

# **A ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR CASAIS HOMOSSEXUAIS COM BASE NO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

**Kalyne Lopes de Brito\***

## **RESUMO**

Nas últimas décadas, tem-se assistido a uma revolução do direito civil, em especial no campo do direito de família, decorrente das modificações sofridas na ordem social, mais especificamente no organismo familiar. Tais modificações tiveram reflexo na Carta Constitucional de 1988, que passou a reconhecer outras modalidades de entidades familiares além daquela fundada no casamento. A luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade verifica-se que as formas de famílias não se encerram no rol trazido pelo artigo 226 da Constituição Federal e a própria dinâmica social possibilita o reconhecimento das chamadas famílias alternativas, pois o que está em voga é o valor socioafetivo. Desta forma, no atual panorama jurídico, é possível se deferir o pedido de adoção de criança ou adolescente feito por casais homoafetivos, por ter a Lei Maior contemplado a família monoparental e, de forma implícita, a união livre, apresentando-se a adoção como um corolário legítimo do novo *status* familiar.

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

## **1 INTRODUÇÃO**

Nas últimas décadas, tem-se assistido a uma revolução do direito civil, em especial no campo do direito de família, decorrente das modificações sofridas na ordem social, mais especificamente no organismo familiar.

A promulgação da Constituição de 1988 permitiu que fosse dado um grande passo em atenção aos reclamos sociais, quando, em seu art. 226, rompeu com o monopólio jurídica da família constituída pelo matrimônio, reconhecendo novas formas de família.

---

\* Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da UERN/Natal. Foi estagiária da Justiça Federal na Seção Judiciária do RN e estagiária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

Atualmente, o rol das entidades familiares constitucionalizadas está ganhando uma interpretação não-excludente, calcada no princípio da igualdade como realização do macro princípio da dignidade da pessoa humana. Tal fato deve-se a uma necessidade premente da sociedade, que vem apresentando um perfil das relações familiares distanciado dos modelos tradicionais. Dentre as unidades de vivência encontradas na experiência brasileira atual, estão as uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual, ainda carente de maior regulação.

Com isso, a dinâmica social vem delineando um novo panorama jurídico na medida em que o direito tem que se propor a estudar essa nova realidade da família, em que pessoas do mesmo sexo, que possuem uma união de caráter afetivo e sexual, passam a exprimir o desejo de adotar uma criança.

Dessa forma, as adoções por homossexuais se constituem numa problemática social extremamente relevante, uma vez que o assunto é bastante polêmico, tanto para o discurso jurídico, como para outras áreas do conhecimento. A celeuma que envolve o referido tema é alimentada pelo preconceito amalgamado na sociedade em virtude de crenças religiosas e pela manutenção do tradicionalismo, aliados à falta de conhecimento das pessoas.

Nesse contexto, o presente trabalho adquire relevância por tratar dos novos matizes da família brasileira, acompanhado-se o posicionamento do Direito frente a essa nova realidade em que a união homoafetiva ganha *status* de entidade familiar.

Em que pese a falta de uma tutela jurídica que possa atender adequadamente aos anseios desse novo modelo de família, há que se vislumbrar um horizonte mais amplo para a melhor regulamentação dos comportamentos sociais fundados no afeto, que deve apresentar-se livre de preconceitos. Nesse diapasão, investigamos o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar a partir da interpretação do art. 226, à luz do princípio da igualdade, como sendo um fator legitimador para a permissão da adoção de crianças e adolescentes.

## **2 A FAMÍLIA NA PÓS-MODERNIDADE**

A família brasileira, na sociedade de 1916, era vista sob a ótica patriarcalista como sendo algo hermeticamente fechado, estático e perene. Porém, na medida em que o cenário mundial ia se modificando, ficou cada vez mais difícil permanecer insensível aos acontecimentos que ocasionaram impacto em todo o mundo. Os diplomas legais que surgiram influenciados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, traduziram uma preocupação em assegurar os direitos e as potencialidades humanas, respeitando o indivíduo e cada membro da família. A industrialização e a conseqüente urbanização, a participação da mulher no mercado de trabalho, a liberação sexual rapidamente difundida com o surgimento da pílula anticoncepcional, foram fatores que influenciaram para que a família patrilinear, matrimonializada e com numerosa prole, passasse a perder espaço para outras formas e arranjos familiares.

