relação à homoparentalidade, o que ajuda convivência da criança com eventuais manifestações de preconceito a sua família.

Com base nestas pesquisas, emitir parecer desfavorável à adoção com os argumentos acima rebatidos seria tirar a oportunidade, por muitas vezes a única oportunidade, de certas crianças terem um lar. Isto porque, segundo pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, que dos 15% dos brasileiros dispostos a adotar, 32,1% dão preferência a crianças de até 6 meses de vida, e 28,2% a crianças entre 6 meses e 3 anos. No entanto, casais homossexuais, geralmente, não fazem exigências quanto a idade, sexo ou raça do adotado, prevalecendo, portanto, a vontade de ter uma família completa, que possa dar amor, carinho, afeto, e também receber tudo isso em troca.

É importante averiguar a condição e disponibilidade do ser humano em dar amor, carinho, afeto. É preciso analisar cada caso individualmente, não sendo possível generalizar: os homossexuais não são aptos e os heterossexuais são.

Se o casal homoafetivo for avaliado e sendo verificadas sua idoneidade e capacidade em dar afeto a uma criança, podendo lhe proporcionar um lar saudável, repleto de aconchego, atenção e educação, não há motivos para não lhes deferir a adoção. É tudo o que uma criança institucionalizada quer e precisa. Antes de se pensar em rigor excessivo na seleção de candidatos a adoção, deve-se, diante de toda a situação em que vivem milhões de crianças brasileiras institucionalizadas, pensar na proteção a essas vidas, que têm o direito de crescer dentro de uma família.

Sem sombra de dúvidas, para a criança, desenvolver-se numa família, com amor e compreensão, por mais diferente que seja, é infinitamente mais benéfico do que permanecer toda sua infância e adolescência no ambiente frio de uma instituição.

#### 4. VISÃO GLOBAL

A luta pelos direitos dos casais homoafetivos vem se difundindo por todo o mundo há muitos anos. Em alguns países, a adoção por par homossexual já é permitida. Essa luta está voltada para a concretização do respeito aos direitos humanos e, cada vez mais, países vão descriminalizando a homossexualidade, editando leis que regularizam a união homoafetiva, concedendo-lhes os mesmos direitos dos heteroafetivos. No entanto, esta visão ainda não é unânime.

Assim, pode-se dizer que o mundo se divide em três blocos quanto a respeito do tema: os liberais, os conservadores e os intermediários.

Os liberais são compostos pelos países nórdicos, onde a união homoafetiva já foi legalizada, havendo inclusive programas de apoio a esse grupo de pessoas. São eles: Holanda, Dinamarca, países mais evoluídos da União Européia, Suécia, Noruega, Bélgica, Finlândia, Alemanha, estado americano da Califórnia, etc.

A Dinamarca foi pioneira em admitir o registro civil entre pares homoafetivos, garantindo-lhes todos os benefícios sociais, assim como a troca de nomes. Entretanto, este país proíbe a adoção. Poucos anos depois, a Noruega também passou a permitir o registro oficial da união de pares homoafetivos, garantindo-lhes quase todos os mesmos direitos dos parceiros heterossexuais, passando os parceiros a poder compartilhar o poder familiar, porém a adoção era expressamente proibida, o que foi mudado em 2002.

A Suécia, em 1994, promulgou a Lei de Parceria Registrada, que não permitia a adoção conjunta ou individualmente de crianças por casais homoafetivos. No entanto, a adoção passou a ser admitida, recentemente, aos pares homossexuais, sendo que o Estado não autoriza o casamento, mas tão somente o registro de uma união civil.

A Holanda, o país mais avançados no que se trata de proteção dos direitos dos pares homoafetivos, aprovou em 2000, por maioria absoluta de seu Parlamento, a lei que permite o casamento completo entre homossexuais, dando direito também ao divórcio e a adoção de filhos. O par homoafetivo poderá escolher entre a parceria registrada e o casamento homossexual. Se a adoção for requerida por casal, ele deverá ser casado, devendo comprovar a coabitação de, pelo menos, três anos. O homossexual poderá, ainda, adotar individualmente.

A Bélgica teve uma evolução rápida, em relação aos direitos dos homossexuais. Em janeiro de 2000, entrou em vigor uma lei que já havia sido aprovada em 1998, permitindo a união de pessoas do mesmo sexo, no entanto, era omissa quanto a adoção de crianças. Em junho de 2001, o casamento civil aos pares homoafetivos foi permitido, e em 30 de janeiro de 2003 a Bélgica tornou-se o segundo país do mundo, depois da Holanda, a legalizar a união



civil entre pares homoafetivos, passando a ter todos os direitos de um casal heteroafetivo. Entretanto, ficou proibida a adoção de crianças.

A Alemanha, que até os anos 60 criminalizava a homossexualidade, aprovou, em dezembro de 2000, lei que concede aos pares constituídos de pessoas do mesmo sexo, direitos e deveres semelhantes aos dos heteroafetivos. Passaram a ter direito de herança, de usar o sobrenome do parceiro e ter uma tutela mínima sobre os filhos que seus companheiros trouxessem para a relação, porém continuou não sendo permitida a adoção.

Na Finlândia, em março de 2002, entrou em vigor uma lei aprovada em setembro do ano anterior, que legaliza a união homoafetiva, permitindo que os maiores de 18 anos registrem a união entre pessoas do mesmo sexo, em cerimônia semelhante ao casamento, porém não permitindo a adoção de crianças e nem o uso do sobrenome do parceiro.

