

## ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: A POSSIBILIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.\*

Leticia Gonçalves Leite Diniz\*\*

Daniel Gonçalves de Oliveira\*\*\*

### RESUMO

O presente estudo busca discutir o direito a adoção por casais homoafetivos na sociedade brasileira contemporânea, analisando as doutrinas e jurisprudências do cenário brasileiro, e os códigos legislativos referentes ao tema. Este trabalho traz à tona a hipótese de que conforme as constantes modificações da sociedade e do pensamento humano construíram novas definições para a configuração familiar, conseqüentemente as legislações precisam acompanhar as mudanças de modo a incluir a todos, promovendo direitos igualitários. Sendo assim, parte-se do pressuposto de que não deve haver dificuldades para que casais homossexuais realizem adoções. Portanto, o primeiro capítulo será destinado a uma análise do conceito de família e sua evolução histórica, bem como a partilha de casais do mesmo sexo nas novas definições de família. Em seguida abordar-se-á adoção averiguando conceito bem como suas finalidades, tratando da adoção no âmbito jurídico brasileiro. Posteriormente será abordado quanto as dificuldades encontradas na adoção por casais homoafetivos nos mais diversos países, mostrando as conquistas de pessoas do meio LGBTI+ por seu direito de adoção. Logo, discute-se brevemente sobre a aplicação ao direito fundamental à igualdade e a não discriminação por orientação sexual.

**Palavras chave:** Adoção. Casais Homoafetivos. Família.

### ABSTRACT

The present study seeks to discuss the adoption by homosexual couples in contemporary society, analyzing the doctrines and jurisprudence of the Brazilian scenario, and the legislative codes referring to the theme. This work brings to the fore the hypothesis that as the constant changes of society and human thought have built new definitions for the family, consequently the legislations need to follow the changes in order to include all, promoting equal rights. Thus, it is assumed that there should be no difficulties for homosexual couples to adopt adoptions. Therefore, the first chapter will be devoted to an analysis of the concept of family and its historical evolution, as well as the sharing of same-sex couples in the new family definitions. Afterwards, adoption will be approached by ascertaining the concept as well as its purposes, dealing with adoption in the Brazilian legal framework. Subsequently, the difficulties encountered in adoption by homosexual couples in the most diverse

\* Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara/FAJ, como parte obrigatória para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

\*\* Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Jussara. E-mail: leticiadinizgon@gmail.com

\*\*\* Professor Orientador da Faculdade de Jussara. Mestre. Correio Eletrônico: advgdanieloliveira@gmail.com

countries will be discussed, showing the achievements of LGBTI people + by their right of adoption. Therefore, it is briefly discussed on the application to the fundamental right to equality and non-discrimination based on sexual orientation.

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

## INTRODUÇÃO

Consequência das constantes modificações da sociedade e dos pensamentos do ser humano, a noção de relações familiares sofreu alterações significativas na forma de serem vistas, é importante considerar como o Direito acompanhou essas mudanças. Entender a óptica do Direito em relação às transformações da sociedade é crucial em todos os quesitos, principalmente em uma das áreas que mais foi passível de reformulação e que se consolida como objeto desta pesquisa: a possibilidade de adoção por casais homoafetivos.

Segundo Araújo *et al* (2007) recentemente ocorreram mudanças significativas na configuração do seio familiar, da noção estrutural do termo família, definição que vem sendo modificada ao longo da história e ampliando a concepção do termo. Contudo, essas reformulações movidas pelas práticas sociais não devem ser entendidas como decorrentes de uma crise na instituição família, mas como reflexo de mudanças que a sociedade integra. No que se refere à questão da adoção de crianças por pares homoafetivos, é preciso que se considere os vários fatores intrínsecos, entre os quais se destaca o preconceito, que em muitos casos fundamenta atitudes violentas contra homossexuais.

Para Maria Berenice Dias (2007) houve uma pluralização no conceito de família, que não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Logo, segundo a autora, não há como afirmar que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente esta convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é mera recomendação em transformá-la em casamento.

Não é dito que não existem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Exigir a diferenciação de sexos do casal para merecer a proteção do Estado é fazer distinção odiosa, postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade ignorando a vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo (DIAS, 2007, p. 1).

Posteriormente, para analisar a união homossexual e os direitos que à ela são atribuídos ao longo do tempo – como o direito à adoção discutido nesta pesquisa – é preciso conceituar o que venha a ser o homossexual, ou a cultura homossexual, segundo as palavras do cientista social Rogério da Silva Martins da Costa (2007).

