



## ADOÇÃO NA FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Jamile Dantas Varela\*  
Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima\*\*

**RESUMO:** *Em virtude da existência de numerosas relações homoafetivas, surge a discussão a respeito da adoção pelos pares homossexuais. Contudo, para concretização do instituto, acabam por esbarrar na falta de regulamentação legal disfarçada por um preconceito. Este estudo objetivou analisar, à luz da Constituição Federal de 1988, do Novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, os principais aspectos relativos à constituição da família homoafetiva através da adoção. Foi realizado um estudo qualitativo por intermédio de entrevistas semi-estruturadas, questionário via e-mail, além da análise de legislação e literatura. Somando os resultados obtidos aos princípios constitucionais e o melhor interesse da criança, verificou-se a existência de um novo modelo familiar, não contemplado expressamente pela Carta Magna de 1988.*

**Palavras-chave:** Família; Homossexualidade; Adoção; Direito da criança

### INTRODUÇÃO

As transformações contemporâneas imprimiram mudanças nos valores, na cultura, no comportamento humano. Também a família e as suas características foram se redefinindo e exigindo a reflexão sobre novos arranjos familiares. Em tempos recentes os direitos homossexuais foram incorporados a essas discussões. Tema polêmico e instigante, este artigo trata da adoção por casal homossexual.

Atento aos novos fatos sociais, o constituinte de 1988 alargou o conceito de família, rompendo com as suas bases patriarcais, ao mesmo tempo em que proclamou a proteção dos direitos da criança e adolescente.

O presente estudo corresponde a um recorte da pesquisa macro que ensejou a Monografia de Conclusão do Curso de Direito da primeira autora. O objetivo deste artigo extraído de uma investigação mais ampla é analisar a adoção pela família homoafetiva na perspectiva da sociedade civil e dos operadores do direito.

Foi realizado um estudo qualitativo com entrevistas semi-estruturadas, questionário via e-mail, além da análise de legislação e literatura.

---

\* Graduada em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa – Salvador/BA, pós-graduanda em Direito do Estado pelo Centro Preparatório para Carreira Jurídica – JusPodivm/BA. E-mail: [jamiledv@yahoo.com.br](mailto:jamiledv@yahoo.com.br) – autora.

\*\* Professora Orientadora, Juíza de Direito, Doutora em Saúde Pública (ISC-UFBA), Coordenadora do Grupo Direitos Humanos, Direito à Saúde e Família (CNPQ). E-mail: [isabelmsol@gmail.com](mailto:isabelmsol@gmail.com) – co-autora.



## ASPECTOS HISTÓRICOS

Diversos autores nacionais contemporâneos já analisaram as características do desenvolvimento e do novo perfil da família brasileira. Revendo Engels (2005), com a consolidação da monogamia e o advento da era do patriarcado, a literatura se desdobra em diversas ênfases. Discute a submissão da mulher à autoridade masculina e analisa a relevância do papel do homem enquanto *pater familias*: aquele que detinha as funções de chefe político, sacerdote e juiz (GONÇALVES, 2006).

O matrimônio, cuja indissolubidade revelava a dimensão transcendente do contrato, segundo Wald (2000), trouxe impresso, por alguns séculos, o predomínio do Direito Canônico. Ao longo do tempo, no entanto, foi tomando outra configuração. Refere-se Fachin (2001, p. 34) à dimensão “matrimonializada”, hierarquizada e patriarcal da família colonial no Brasil. Em função do cenário social da época, o Código Civil de 1916 absorveu os traços da organização social, política e judiciária do Brasil e projetou uma família baseada no predomínio do casamento, ao passo que as relações sociais começavam a se modificar.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 as bases coloniais do direito de família foram rompidas e os seus novos desenhos começaram a se evidenciar, apontando para a necessidade de serem contempladas no sistema jurídico novas formas de relações familiares.

Novos fatos sociais surgiram e, juntamente com eles, uma pluralidade de regimes familiares. Aumentava o número de famílias não matrimonializadas, decorrentes de uniões estáveis, que se multiplicavam ao lado de famílias monoparentais e recompostas.

As modificações foram lentas, seculares, com forte cunho de natureza moral, econômica e religiosa, entre outras dimensões. Foi sendo construída uma nova família enquanto espaço onde as pessoas comungam seus interesses de vida. A família resgatou a função que, certamente, esteve em suas origens mais distantes: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. E o princípio jurídico da afetividade igualou irmãos biológicos e adotivos além de colocar num plano superior o respeito a seus direitos fundamentais e a solidariedade recíproca, não podendo estes serem perturbados por interesses patrimonialistas (LÔBO, 2003).

Em meio a estas mudanças, acenderam-se discussões acerca das novas formas de conjugalidade, da utilização de técnicas de reprodução assistida, além da formação de família por casais homossexuais através do instituto da adoção.

## ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

Dentro desse contexto do paradigma afetivo, prontamente recepcionado pela Lei Maior, afloram situações referentes à constituição da família por casais homossexuais, sobretudo masculinos, objeto deste artigo. Muitos homossexuais procuram constituir sua família e para a realização desse desejo, recorrem ao instituto da adoção. Identificam, porém, a falta de regulamentação legal expressa.



No Brasil, durante muito tempo, a adoção esteve condicionada às perspectivas dos adultos, que não podendo ter filhos, encontravam na filiação adotiva a forma de suprir uma falta que a natureza provocara.

O CC/16 trouxe este instituto na sua forma tradicional, assemelhando-se aos princípios romanos, uma vez que se destinava a dar filhos a quem não os tivera, proporcionando a continuidade da família. Contudo, ao longo do tempo algumas modificações alteraram o seu perfil, sendo que a mais importante ocorreu com a entrada em vigor da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), vez que o instituto da adoção recebeu nova roupagem e estabeleceu que esta seria sempre plena para os menores de 18 anos.