A Constituição Federal de 1988 absorveu bem essas mudanças, reconhecendo e protegendo não apenas um único modelo de família, mas sim variadas formas e vinculações afetivas que podem ser entendidas juridicamente como novos conceitos de família. Utilizando-se desse conceito amplo de família que surge a partir dos laços de afetividade e de respeito mútuo, vislumbramos a possibilidade de investigar as organizações familiares formadas por pessoas do mesmo sexo que possuem um relacionamento duradouro e de caráter afetivo e sexual, bem como por estes e filhos.

## 2.1 DA FAMÍLIA CODIFICADA À FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA

Durante muito tempo e influenciada por uma tradição civilista que colocava o Código Civil no centro do ordenamento jurídico quanto à regularização da vida privada dos cidadãos, as questões atinentes às instituições privadas eram tratadas exclusivamente pelo Código Civil, chegando-se a afirmar que o diploma civil era a constituição do direito privado<sup>1</sup>. Apesar da superioridade hierárquica constitucional, sua

---

<sup>1</sup>TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 3.

influência sobre a matéria de cunho privado, monopolizada pelo código, era bastante discreta, quase nula.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e de todo o envolvimento legislativo que surgiu posteriormente, houve uma ruptura desse modelo civilista e o Estado passou a intervir mais diretamente na vida dos cidadãos<sup>2</sup>, visando atender aos interesses da coletividade.

Diz-se, portanto, que o direito civil publicizou-se a partir do momento em que seu fundamento de eficácia e validade trasladou dos valores codificados para a órbita constitucional, adquirindo natureza de ordem pública, conseqüentemente, houve uma repaginação dos conceitos e institutos jurídicos clássicos passando a elaboração e ao desenvolvimento de novas categorias jurídicas, não mais neutras e indiferentes, mas sim dinâmicas, vivas, presentes na vida social. O Direito Constitucional, por sua vez, superou a indiferença social, deixando de cuidar apenas da organização política do Estado, para perceber as necessidades humanas reais, concretas, ao cuidar de direitos individuais e sociais.

Desse modo, os princípios fundamentais constitucionais provocaram uma reformulação de toda normativa infraconstitucional, entre elas a vetusta codificação civil, que se abre para incorporar os princípios e valores constitucionais, tendo reconstruído o sentido de vários de seus artigos no mesmo instante em que foram derogados tantos outros sob o império dos novos valores e máximas constitucionais.

Com isso, o Texto Constitucional passa a assumir um verdadeiro papel reunificador do sistema jurídico, demarcando os limites do Direito Civil, inclusive no que concerne à proteção dos núcleos familiares, fazendo com que os princípios do Direito Civil sejam vistos a partir da filtragem constitucional, com o escopo de dar maior

---

<sup>2</sup>Os princípios e os valores incorporados pela Constituição Federal de 1988 modelaram o Estado brasileiro como um Estado social, recebendo tal denominação o Estado que: “coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, prevê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam em grande parte à área de iniciativa individual” (BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 186).

concretude à própria Lei Maior, tendo em vista que mais relevante do que afirmar os direitos constitucionais é dar-lhes efetivação<sup>3</sup>.

A constitucionalização da família foi uma consequência da penetração e do ingresso das normas constantes nos diplomas internacionais, na órbita interna dos países signatários, espelhando um movimento universal de preocupação com a família e com as pessoas do núcleo familiar. Ocorre que, em nível internacional, foram sendo editadas Declarações (1948), de cunho universal ou regional, com a validação de princípios tendentes a delimitar a legislação interna dos países aderentes e a obter a uniformização correspondente no plano da defesa dos direitos da pessoa humana<sup>4</sup>, com as posições particulares destacadas da mulher e dos filhos.

Nesse passo, a Constituição Federal de 1988, ao contrário das suas antecessoras, incorporou o princípio da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>5</sup>, no sentido de ser a família a base da sociedade e merecer proteção do Estado (art. 226 da CF/88). Assim, ressalta-se o reconhecimento amplo e plural da família, e não apenas aquela considerada legítima por ser fundada no casamento.

## 2.2 FAMÍLIAS ALTERNATIVAS: AMPLIAÇÃO DO ROL DAS ENTIDADES FAMILIARES

<sup>3</sup> Em eloqüentes e significativas palavras, LUÍS ROBERTO BARROSO esclarece que, confirmado o processo de valorização da Constituição, “a ênfase recai em procurar-se propiciar a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos constitucionais, fazendo com que eles passem do plano abstrato da norma jurídica para a realidade concreta da vida. A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho verdadeiro de sua função social” (BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82.)