A homossexualidade, como categoria identitária de conformação do sujeito a um determinado comportamento, não se limita à descrição de suas práticas, essa visão de mundo não está circunscrita apenas, como pode parecer, na identificação do sujeito segundo suas preferências sexuais, é isso e muito mais. Pois importa pouco a qualidade ou intensidade do ato em si, haja vista que este já traz consigo, como uma determinação social aparentemente a-histórica, tendo todo um 2 aparato de identificação sócio-sexual compulsório que se legitima e é delimitado não só pelo ato sexual em si, mas também por comportamentos culturalmente criados e associados a eles, e por isso mesmo esperados socialmente, num círculo vicioso, em que a justificação é ao mesmo tempo a questão e a resposta à homossexualidade [...]. Essa cultura e seus seres delimitam geografias próprias para a realização, não só do ato sexual, mas também de suas possibilidades de atuações. A homossexualidade inscreve-se como uma determinação, uma maneira de ser obrigatória e “natural”, enquanto “essência” do ser, quando é associada a uma preferência sexual que determina um comportamento social. Numa pretensa universalidade de atuação, levando-nos a crer que ser homossexual é relacionar-se sexualmente com pessoas do mesmo sexo biológico e que essa preferência envolveria também comportamentos inequívocos. Essa maneira de catalogação do indivíduo se faz atuante, ou seja, encontramos representantes dessa visão de mundo que crêem e atuam conforme essa ideologia. Porém estão circunscritos num tempo e num espaço que, no caso, são reféns de uma cultura determinada pelo sexual. (COSTA, 2007, p. 26)

Com o passar do tempo e a partir das mobilizações dos grupos sexuais - e sexualizados - a homossexualidade foi sendo desestigmatizada socialmente, inclusive houve despatologização em decorrência dos movimentos empreendidos pelos grupos sexuais minoritários e seus simpatizantes, que foram surgindo como, por exemplo, as paradas de igualdade que ocorrem em quase todo o mundo. Esses movimentos são em prol de determinada aceitação por parte da sociedade, segundo Dieter (2011, p. 111), e “servem também para buscar o reconhecimento dos homossexuais como pessoas que simplesmente são como são, mas que por ser assim não são doentes.”

Em outras palavras, busca-se a despatologização da homossexualidade. Como se sabe, fala-se em despatologização, porque até o ano de 1974, a homossexualidade era considerada uma doença, somente nesse ano que o homossexualismo, como era chamado, deixou a lista de doenças mentais (pela Associação Americana de Psiquiatria), recebendo nova nomenclatura, homossexualidade. Entretanto, apenas em 1993 é que o homossexualismo deixou de integrar a Classificação Internacional de Doenças n.10, sendo

que a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a considerar a homossexualidade algo inerente à sexualidade humana, bem como a heterossexualidade. (DIETER, 2011, p. 112).

Com a liberdade de expressão e a igualdade conquistada por homossexuais no espaço em que vivem e na sociedade vista como um todo, houve o rompimento de preconceitos e a reivindicação de direitos, dentre eles a adoção. A adoção passa a ser uma possibilidade, visto que o casamento entre pessoas de mesmo sexo já é uma realidade no Brasil, conforme resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seu art. 1º, ao dizer que “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”. Desse modo, ao passo que o casamento já é uma permissão concedida judicialmente, a adoção também surge como uma emblemática questão, do ponto de vista social, carente de aceitação.

Para entender a possibilidade jurídica da utilização do instituto da adoção por casais do mesmo sexo é preciso conhecer os reflexos da nova reestruturação familiar do mundo moderno. Consideravelmente, a adoção é um dos institutos mais antigos que se tem conhecimento dentro da sociedade, afinal, sempre houveram crianças carentes de adoção ao longo da história da humanidade.

O dever de perpetuar o culto doméstico foi o princípio do direito de adoção entre os antigos. A mesma religião que obrigava o homem a se casar, que declarava o divórcio em caso de esterilidade e que, em caso de impotência ou morte prematura substituía o marido por um parente, outorgava ainda a família um derradeiro recurso para escapar à infelicidade tão temida da extinção. (COULANGES, 2001, p. 50).

Para Diniz (2015) a adoção se constitui como um ato jurídico solene através do qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, pessoa que, possível, lhe é considerada estranha. Portanto, é dada origem a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e o adotado. Nessadiretiva, Grisard Filho (2003, p. 26) discorre que a adoção, seja uma criação movida pela relação paterno-materno/filial artificial ou por meio de um ato judicial, no qual se faz de um filho biologicamente alheio um filho próprio, construindo uma realidade afetiva.

É medida de proteção de pessoa menor de 18 anos de idade mediante sua colocação em família substituta em razão do mais elevado grau de

desfuncionalização de sua família natural, para garantir-lhe, com absoluta prioridade, o direito a uma vida digna e o de convivência no seio de uma família, por expressa determinação da constituição federal de 1988. (FILHO, 2003, p. 26)

A adoção dispõe-se em seu objetivo de fazer com que haja a proteção da criança e/ou adolescente embora por quaisquer circunstâncias não possuam pais biológicos, ou que seja por determinado motivo os pais biológicos não puderam exercer tal papel, desse modo a adoção desses indivíduos cria a possibilidade que eles tenham um lar e uma vida digna. Esses direitos são de extrema importância para a construção humanitária da criança e/ou adolescente, independente se seus pais adotivos serão heterossexuais ou homossexuais.