Os intermediários são os que compõem o maior bloco. Na prática, esses países apenas se limitam a descriminalizar as uniões homoafetivas, proibindo a discriminação, deferindo apenas algumas prerrogativas como garantia dos direitos humanos, porém não promove nenhuma iniciativa positiva de legalizar a união entre pessoas do mesmo sexo. Em muitos deles há a discussão no Poder Legislativo e a jurisprudência vem reconhecendo alguns direitos aos pares homoafetivos.

A África do Sul foi, em 1996, o primeiro país a trazer expresso em sua constituição a proibição da discriminação em razão da opção sexual. Porém, ainda não reconhece o casamento entre homossexuais.

O registro de parceria homossexual foi permitido na Islândia a partir de 1996. Os parceiros podem partilhar a autoridade parental. Com o registro da parceria, será concedida automaticamente guarda conjunta do parceiro se o outro já tinha a guarda à época do registro, o que será cessada com a dissolução da parceria, ficando o pai biológico com a guarda individual de seu filho.

No ano de 1997, uma província do Canadá reconheceu a possibilidade de homossexuais assumirem a tutela e adotarem crianças.

Em 1999, foi a vez da França, que promulgou uma lei que criou o PACS – Pacto Civil de Solidariedade, que nada mais é do que um contrato celebrado entre dois maiores de sexo diferente ou do mesmo sexo, que tem por objetivo organizar a vida em comum, visando principalmente o aspecto patrimonial.

Em 2001, Portugal aprovou a Lei das Uniões de Fato, dando aos pares homoafetivos os mesmos direitos dos heteroafetivos, salvo o direito a adoção de crianças.

Nos Estados Unidos, como cada estado pode fazer suas próprias lei, há uma diversidade de situações, havendo desde legislações liberais até leis as mais conservadoras. Em janeiro de 2002, entrou em vigor no estado da Califórnia lei que permite aos pares homoafetivos registrar parceria doméstica com direitos semelhantes ao casamento heteroafetivo, incluindo a adoção do filho do parceiro.

Já a Flórida, menos liberal, proíbe expressamente a adoção por homossexual. Nos outros estados, caso seja feito um requerimento, pode ser deferido, mas não há um posicionamento único. Deferem-se as adoções baseando-se no interesse do menor. Se for deferida, a certidão de nascimento será alterada, passando a constar como duas mães ou dois pais.

Buenos Aires, capital Argentina, foi a primeira cidade latino-americana a aprovar a legalização da união civil entre pessoas do mesmo sexo, em 2002, dando vários direitos a eles, porém não admite ainda a adoção de crianças. O projeto foi redigido por uma juíza que se especializou em Direito de Família e já estava em debate há um ano e meio. Em julho de 2003 foi celebrada a primeira união civil entre homossexuais da América Latina em Buenos Aires.

Os conservadores compreendem aos países mulçumanos e os islâmicos, onde há previsão de pena de morte à manifestação da homossexualidade, por ser contrário aos costumes religiosos.

Este bloco é formado por mais de setenta países, tais como Irã, que prevê a pena de amputação dos pés e mãos para homossexuais, o Paquistão que tem a pena de prisão perpétua para os homens homossexuais, sendo a lei omissa quanto às mulheres. Na América do Sul, o Chile é o único país que ainda criminaliza a homossexualidade.

O estado norte-americano do Texas criminalizava a prática homossexual. No entanto, através de decisão da Suprema Corte, a referida lei foi revogada, o que acabou por refletir nas leis de doze outros estados, que também revogaram suas leis a respeito do assunto.

Por fim, ao ingressarem no Conselho da Europa, os países do Leste Europeu, como Bulgária, Polônia, Hungria, Eslovênia, Eslováquia e República Tcheca, tiveram que revogar suas leis que criminalizavam a prática homossexual.

## 5. CONCLUSÃO

O tema abordado é ainda muito novo para o direito. A sociedade ainda não se encontra inteiramente preparada para aceitar a regularização da união homoafetiva, tampouco para a adoção por essa entidade familiar.

No entanto, a evolução do conceito de família está se impondo e a sociedade, mais cedo ou mais tarde, terá que aceitar essa nova realidade social, que precisa de proteção jurídica para assegurar a dignidade humana.

O tema por ser polêmico e ensejar inúmeras discussões e controvérsias, precisa ser analisado cuidadosamente. A adoção é um instituto admirável, pois é a aceitação de um

estranho em um seio familiar já formado, lhe dando todo carinho, afeto, compreensão e educação.

Assim, negar a adoção a uma pessoa pelo simples fato de sua opção sexual não ser a que a sociedade espera que seja, é um ato de discriminação. A Constituição proíbe tal ato e elenca em seu artigo 3º objetivos fundamentais como a construção de uma sociedade mais justa e solidária, bem como promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Felizmente, os tribunais vêm reconhecendo esse direito e garantindo o direito tanto do adotante quanto do adotado, afirmando que a orientação sexual, para esses fins é totalmente irrelevante e discriminatório.

No entanto, não se pode deixar de observar a real vantagem para o adotado, bem como o melhor interesse da criança e do adolescente, devendo constituir efetivo benefício ao adotado e isso deverá ser analisado caso a caso, levando em consideração principalmente os fatores psicológicos tanto dos adotantes quanto do adotado.

Desta forma, a adoção deve ser vista como um ato de amor, devendo prevalecer a felicidade e o bem estar do adotando.

## REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito e a justiça*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. *Adoção por Homossexuais: A família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 4ª ed., vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TORRES, Aimbiere Francisco. *Adoção nas Relações Homoparentais*. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

WALD, Arnoldo. *O novo Direito de Família*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.