<sup>4</sup> “No pós-guerra, sob o impacto de experiências científicas realizadas com seres humanos nos campos de concentração e, diante dos efeitos desastrosos das duas bombas atômicas lançadas pelos Estados Unidos da América do Norte sobre o Japão, foram elaborados dois importantes documentos de Direito Internacional que influenciaram, sobremaneira, o Direito ocidental contemporâneo: o Código de Nuremberg e a Declaração Universal dos Direitos do Homem. As disposições desses documentos, revelam, parcialmente, o conjunto de questões a ser enfrentado pelo Direito, a partir da revitalização da noção ética de dignidade fundamental do homem.” (GEDIEL, José Antônio Peres. **Os Transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 54).

<sup>5</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem, 10/12/1948 – Artigo 16.3. “(...) A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

A Constituição Federal de 1988, influenciada por um movimento universal de preocupação com a família, reconheceu-a como sendo base da sociedade e merecedora de proteção estatal, e ainda, promoveu o alargamento das relações interpessoais, passando a admitir outras modalidades de entidades familiares e não apenas aquelas fundadas no casamento.

No entanto, os tipos de entidades familiares trazidas expressamente na Magna Carta são tratadas por parte da doutrina e da jurisprudência como sendo um rol exemplificativo, tornando o conceito de família ainda mais amplo, tendo em vista que “uma norma ampla, como o caput do artigo 226, não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos, conforme os valores constitucionais”<sup>6</sup>.

O processo de desbiologização<sup>7</sup> pelo qual passou o direito de família teve como consequência a valorização do afeto como sendo o fundamento fático-psicológico capaz de manter e reconhecer o vínculo familiar. Nesse passo, os tipos de entidades familiares explicitados no Texto Maior não constituem um rol taxativo, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. Mas, não só nesse limitado universo vê-se a presença de uma família. Dentro de um conceito mais amplo, não cabe excluir os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que mantêm entre si relação de afeto a ponto de merecerem a denominação de uniões homoafetivas<sup>8</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, significando dizer que a proteção da pessoa humana é pressuposto e fundamento da ordem jurídica nacional, devendo o ser humano, enquanto tal, ser respeitado, independentemente de diversos outros atributos, pelo simples fato de pertencer e integrar a comunidade de seres humanos<sup>9</sup>. E esse princípio

---

<sup>6</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: [www.ibdfam.com.br](http://www.ibdfam.com.br). Acesso em: 22 dez. 2006, p. 55.

<sup>7</sup> O termo *desbiologização* foi utilizado pela primeira vez em 1979 por João Baptista Villela em sua obra “A Desbiologização da paternidade”. No direito de família passou a ser freqüentemente utilizada para nominar a relação entre pais e filhos verdadeiramente conviventes, não-consangüíneos, parentais ou não-parentais.

<sup>8</sup> O neologismo homoafetivo foi empregado, para designar relacionamentos homossexuais de caráter afetivo e sexual, pela primeira vez pela Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Maria Berenice Dias em sua obra **União Homossexual, o Preconceito e a Justiça**.

<sup>9</sup> “Serve, pois, o princípio da dignidade humana como verdadeira mola de propulsão da intangibilidade da

encontra no espaço destinado à família solo fecundo, uma vez que a funcionalização das entidades familiares objetiva a efetivação do desenvolvimento pleno da pessoa, independente do papel que ela ocupe.

A família da pós-modernidade, portanto, passa a servir de instrumento para o desenvolvimento da pessoa humana, evitando qualquer interferência que viole os interesses dos seus membros, tutelada na medida em que promova a dignidade das pessoas que a integram, com igualdade substancial e solidariedade entre eles. Desse modo, não podemos ignorar a existência de entidades familiares homoafetivas, pessoas que se unem com objetivos comuns, que dedicam amor recíproco e almejam a felicidade, como qualquer outro grupamento heteroafetivo, impondo-se tutelar, juridicamente, tais grupos familiares, sob pena de ferir a Constituição Federal.

### 2.3 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

A sociedade brasileira, refletida na Constituição de 1988, se pretende mais justa e os direitos fundamentais, de forma explícita no conteúdo do seu artigo 5º, afirmaram a proibição de toda e qualquer forma de preconceito ou discriminação. Festejando a igualdade e tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, buscou inaugurar um novo momento para o povo brasileiro, em que a ciência do direito, mais do que garantir, deverá promover direitos e, assim, efetivar o sentido maior de cidadania.