Instituído também no Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe-se:

- a) O adotando deve possuir no máximo 18 anos, salvo se o mesmo já estava sob a guarda ou tutela do adotante.
- b) O instituto da adoção atribui ao adotado condição de filho, com mesmos direitos, desligando-se o vínculo biológico com sua família natural, com exceção aos impedimentos para o casamento que permanecerão.
- c) O cônjuge poderá adotar o filho de sua companheira, desde que o nome do pai não conste na certidão de nascimento.
- d) O direito sucessório entre adotante e adotado será absolutamente recíproco.
- e) O adotante deverá possuir idade superior a 18 (dezoito) anos, deverá obrigatoriamente diferença de idade de no mínimo 16 anos, com relação ao adotado.
- f) Os divorciados, os separados e os ex-companheiros, podem adotar na forma conjunta, desde que acordem sobre a guarda, direitos de visita, e que o estágio de convivência tenha sido realizado na constância da convivência.
- g) A ação dependerá da anuência dos pais, exceto se forem desconhecidos ou forem destituídos do poder familiar.
- h) Somente haverá a manifestação do adotante se o mesmo já possuir idade superior a 12 (doze) anos.
- i) Toda adoção será precedida de um estágio de convivência, que não possui prazo fixado na lei variando de caso para caso, e poderá ser dispensado esse estágio caso o menor já esteja sobre a guarda ou tutela.
- j) A adoção será irrevogável.
- k) O adotante deve ser maior de 18 (dezoito) anos, independentemente do seu estado civil.

Para entender o conceito de adoção, Czapski e Elias (1988, p. 4) defendem que a filiação adotiva é o resultado de uma ação jurídica que tem por finalidade criar, entre duas pessoas, um vínculo jurídico de filiação. A adoção é o oposto da filiação “legítima e natural por seu caráter artificial”, uma vez que não corresponde exatamente a uma descendência biológica, mas é o resultado de uma avaliação de autoridade pública, cujo objetivo é ligar uma pessoa a outra constituindo, assim, uma filiação conferida por eleição.

A referência heteronormativa acaba por demarcar as relações sociais e justificando a falsa ideia de que o indivíduo a ser adotado não terá um desenvolvimento saudável, ou que pode acarretar uma desordem psicológica e desorientação sexual. Diante do preconceito em torno da adoção e da insistência social à negação a esse pedido, é preciso entender como a Constituição, munida de suas leis, pode outorgar a liberação da adoção a favor de quem mantém um vínculo afetivo estável com alguém do mesmo sexo.

Ainda segundo Czapski e Elias (1988, p. 23), alguns dos requisitos previstos pelo Código Civil quanto ao adotante diz respeito ao matrimônio, ao situar que “a lei não faz distinção quanto ao sexo, nacionalidade ou estado civil”, portanto, o adotante pode ser casado ou solteiro, viúvo, separado judicialmente, bem como ser homem ou mulher.

Tendo em mente a ideia de pluralidade familiar, tem-se como problemática a análise da possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais que ornamentem uma estrutura família e se mostrarem promotores do bem estar material, comunitário, emocional e psicológico do adotado, diante de uma questão jurisprudencial. Valendo-se das palavras de Vasconcelos (2010, p. 26), é possível ressaltar que, “em tempos de primado da afeição, desconhecer esta família (família homoafetiva) seria renegar o direito à liberdade e à autodeterminação emocional das pessoas”, além de reconstituir a forma primitiva das instituições acerca da dignidade humana.

Deve-se reconhecer a originalidade e legitimidade das relações familiares, o que não induz ao estereótipo de certo ou errado judicialmente, apenas cria uma visão social e errônea das situações. Sustentado no Direito Fundamental, a Constituição Federal de 1988 defende a liberdade da ação por casais compostos por pessoas do mesmo sexo através do artigo 5º que condiz com a igualdade cidadã.

Situando a adoção por parte dos homossexuais, Maria Berenice Dias, defende que:

A resistência em ser concedida a adoção a um casal que mantém uma união homoafetiva. As justificativas são muitas: problemas 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, 2010, p. 1)

## 1. ANÁLISE JURÍDICO-CONCEITUAL DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Para Maria Berenice Dias (2010), no que diz respeito a única homoafetiva enquanto entidade familiar, não se pode negar: ainda que buscada de maneira incansável, a igualdade não existe. Conforme a autora diz, embora a lei determine e assegure direitos iguais a todos os cidadãos perante a lei, dizendo em teoria que homens e mulheres são iguais e que, portanto, não se admite que a nação seja passível de praticar preconceito ou qualquer forma de discriminação, ainda há uma hipocrisia nessa afirmação. Há um tratamento desigualitário no que diz respeito às questões de gênero e a homossexualidade vista como crime, pecado ou castigo, enquanto essas mazelas forem permeadas no âmago da sociedade não se estará vivendo em um Estado que respeita a dignidade humana, tendo o livre arbítrio de se expressar, bem como tendo a igualdade e a liberdade como princípios fundamentais.

Para Dias (2010) foi papel do princípio da igualdade ocasionar uma considerável revolução que banuiu as discriminações que existiam no âmbito das relações familiares. O conceito de família foi estendido para além das margens do casamento, derogando uma legislação que hierarquizava homens e mulheres, e que conseqüentemente criava e perpetuava diferenciações entre os filhos através do vínculo que estes possuíam com os pais, se eram adotivos ou consanguíneos. Assim, houve um novo conceito em torno da celebração familiar, tratando sobre entidade familiar e abrangendo outros vínculos afetivos. Porém, o enunciado constitucional apenas fazia referência nítida à união estável entre um homem e uma mulher.

Pluralizou-se o conceito de família, que não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Assim, não há como afirmar que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente esta convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é mera recomendação em transformá-la em casamento. Não é dito que não existem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Exigir a diferenciação de sexos do casal para merecer a proteção do Estado é fazer distinção odiosa, postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade ignorando a vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo (DIAS, 2010, p. 4).

Para França (2012) o reconhecimento jurídico acerca da homossexualidade e dos direitos dos homossexuais contribuiu para o aceleramento do processo de

aceitação da sociedade como um todo, já que é estruturado por um caráter legal que o assume. Esse reconhecimento do direito à sexualidade e ao livre exercício da orientação sexual favoreceria, em outras palavras, a sobremaneira a diminuição da homofobia, fundamental para que gays e lésbicas possam ser inseridos nas próprias famílias, no trabalho e no convívio social. A contemporaneidade permite que os casais homossexuais busquem na justiça seus direitos referentes não só ao reconhecimento legal de sua união, mas também da possibilidade de adotarem um filho.

Segundo a advogada Viviane Girardi:

a jurisprudência brasileira, acompanhando a tônica internacional, considera que ... as uniões homossexuais vão além do simples fato de se constituírem por pares do mesmo sexo, pois são uniões que têm sua gênese no afeto, na mútua assistência e solidariedade entre os pares, e, dessa forma, não seria mais possível se deixar de reconhecer efeitos jurídicos para esse tipo de união. (Girardi, 2005, p. 50)

Segundo Silva (2009) a legislação pátria não trata dos relacionamentos entre homossexuais, já que os dispositivos legais são referentes apenas ao casamento e a união estável que são estruturados por relações entre homem e mulher. Contudo, a forma como os tribunais tem visto as questões homossexuais na modernidade tem mudado ao longo dos anos. No início dos tempos as relações homoafetivas eram vistas pelos magistrados como inexistentes já que não envolviam pessoas de sexos opostos. Os tribunais passaram a notar uma determinada injustiça que cometiam não permitindo a partilha de bens, o direito a benefícios previdenciários, entre outros, simplesmente por falta de normas legais e, então, passaram a analisar as relações homossexuais como “sociedade de fato”. Desse modo, começaram a entender que se tratava de uma junção de pessoas que de modo mútuo se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (art. 981 do Código Civil).

As uniões homoafetivas, segundo Dias (2010, p.1), de fato sempre fizeram parte do cotidiano da sociedade e o preconceito também:

As uniões de pessoas do mesmo sexo sempre existiram, mas a partir do momento em que a igreja sacralizou o conceito de família, conferindo-lhe finalidade meramente procriativa, as relações homossexuais se tornaram alvo do preconceito e do repúdio social.

A respeito do reconhecimento das uniões homoafetivas no direito brasileiro, entende-se que as uniões homoafetivas, no Brasil, eram tratadas sob o aspecto do Direito das Obrigações, já que possuíam reflexos jurídicos apenas patrimonialmente, conforme pondera Dias (2010, p. 13), as mudanças ocasionadas neste entendimento ocorreram de maneira gradativa, assim sendo:

As uniões homossexuais, quando reconhecida sua existência, eram relegadas ao Direito das Obrigações. Chamadas de sociedades de fato, limitava-se a Justiça a conferir-lhes sequelas de ordem patrimonial. Logrando um dos sócios provar sua efetiva participação na aquisição dos bens amealhados durante o período de convívio, era determinada a partição do patrimônio, operando-se verdadeira divisão de lucros. Reconhecidas como relações de caráter comercial, as controvérsias eram julgadas pelas varas cíveis. Os recursos igualmente eram distribuídos às câmaras cíveis que detêm competência para o julgamento de matérias cíveis não especificadas.

Segundo França (2012), o fato de a união homossexual ainda estar a vagarosos passos de ser reconhecida legalmente ocasiona uma série de danos para os casais, dentre eles há a possibilidade de não conseguir designar seu companheiro como herdeiro ou beneficiário legal, nem ter direito a ser considerado dependente para utilização de seguro saúde e outros benefícios. Homossexuais muitas vezes sofrem impedimentos legais em relação aos próprios filhos, em caso de fruto de casamentos heterossexuais anteriores. Tal discriminação geralmente é ainda maior em relação ao parceiro homossexual do pai ou da mãe da criança, ainda que este tenha funcionado como uma figura parental ou de apego, fazendo jus à partilha da educação e dos cuidados durante muito tempo.