Nesse passo, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. Diante das garantias constitucionais que configuram o Estado

---

pessoa humana, dele decorrendo o necessário respeito à sua integridade física e psíquica e às condições básicas de igualdade e liberdade, além da afirmação da garantia de pressupostos materiais mínimos para que se possa viver” (FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 131).

Democrático de Direito, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica.

A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual. Assim, o direcionamento afetivo de todos os seres humanos (sejam bissexuais, heterossexuais ou homossexuais) encontra, nos princípios da igualdade e do respeito à dignidade da pessoa humana, as vigas de sustentação inabaláveis sob o prisma jurídico<sup>10</sup>.

Dessa forma, é possível se constatar que a reivindicação das pessoas ou pares homossexuais refere-se à proteção jurídica da liberdade e da intimidade, mas, também, está relacionado a um direito de igualdade de tratamento no sentido de poderem ser o que são, de poderem estabelecer livremente suas escolhas pessoais, suas relações, seus afetos e receberem do Estado a ampla tutela jurídica, tanto para a própria pessoa como para o feixe de efeitos que tais relações estabelecidas, de cunho afetivo muito mais que meramente sexual, irradiam.

Neste contexto, surge a inquietude no que toca à possibilidade jurídica de adoção de crianças e adolescentes por estas entidades familiares.

O instituto da adoção é tratado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 39 a 52. Dentre os requisitos elencado para a adoção, nenhum faz referência à orientação sexual do adotante. Em razão da ausência de restrição legal, abre-se a possibilidade para o homossexual adotar, por se vislumbrar que o menor estará, em conformidade com o art. 43 do ECA, mais bem amparado se colocado no seio de uma família do que relegado à própria sorte. Isso porque o referido dispositivo legal prevê que: “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adolescente e fundar-se em motivos legítimos”. Consideram-se legítimos os motivos, quando a intenção do adotante, envolta em sentimentos decorrentes da relação parental, se harmoniza com a finalidade do instituto de alcançar o bem-estar do menor.

É importante vislumbrar que a adoção cumpre uma função social hodierna considerável, devendo ser compreendida para além da herança preconceituosa e

---

<sup>10</sup> Nas palavras da Desembargadora Maria Berenice Dias, “o respeito à dignidade humana é a verdadeira pedra de toque de todo o sistema jurídico nacional, e esse valor implica dotar os princípios de igualdade e da isonomia, de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas” (DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual, o Preconceito e a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.81).



necessita, pois, ser contextualizada, com a preponderância valorativo-jurídica do afeto e com os princípios constitucionais norteadores do moderno Direito de Família, na verdade, vigas de sustentação de todo o ordenamento pátrio, a partir da dignidade humana e da igualdade entre todos os cidadãos.

## 2.4 REQUISITOS E EXIGÊNCIAS INDISPENSÁVEIS: AVANÇO NORMATIVO

Como já foi mencionado anteriormente, a Lei Fundamental tutelou implicitamente as uniões homossexuais consolidadoras de vínculos afetivos-solidários. Cumpre, então, desvendar a extensão dessa tutela, objetivando estabelecer os limites impostos ao reconhecimento da família homossexual, uma vez que a matéria ainda não foi regulamentada pelo legislador ordinário. Entre os direitos que defluem das relações familiares, o direito à adoção individual ou conjunta parece ter sido contemplado, por atender ao princípio constitucional do melhor interesse da criança.

A partir da promulgação da Lei 8.069/90, o princípio da proteção integral encontrou no vínculo jurídico afetivo da filiação, através da adoção, um reflexo de especial destaque, uma vez que não há paternidade, nem maternidade sem amor. De fato, o refúgio do afeto, a liberdade e o companheirismo, comprometidos com a estabilidade familiar (elementos caracterizadores da família moderna), bem como o dever de igualdade, no tratamento e na qualificação dos filhos, encerram, no Estatuto da Criança e do Adolescente, as bases constitucionais delineadoras do instituto da adoção, cujos requisitos e exigências indispensáveis, para que haja o deferimento do pedido, representam um avanço jurídico-normativo considerável, que transcende preconceitos de qualquer natureza.

Existe adequada viabilidade de constituição do vínculo adotivo de filiação entre um menor e um casal de pessoas do mesmo sexo, desde que, acolhida a inicial, preenchidas todas as exigências legais e sendo favorável o resultado do estudo psicossocial, o juiz fundamente o seu convencimento, como base na estabilidade de união homossexual, considerando-a, pois, pela aplicação analógica da legislação

pertinente, uma união estável (conforme já se tem orientado parte da jurisprudência, para a concessão de outros direitos e efeitos diversos).

O princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, em matéria de adoção, volta-se mais à estrutura emocional e ao comportamento sócio-ético-moral dos adotantes, do que às suas orientações sexuais. Logo, são dispensáveis as celeumas sobre a possibilidade de adoção por homossexual solteiro, bem como as opiniões, preconceituosas, uma vez que não há no arcabouço jurídico nacional vedação neste sentido.

O requisito mais relevante é que a colocação, em família substituta, somente seja deferida havendo reais vantagens para o adotando e que seja fundada em motivos legítimos, como versa o art. 43 do ECA<sup>11</sup>. Já o Código Civil, em seu art. 1.618, parágrafo único<sup>12</sup>, destaca a solidez familiar e o efetivo benefício para o adotando.

Diante da vedação constitucional de discriminação de qualquer natureza e em razão de sexo, da qual se extrai a proibição do preconceito com base na orientação sexual, o ECA e o Código Civil não vedam a colocação de menores em famílias substitutas biparentais homossexuais. Na verdade, constituir um ambiente familiar adequado (emocional e materialmente equilibrado), que proporcione reais vantagens aos adotandos e vindo-lhes ao melhor interesse, não é prerrogativa somente de heterossexuais ou de relação afetiva de homem e mulher, mas de seres humanos realmente motivados, preparados para exercer a maternidade ou a paternidade<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> ECA, Artigo 43: A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

<sup>12</sup> CCB/2002, Artigo 1.618, parágrafo único: A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

<sup>13</sup> Claudiene Santos, psicóloga da Universidade Católica de Brasília, afirma que “estatísticas mostram que a maior parte dos molestamentos partem de parentes heterossexuais da vítima”. O antropólogo Luiz Melo de Almeida, autor do livro *Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil Contemporâneo*, esclarece que “não é o sexo dos pais que importa no desenvolvimento da criança, e sim a qualidade da relação entre pais e filhos. Mesmo que os pais sejam homossexuais, o filho vai ter noções de gênero. As crianças não vivem numa bolha, têm acesso a figuras femininas e masculinas da sociedade” (VELLOSO, Beatriz; SANCHES, Mariana. Uma família brasileira. *Época*, São Paulo, nº 453, p. 80-87, 22 de janeiro de 2007). Elucidando ainda mais sobre o assunto: “A paternidade e a maternidade é uma questão de função. (...) O essencial para a constituição e a formação do ser, para torná-lo sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe. O importante é que tenha um adulto que possa ser a referência e que simbolize para a criança este lugar de pai e mãe, que é dado pelas funções exercidas em suas vidas” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família. Uma Abordagem Psicanalítica*. 3. ed. rev., atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 54).

Além dos art. 1.625, Código Civil e 43 do ECA, que sintetizam a preocupação do legislador com a integral proteção do adotando e o seu equilibrado desenvolvimento, tem-se a regra fundamental do art. 29, ECA: “não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”. Por esta razão, evidenciam-se a responsabilidade e o poder conferido ao juiz que, segundo Marcos Bandeira<sup>14</sup>, “na aplicação da lei, deve, antes mesmo de se apegar demasiadamente às normas formais, perscrutar os superiores interesses do menor. Esta é a razão teleológica que deve ser buscada, incansavelmente pelo magistrado ao longo de todo o processo”.

O requerimento para a adoção de menor a ser processado na Vara da Infância e Juventude, deve, necessariamente, atender aos requisitos para a colocação em família substituta, explicitados no art. 165 do ECA, que se aplicam à união homoafetiva, uma vez que se trata de liame afetivo-familiar estável, independente do sexo dos que se relacionam, esses podem ser qualificados e reconhecidos como companheiros, parceiros e conviventes. Evoluindo a doutrina e a jurisprudência, reconhecendo a relação sólida entre homossexuais como verdadeira união estável (já que, àquela, falta, no Brasil, outra qualificação específica, diante da ausência de lei federal regulamentadora da matéria), todos os qualificativos legais referentes aos amantes daquela união podem ser reconhecidos e, analogicamente, aplicados aos que se relacionam com pessoa do mesmo sexo de forma estável.