## **2. A ADOÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A POSSIBILIDADE DE ADOTAR DE CASAIS HOMOAFETIVOS**

Na contemporaneidade, a crescente evolução da sociedade não foi, nas palavras de Dias (2010), suficiente para tornar a igualdade algo real, mesmo que as constituições que legislam e consagram o direito à igualdade ainda proibam a discriminação sob a conduta afeita no que respeita à inclinação sexual.

Rejeitar a existência de uniões homossexuais é afastar o princípio insculpido no inc. IV do art. 3º da Constituição Federal, segundo o qual é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importa de que ordem ou tipo seja (RIOS, 1998, p. 29).

Segundo Silva (2009), em janeiro de 2002 quando a cantora Cássia Eller veio a óbito, os brasileiros puderam acompanhar pela imprensa o processo judicial pela guarda de seu filho Chicão, cuja decisão final deferiu a guarda à Eugênia, ex-companheira da cantora, que também era homossexual.

Na época, foi possível verificar que não foi na preferência sexual da guardiã que o juiz se fundou para atribuir a guarda e, sim, nas qualidades morais e nas condições materiais de quem a pretendia. Conseqüentemente, se Eugênia não tivesse condições adequadas para criar uma criança, Chicão teria de ser afastado de sua companhia. Porém, ocorre que o menor vivia desde que nasceu com a mãe e sua companheira e como pode-se esperar aquele era o seu núcleo familiar. Logo, esse caso demonstra a real existência da família homossexual.

Segundo Bürger (2011), Cássia era homossexual assumida e vivia há 14 anos em uma verdadeira união estável com Maria Eugênia, que veio a pleitear a guarda de Chicão. Após 11 meses de litígio, Eugênia e o avô materno de Chicão, que também disputava a guarda do neto, transigiram, ficando o garoto sobe responsabilidade de Eugênia. Segundo o pesquisador, na época o julgamento foi marcado por grande polêmica, visto que era recente a promulgação do Código Civil de 2002, sendo o início de uma árdua rilha do direito em percorrer as demandas da sociedade.

No Brasil a adoção pode ser definida como um ato solene do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha (RODRIGUES, 2001, p. 334). De acordo com os estudos de Spengler (2014), ou ainda, como o ato jurídico através do qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas quaisquer relações de parentesco consanguíneo ou mera afinidade.

A primeira tentativa de estabelecer legislação a respeito das uniões homoafetivas partiu de um projeto de regulamentação da parceria civil, de autoria da então deputada Marta Suplicy, projeto que não foi adotado. Tramitou, em contrapartida, o projeto de lei 7.018/2010 que tem por objetivo vedar a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, a proposta partiu do deputado Zequinha Marinho, pretendendo alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente (SPENGLER, 2014).

O art. 42 do ECA expõe que podem adotar as pessoas maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, sem registrar qualquer outro impeditivo, principalmente no concernente à orientação sexual dos candidatos. Já o art. 43 faz referência ao fato de que a adoção somente será deferida se apresentar reais vantagens à criança e possuir motivo legítimo. O art. 28 do ECA define a colocação da criança em família substituta, sem mencionar como deve ser a constituição desta família, porém o art. 29 veda a colocação em famílias cujos membros tenham alguma incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar favorável (SPENGLER, 2014, p. 332).

Ainda sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, o art. 50 deste, reformulado em consistência com a Lei 12.010/2009, determina que a autoridade judiciária deverá manter em cada comarca ou foro regional um registro datado das crianças e adolescentes a serem adotados e outro registro que mantenham detalhes sobre as pessoas interessadas na adoção. Essa lista de pessoas com determinado interesse na adoção é chamada de “cadastro de adotantes” e a inscrição nele somente é deferida se os adotantes, seja de forma individual ou de modo conjunto, satisfizerem os requisitos legais.

Para Silva Filho (2009) durante o processo de habilitação ao cadastro ocorre a intervenção de uma equipe multidisciplinar, neste procedimento os requerentes participam de programas oferecidos pela Justiça da Infância e Juventude, preferencialmente com o apoio de técnicos responsáveis pela execução de políticas municipais de garantia do direito à convivência familiar. O objetivo principal destes programas é oferecer preparação psicológica aos futuros adotantes, bem como orientação e estímulo para adoções inter-raciais, de crianças e adolescentes com necessidades especiais, grupos de irmãos e de crianças mais velhas. Note-se que o autor não faz menção a nenhum tipo de adoção feita por casais formados pelo mesmo sexo, nem sequer sobre a necessidade de preparo psicológico ou sobre a possibilidade dessa adoção realmente acontecer.

O art. 42 do ECA prevê a hipótese de adoção por parte de pessoas maiores de 18 anos, independentemente de seu estado civil. Obviamente, um homossexual solteiro poderia realizar seu projeto parental adotando uma criança ou adolescente de modo individual, sozinho. Nesse caso, segundo Silva Filho (2009), bastaria que procedesse no seu cadastro junto à lista de adotantes do país, comprovando possuir todos os requisitos necessários e previstos no ECA, demonstrando as reais vantagens para o adotando. Porém, é preciso entender que tais situações permitem estar diante de uma paternidade ou maternidade socioafetiva, que poderá ser

reivindicada, mas que dependerá de provas a serem feitas num logo e árduo processo judicial.

Segundo Spengler (2014), a vedação ou omissão legal sobre a adoção por casais do mesmo sexo pode ocorrer motivada pela preocupação com o bem-estar da criança ou adolescente que vai ser colocado em família substituta, mas na maioria dos casos é ocasionada por puro preconceito quanto à orientação sexual divergente dos padrões considerados “normais” pela sociedade.

A mera possibilidade de que o adotando venha sofrer má influência de seus pais ou mães adotivos, ou o mau desenvolvimento psicoemocional, são lacunas para que ocorra esse tipo de situação jurídica não admitida. Há também a possibilidade de o adotando sofrer discriminação, abalo moral e psicológico ao ser conhecido na escola ou no clube que frequenta como filho de duas pessoas cuja sexualidade não se enquadra dentro dos padrões socialmente impostos.

Um estudo elaborado na Califórnia, desde 1970, com famílias ditas não convencionais concluiu que “nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças. As meninas são tão femininas quanto as outras e os meninos tão masculinos quanto os demais. A criação em lares formados por lésbicas não leva, por si só, a um desenvolvimento psicossocial atípico ou constitui um fator de risco psiquiátrico (DIAS, 2014, p. 337).

### **3. POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES DE DIREITO À ADOÇÃO: UMA ANÁLISE COMPARADA NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO**

Uma matéria publicada pela Revista de audiências públicas do Senado Federal, em 2013, dizia que duas mulheres da Califórnia (EUA), em 1986, formaram o primeiro casal gay a adotar legalmente uma criança. Muitos países da Europa seguiram o exemplo da pioneira Dinamarca, que a partir de 1999 passou a permitir que homossexuais ligados por união civil pudessem adotar o filho do companheiro ou companheira. Dez anos depois, o país aprova o direito de um casal gay adotar em conjunto uma criança. A lista incluía nesse avanço social vários outros países. como Alemanha, Holanda, Suécia, Inglaterra e Espanha, por exemplo.

Já no contexto africano cabe ressaltar que, na África do Sul, a Suprema Corte legalizou a adoção por casais homossexuais no ano 2002, ainda nesse período foi o único país do continente a adotar a medida. Em 2008, a população de Israel, através

da decisão do procurador-geral, se tornou apta por lei a ter o poder de adoção concedida aos casais do mesmo sexo. O Uruguai foi o primeiro país latino-americano a legalizar a adoção por casais homossexuais, em 2009.

No Brasil, por sua vez, a adoção de crianças por casais homossexuais ganhou, em 2010, um impulso considerável com a decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, por unanimidade, negou recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul contra decisão que permitiu a adoção de duas crianças por um casal de mulheres. A decisão apontou que estudos não indicam qualquer inconveniência em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, importando mais a qualidade do vínculo e do afeto no meio familiar em que serão inseridas (SENADO FEDERAL, 2013, p 28).

Lemos (2018), diz em seus estudos, que no que diz respeito ao quadro de adoção conjunta homossexual no Mundo, permite citar ao menos os seguintes países: o Canadá, a África do Sul, Suécia, Espanha, Andorra, o Reino Unido (Inglaterra e País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte), a Bélgica, Islândia Israel, a Noruega, o Uruguai, a Argentina, o Brasil, a Dinamarca, França, a Nova Zelândia, Luxemburgo, Malta, o México, a Irlanda e Eslovênia. Por fim, Estados Unidos, Colômbia e Alemanha também passaram a integrar este extenso rol.

Assim sendo, em resumo:

Os países que preveem expressamente a legalidade da adoção bilateral por par homoafetivo são:

**Na Europa:** Países Baixos/Holanda, Suécia, Espanha, Andorra, Bélgica, Islândia, a Noruega e a Dinamarca. No Reino Unido a adoção é permitida na Inglaterra, País de Gales e Escócia, não regulamentada, no entanto, na Irlanda do Norte.

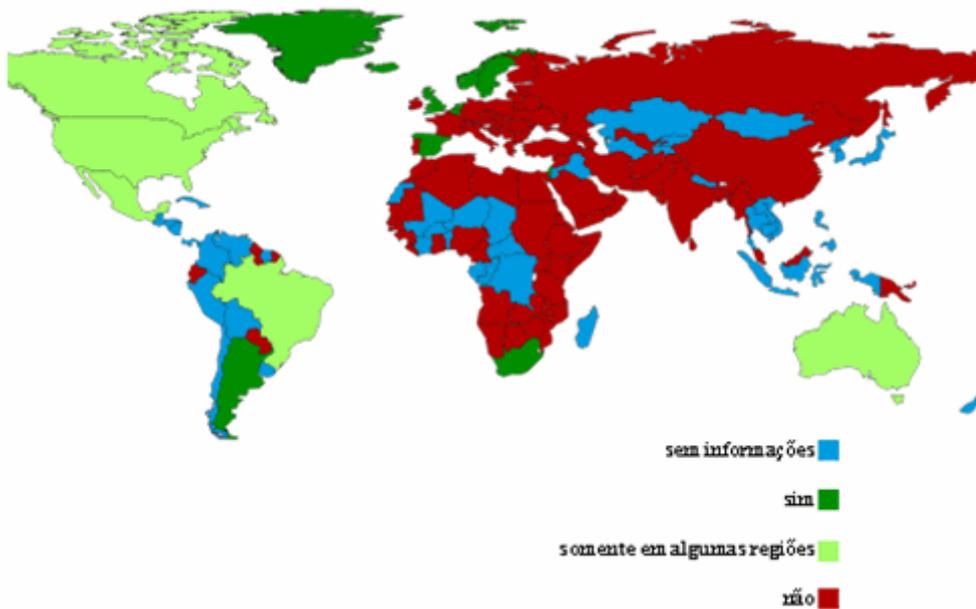
**África e Ásia:** África do Sul e Israel respectivamente.