A não-proibição da adoção por casal homossexual, no direito positivo pátrio, assim como a similitude da união homoafetiva com a união estável, demanda uma interpretação extensiva e sensata a ser realizada pelo magistrado, para que esse, ao menos, acolha a inicial, deferindo a guarda provisória, e tenha acesso não só ao resultado do estágio de convivência, como, especialmente, aos pormenores na análise psicossocial. Indeferindo, de plano, o pedido da exordial, em virtude de os requerentes serem um casal homoafetivo, o juiz impossibilita um estudo relevante por parte de profissionais que estão mais preparados profissionalmente para investigar o ambiente familiar emocionalmente, a subjetividade e a dinâmica da vinculação homoafetiva com o

---

<sup>14</sup> BANDEIRA, Marcos *apud* SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2006, p. 96.

adotando. Apenas a equipe técnica atestará a viabilidade ou inviabilidade psicossocial da educação pelo casal homossexual, constituindo grave prejuízo o magistrado descartar o estudo interprofissional.

## 2.5 DA FAMÍLIA MONOPARENTAL HOMOSSEXUAL À BIPARENTAL SUBSTITUTA: REALIDADE SOCIAL E MELHOR INTERESSE DO MENOR

A sociedade brasileira atual também é integrada por famílias biparentais homoafetivas, que educam crianças e adolescentes de modo informal ou à margem da aparente legalidade. Isso porque, apesar de o ordenamento pátrio não vedar o pedido de adoção formulado, conjuntamente, por dois homossexuais, os preconceitos, a limitação em não se considerar, mesmo analogicamente, a união homoafetiva como sendo uma união estável, bem como as interpelações literais de expressões normativas, que não distinguem quanto à orientação sexual (concubinos e companheiros, por exemplo) têm gerado o indeferimento do referido pedido, impulsionando, conseqüentemente, o casal a decidir que somente um dos companheiros adotará formalmente.

É o modo de conseguir o benefício, na aparente legalidade, uma vez que, se por um lado, os dois conviventes serão, de fato, pais socioafetivos do menor, por outro, somente com um deles será construído o vínculo jurídico de filiação, o que vem em prejuízo do adotando, pois, mesmo criado no ambiente familiar dos dois pais ou de duas mães, deixará de auferir os benefícios de uma paternidade mais plena e legalmente constituída, quando, por exemplo, da morte de um dos companheiros ou de possível separação. Frente a tal circunstância, o adotado, por um só dos companheiros, só poderá buscar eventuais direitos, alimentos, benefícios de cunho previdenciário ou sucessório, com relação ao adotante.

Nesse particular, a hipocrisia ou incoerência maior reside em que, sendo educado amorosamente pelos parceiros(as) socioafetivos(as), o menor considerará ambos como seus pais (mães), sendo um só desses o juridicamente considerado como

tal. Destarte, além de serem preconceituosos e inúteis os argumentos de que a adoção pelo casal homossexual é prejudicial ao menor<sup>15</sup>, tais discursos subtraem da criança ou do adolescente adotado a possibilidade de usufruir de direitos que possui. Tal limitação afronta a finalidade protetiva inçada na Carta Constitucional e perseguida pela lei especial.

Entre pesquisadores americanos e europeus, a adoção de crianças e adolescentes por pessoas do mesmo sexo é observada há tempo suficiente para que se conheçam, nos filhos, os desdobramentos de ter pais homossexuais. As conclusões dos diversos estudos são semelhantes: filhos de gays não viram gays e vivem tão bem quanto as demais crianças. Uma pesquisa realizada pelo professor Michael Bailey, do Departamento de Psicologia da universidade americana Northwestern, revelou que mais de 90% dos filhos de gays são heterossexuais. Outros estudos não encontram evidências de que a orientação sexual dos pais influencie a dos filhos. “Se isso fosse verdade, não haveria tantos gays filhos de pais heterossexuais”, afirma a médica e psicanalista Elizabeth Zambrano, autora de uma tese de doutorado sobre homoparentalidade<sup>16</sup>.