**América do Norte e Central:** a legislação difere em nível regional tanto nos Estados Unidos da América, quanto no Canadá e México. No caso estadunidense 12 dos 51 Estados preveem a possibilidade da adoção conjunta por par homoafetivo; no mexicano, apenas o distrito federal (Cidade do México).

**Oceania:** Apenas a Austrália prevê a possibilidade de adoção por par homoafetivo, e ainda assim, somente em 3 dos 8 Estados.

**América do Sul:** Uruguai e Argentina (COELHO, 2015).

Segue abaixo adaptação de um mapa comparativo elaborado pela ILGA (*International Lesbian, Gay, Bisexual, TransAndIntersexAssociation*) referente à adoção por casais compostos por pessoas do mesmo sexo:



(ILGA, 2015, p. 1)

Segundo Rodrigues (2016), os casais homossexuais já podiam adotar crianças nos 50 estados dos EUA, apenas o estado do Mississippi não consagrava esta alteração legislativa, situação que foi modificada em 2016, pois a proibição de os casais homossexuais adotarem, que estava vigente desde 2000, foi revogada por um juiz federal.

O juiz federal Daniel Jordan, do estado do Mississippi, decidiu que impedir os casais homossexuais de adotarem se consolidava como “inconstitucional” depois de o Supremo Tribunal ter legalizado o casamento e os consequentes benefícios. Segundo o juiz, entre esses “benefícios” está a possibilidade de adoção e, por isso, a decisão de junho passado impelia o Mississippi a eliminar a proibição aprovada em 2000 (RODRIGUES, 2016).

Em 2014, o Equador passou a reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo de maneira efetiva, já que os casais homossexuais a partir desta data poderiam se inscrever em um registro oficial como companheiros. Foi motivo de comemoração para o coletivo homossexual já que a medida administrativa foi considerada como o primeiro passo para que os casais de mesmo sexo tenham, na prática, os mesmos direitos que os casais heterossexuais.

Contudo, ainda há protestos no país para que haja uma reforma da Constituição que torne possível garantir os mesmos direitos conferidos às sociedades conjugais, como a adoção, mas isso não está na agenda do Governo

equatoriano. O ex-presidente equatoriano Rafael Correa foi muito enfático ao dizer que não permitiria que os casais homossexuais adotassem crianças (JUSBRASIL, 2014, p. 1).

Na Tailândia, segundo Meireles (2017), a homossexualidade foi descriminalizada em 1956 e já levantou a proibição de gays nas Forças Armadas. Não existe uma proibição legal para a adoção por casais gay, no entanto, as leis ainda não reconhecem o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Analisando o contexto histórico de adoção por casais gays nos países do exterior, em 2009 o Uruguai se tornou o primeiro país da América Latina a legalizar a adoção de crianças por casais homossexuais, após a aprovação definitiva do projeto pelo Senado, em meio a fortes críticas da Igreja e de parte da oposição. Através da aprovação do projeto de lei, os candidatos à adoção devem ter pelo menos 25 anos de idade e 15 a mais que a criança que se deseja adotar. Além disso, o casal deve ter "pelo menos quatro anos de vida em comum".

O Uruguai reconhece legalmente a união livre e o concubinato entre pessoas do mesmo sexo, motivo pelo qual foi possível, a partir de 2009, que casais homossexuais adotem crianças (FRANCE-PRESSE, 2009, parágrafo único).

## **CONCLUSÃO**

Tendo em vista a situação brasileira, pode-se dizer que, em alguns casos, a lacuna ou omissão legislativa se faz menos perversa do que a presença de leis discriminatórias. Todavia, ressalta-se que é preciso por um ponto final no banimento civil em que casais homossexuais sempre foram condenados a viver, em razão tão somente de sua orientação sexual e conceder-lhes a necessária segurança jurídica que reivindicam ao estado de fato em que já vivem.

Neste caso, como já se sabe que não há interferência no desenvolvimento psicológico, emocional e de todas os fatores da criança, que justifiquem a vedação legal aos casais homossexuais da possibilidade de adoção .