Entre um lar material e afetivamente bem estruturado e a realidade excludente de um país concentrador de renda e de graves desrespeitos aos direitos humanos, aponta o bom senso para a relevância de inserir um menor em um seio familiar,

---

<sup>15</sup>No sentido de comprovar a ausência de problemas às crianças ou aos adolescentes adotados por homossexuais, em função da orientação homossexual dos pais, a psicóloga Lídia Natália Dobrianskyj Weber traz alguns dados relevantes ao afirmar: “Ricketts & Achtenberg (1989) realizaram um estudo com vários casos individuais de adoções por homens e mulheres homossexuais e afirmaram que a saúde mental e a felicidade individual estão na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida. Eles afirmaram, portanto, que não importa se a família conta com um pai e uma mãe ou somente um deles; o mais importante é como essa família vive. McIntyre (1994) faz uma análise de pais e mães homossexuais e os sistemas legais de custódia. Esse autor afirma que a pesquisa sobre crianças serem criadas por pais homossexuais documenta que pais do mesmo sexo são tão afetivos quanto casais tradicionais. Patterson (1997) escreveu um artigo sobre relações de pais e mães homossexuais e analisou as evidências da influência na identidade sexual, desenvolvimento pessoal e relacionamento social em crianças adotadas. A autora examinou o ajustamento de crianças de 4 a 9 anos de idade criadas por mães homossexuais (mães biológicas e adotivas) e os resultados mostraram que tantos os níveis de ajustamento maternal quanto a auto-estima, desenvolvimento social e pessoal das crianças são compatíveis com crianças criadas por um casal tradicional. Samuels (1990) destaca que, mais importante que a orientação sexual dos pais adotivos, o aspecto principal é a habilidade dos pais em proporcionar para a criança um ambiente carinhoso, educativo e estável” (WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. **Pais e filhos por adoção no Brasil: características, expectativas e sentimentos**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 80/81).

<sup>16</sup>VELLOSO, Beatriz; SANCHES, Mariana. Uma família brasileira. *Época*, São Paulo, nº 453, p. 84, 22 jan. 2007.

independentemente de para que sexo se dirige a afetividade dos adotantes, em detrimento de deixá-los despersonalizados, sem referencial afetivo de maternidade ou paternidade, em uma instituição de amparo à criança e ao adolescente<sup>17</sup>.

Em virtude de razões preconceituosas e infundadas, se for dificultada a inserção de menores abandonados em um ambiente familiar homogêneo e afetivo, estar-se-á privando esses menores do direito constitucional à convivência familiar, expondo-os mais à negligência, violência, discriminação, exploração, crueldade e opressão sociais, das quais devem estar a salvo (art. 227, *caput*, da CF/88).

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos moldes da Constituição Federal de 1988, a família brasileira apresenta-se plural, eudemonista, distante do modelo patriarcal, hierarquizado e transpessoal, reinante no Código Civil de 1916. Esse novo contorno possibilita o reconhecimento das chamadas famílias alternativas, pois o que está em voga é o valor socioafetivo. O atual desenho jurídico do Direito de Família comporta as famílias homossexuais, pois a via do matrimônio não é mais a única.

Não se pode olvidar o fato de que a união homoafetiva guarda relevantes semelhanças com a união estável, pois as duas são oriundas de relações de afeto, com

---

<sup>17</sup> Sobre a realidade de inúmeras crianças que convivem em “Unidades Abrigo”, são transcritos alguns depoimentos que merecem reflexão. A saber: 1º depoimento (menina de 11 anos, institucionalizada desde os 08 anos): “Eu tinha 8 anos quando vim pra cá. Foi o carro do Juizado que me trouxe aqui. Já morei em três internatos diferentes. Meu pai bebe e minha mãe morreu e eu nunca recebi visitas de ninguém. Meus três maiores desejos? Eu queria ganhar um pai (...) Eu queria muito ser adotada, para ter pais. Eu seria feliz”. 2º depoimento, de um menino de 13 anos, institucionalizado desde 1 ano de idade: “Eu nem sei quem me trouxe para cá. Acho que tava na rua antes. Não conheço meus pais, nem sei se tenho, nem ninguém da minha família. Já morei em três orfanatos diferentes. O que eu mais queria ter? Uma família, um trabalho para mim e que eu seja feliz com essa família! Tenho esperança de ser adotado (...) Eu queria ter pai e mãe ... nunca tive”. 3º depoimento, de um menino de 15 anos, institucionalizado desde os 7 anos de idade. “Foi minha mãe que me trouxe para cá. Meu pai bebe e judia da gente e eu passava fome na minha casa. Eu morei em cinco orfanatos diferentes. Nunca recebi visita de ninguém. Eu queria é ser feliz com alguém ... eu sei que é difícil alguém me adotar na minha idade ... mas eu queria alguém para me adotar e me chamar de filho...” (WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. Quero que alguém me chame de filho: ou do direito à convivência familiar e comunitária. In: **Nova realidade do direito de família**: jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário Rio de Janeiro: Jurídica, 1998. t. 1. p. 100-101).