Assim, ainda que pesquisas indiquem que parcela da população seja contrária a adoção por casais homossexuais, cabe ao Poder Judiciário, enquanto agente de transformação social, desempenhar determinada função contra majoritária e didática, indicando à sociedade civil os rumos essenciais à convivência necessária

entre a maioria e as minorias existentes, de modo pluralista e sem preconceito, conforme leciona Vecchiatti (2014).

É de um contexto moral e ético a ideia universal de que todo ser humano possui liberdade para viver sua sexualidade e deve ser tratado de forma igualitária e digna, para isso cabe principalmente à sociedade aceitar as diferenças e os novos padrões de família.

Em consonância com essa reformulação social, o sistema judiciário caminha a cada dia indo de encontro com uma melhor regularização do sistema de adoção, eliminando o tabu que existe a acerca do padrão de família heterossexual, promovendo a abertura de espaço para um modelo de família formado por casais do mesmo sexo e crianças.

Esse novo modelo de família deve ganhar espaço na sociedade, fazendo com que ocorra cada vez mais a retirada de crianças das casas de adoção, e permitindo que elas tenham a chance de ter uma família, estando cercadas de proteção, e principalmente sendo amadas, educadas, respeitadas de forma integral. Sendo o amor o principal elemento que fará com que ocorra o perfeito desenvolvimento da criança enquanto cidadã.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Anne Joyce Angher. VadeMecum Acadêmico de Direito. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.
- BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.
- BÜRGER, Marcelo L. **Francisco de Macedo. Guarda, visitas e alimentos nas famílias homoparentais**. Saraiva, 2000.
- COELHO, Pedro Gabriel. **A adoção por par homoafetivo: uma configuração familiar duplamente estigmatizada**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 135, abr 2015. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15914&revista\\_caderno=14](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15914&revista_caderno=14)>. Acesso em nov 2018.
- COSTA, R. S. M. **Homossexualidade: um conceito preso ao tempo**. Bagoas: Revista de Estudos Gays, v. 1, p. 121-144, 2007.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga: Estudos sobre o culto, o Direito e as** CZAPSKI, Aurélia Lizete de Barros; ELIAS, Roberto João. **Manual prático da adoção**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. RT. 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. Vol. 5. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- FRANCE-PRESSE. **Uruguai é primeiro país latino-americano a legalizar a adoção para casais gays**. Correio Braziliense, 2009. Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2009/09/09/interna\\_mundo,140963/uruguai-e-primeiro-pais-latino-americano-a-legalizar-a-adocao-para-casais-gays.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2009/09/09/interna_mundo,140963/uruguai-e-primeiro-pais-latino-americano-a-legalizar-a-adocao-para-casais-gays.shtml)>. Acesso em 10 nov. 2018.
- ILGA (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association). Disponível em: <<http://ilga.org/ilga/en/index.html>>. Acesso em 13 nov. 2018.
- Instituições da Grécia e de Roma**. Tradução Edson Bini. 3ª edição. São Paulo: Editora Edipro, 2001.
- LEMONS, Paulo. **Xô preconceito: adoção homoafetiva no Brasil e no Mundo**. Folha Max, 2018. Disponível em: <<http://www.folhamax.com/opiniao/xo-preconceito-adocao-homoafetiva-no-brasil-e-no-mundo/159852>>. Acesso em 13 nov. 2018.
- MEIRELES, Ana. **Um pioneiro dos direitos homossexuais na Ásia**. Diário de Notícias, 2017. Disponível em: <<https://www.dn.pt/mundo/interior/um-pioneiro-dos-direitos-homossexuais-na-asia-8530584.html>>. Acesso em 13 nov. 2018.
- RIOS, Roger Raupp. **Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade**. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. dez. 1998. nº 6. p. 29.

RODRIGUES, Catarina Marques. **Casais homossexuais já podem adotar em todos os Estados Unidos da América**. Observador, 2016. Disponível em: [.<https://observador.pt/2016/04/01/casais-homossexuais-ja-podem-adotar-os-estados-unidos-da-america/>](https://observador.pt/2016/04/01/casais-homossexuais-ja-podem-adotar-os-estados-unidos-da-america/). Acesso em 13 nov. 2018.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SENADO FEDERAL. **Homossexuais ganham batalhas legais**. Revista de audiências públicas do Senado Federal, 2013. Disponível em: [.<https://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/upload/201302%20-%20maio/pdf/em%20discuss%C3%A3o!\\_maio\\_2013\\_internet.pdf>](https://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/upload/201302%20-%20maio/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_maio_2013_internet.pdf). Acesso em 12 nov. 2018.

SOUZA, Ivone Coelho de. **Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações**. In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA – IDEF. Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, 2001, p. 112.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Homoparentalidade e filiação**. São Paulo: Amandes, 2014.

VASCONCELOS, Desirée C. R. **Diversidade familiar e adoção homoafetiva: compreendendo a paradigmática decisão do STJ**. Editora Consulex: Revista Prática Jurídica, n. 104, 2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Colisão e antinomia entre princípios e regras**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.