o propósito de constituir família. Sendo a conversão de união estável em casamento uma mera prerrogativa dos companheiros, lícito se faz o emprego do raciocínio analógico, uma vez que as situações apresentam a mesma *ratio legis*. A união estável encontra-se prevista no art. 226, § 3º da Constituição Federal, devendo a norma constitucional ser interpretada de modo a realizar o mais amplamente possível os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. Nesse sentido, é possível atribuir à união homossexual conseqüências jurídicas idênticas às que foram atribuídas à união estável pela norma constitucional, pois ascende de ambos os casos uma qualidade comum, qual seja, a relação socioafetiva.

O princípio do melhor interesse da criança vigora em nosso sistema jurídico por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Seguindo a orientação civil-constitucional de que, na atualidade, a adoção está voltada, precipuamente, para o bem estar do menor e, verificando que a adoção por homossexuais pode cumprir essa finalidade, há que se deferir o pedido, visto que a análise da conveniência e oportunidade da adoção não pode se transformar em um mecanismo arbitrário, em que o magistrado, envolto em preconceitos de ordem moral ou religiosa, rechace a legítima pretensão dos candidatos.

Portanto, no atual panorama jurídico, é possível se deferir o pedido de adoção singular ou em conjunto feito por homossexuais, por ter a Lei Maior contemplado a família monoparental e, de forma implícita, a união livre, apresentando-se a adoção como um corolário legítimo do novo *status* familiar.

Não obstante, mostra-se necessário que o legislador infraconstitucional regule a matéria, delimitando o alcance dessa proteção constitucional, de modo a garantir a segurança jurídica que a vida em sociedade requer. Até lá, importante será o papel desenvolvido pela jurisprudência e doutrina, fornecendo contribuição para a futura legislação.

## THE ADOPTION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS BY CASAS HOMOSSEXUAIS BASED ON PRINCIPLE OF EQUALITY

### ABSTRACT

In the last few decades, it has been attended a revolution of the civil law, in special in the field of the family law decurrent of the modifications suffered in the social order, more specifically in the familiar organism. Such modifications had had consequence in the Constitution of 1988, that it started to recognize other modalities of familiar entities beyond that one established in the marriage. In accordance with the principle of the dignity of the person human being and the principle of the equality, it is verified that the forms of families are not limited what meets established by article 226 of the Federal Constitution and the proper social dynamics makes possible the recognition of the calls alternative families, therefore what it is en vogue it is the social-affective value. In such a way, in the current legal panorama, it is possible if to grant the order of adoption of child or adolescent made for homo-affective couples, for having the allowed Constitution monoparental family e, of indirect form, the free union, presenting it adoption as a consequence of the new familiar model.

**Keywords:** Family. Homo-affective. Adoption.

### REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Código Civil brasileiro**: Lei nº 10.406, promulgado em 10 de janeiro de 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 03 jan. 2007.

\_\_\_\_\_. **Código Civil brasileiro**. Lei nº 3.071, promulgado em 01 de janeiro de 1916.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:



[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 03 jan. 2007.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei nº 8.069, promulgada em 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acesso em: 03 jan. 2007.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual, o Preconceito e a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os Transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: [www.ibdfam.com.br](http://www.ibdfam.com.br). Acesso em: 22 dez. 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**. Uma Abordagem Psicanalítica. 3. ed. rev., atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VELLOSO, Beatriz; SANCHES, Mariana. Uma família brasileira. **Época**, São Paulo, nº 453, p. 80-87, 22 de janeiro de 2007.

WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. **Pais e filhos por adoção no Brasil**: características, expectativas e sentimentos. Curitiba: Juruá, 2002.

\_\_\_\_\_. Quero que alguém me chame de filho: ou do direito à convivência familiar e comunitária. In: **Nova realidade do direito de família**: jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário Rio de Janeiro: Jurídica, 1998. t. 1.