Considerando tais premissas, casais homossexuais buscam compor a sua própria família através da adoção. Em que pese a falta de tutela jurisdicional expressa, a jurisprudência lentamente sinaliza a favor, conforme assevera Deus (2006, p. 01):

Em verdade, estes recentes avanços judiciais, possibilitando a adoção homoafetiva biparental, são fruto do amadurecimento científico em torno da homossexualidade, da derrocada de preconceitos infundados e de inúmeras decisões judiciais que, em nosso país, já vinham deferindo adoções a uma só pessoa de orientação afetivo-homossexual [...]. Constroem-se, progressivamente, neste sentido, as bases jurisprudencial e doutrinária para o Poder Judiciário brasileiro fazer inteira justiça, com relação à realidade hipócrita que ainda tem permeado a maioria dos Juizados da Infância e da Juventude do país [...].

O tema divide opiniões, gerando argumentos contra, principalmente de especialistas ligados à área da psiquiatria e da psicanálise, de que as crianças imitariam o modelo dos pais. Porém, muitos refutam essa teoria, uma vez que a maioria dos homossexuais provém de famílias heterossexuais, considerando-a preconceituosa e discriminatória, tenho em vista que a ciência não sabe ainda o que determina a preferência sexual de uma pessoa (MASCHIO, 2002)

## **METODOLOGIA**

Optou-se pelo estudo qualitativo utilizando-se técnicas de entrevista semi-estruturada e questionário via *e-mail* além da análise de legislação e literatura. A pesquisa foi realizada no período de dezembro/2006 a abril/2007, em uma capital do Nordeste.

No que tange às entrevistas, estas foram realizadas com quatro operadores jurídicos, sendo 02 juízes e 02 promotores de justiça com atuação na área de família e/ ou infância e juventude. O questionário via *e-mail* foi elaborado, testado e encaminhado à dez grupos de apoio à adoção sorteados aleatoriamente no site do Google e da Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (ABONG). Dos dez, seis foram devolvidos. Realizou-se uma segunda fase do sorteio, enviando-se a outros seis. Do total dos *e-mails* encaminhados, apenas três grupos de apoio à adoção no Brasil responderam ao questionário.

A análise da legislação observou elementos cronológicos e a hierarquia de leis. Quanto à análise de literatura, os livros foram identificados a partir de revisão doutrinária levando-se em consideração a atualidade de sua abordagem.



## RESULTADOS E DISCUSSÃO

A partir da análise dos resultados obtidos junto aos operadores jurídicos e à sociedade civil, trabalhou-se com o processo de categorização.

Relativamente ao grupo dos operadores jurídicos, identificou-se uma aceitação dos entrevistados para a possibilidade de uma adoção conjunta por homossexuais desde que tenha havido prévio e consolidado estudo psicossocial. Esta exigência é comum para que o instituto da adoção seja deferido para casais heterossexuais. Restou evidenciada a ênfase que os juízes e promotores explicitaram em relação à necessária observação do superior interesse da criança para a concessão da adoção, não se fazendo distinção pela orientação sexual dos pretendentes adotantes. É o que se pode verificar na fala de um entrevistado: “talvez nas minhas primeiras colocações tenha lhe dado uma, uma visão de que era contra. Não sou. Não sou. Evidentemente que a gente deve observar o estudo biopsicossocial do casal ou da pessoa”.

Nessa vertente do posicionamento dos entrevistados, constatou-se que todos vislumbram um ponto positivo da adoção por casal homossexual: a possibilidade de imediata retirada de crianças ou adolescentes de abrigos e instituições (locais onde não possuem o aconchego de uma verdadeira família) bem como da rua, da marginalidade e da utilização de drogas. “Quantas crianças e adolescentes estão nesta situação?”, pergunta um entrevistado a enfatizar a possibilidade deste acolhimento se os adotantes vivem de forma estável. Surge o direito a convivência familiar como um direito fundamental a ser cumprido. Realizado o referido estudo social e apresentando benefícios para o infante, deve ser deferida a adoção, não importando a orientação sexual dos adotantes sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Neste sentido, Bonavides (2005) ensina que os princípios constitucionais são o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada, possuindo três funções extremamente relevantes na ordem jurídica: fundamentadora, estabelecendo regras básicas e diretrizes de todo um sistema de normas constitucionais; interpretativa, permitindo o alcance da verdadeira finalidade da lei no momento de sua aplicação; e supletiva, realizando a tarefa de integração do ordenamento jurídico. Portanto, essas regras contêm os mais importantes valores que informam a CF/88. E violar qualquer desses princípios, sob um infundado preconceito é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A inobservância aos princípios fundamentais implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas ao sistema de comandos em sua totalidade. Constitui a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, representando a subversão de direitos humanos fundamentais (MORAES, 2003).

No que diz respeito à falta de regulamentação legal para o caso em estudo, ao se posicionarem sobre esta categoria, a maioria dos entrevistados operadores jurídicos afirmou que essa omissão legislativa se deve à presença do preconceito. Um dos entrevistados considerou ser uma não prioridade do legislador. Todos concordaram que a jurisprudência recente sinaliza para a realização da regulamentação da adoção por casais homossexuais, mas que apenas é o início. É o que demonstra uma das entrevistas:



[...] Porque o legislador de 2002, ele não avançou? Porque o legislador da atualidade, da contemporaneidade não avança? Porque o projeto de lei nacional da adoção, que é do deputado João Matos, que tramitando no Congresso Nacional, diz exatamente o que diz o art. 1.622 do Código, ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher ou se viverem em união estável. Porque o legislador não colocou aqui? [...] é uma realidade que você não pode esconder. Você não pode esconder. De forma que o direito tem que atender às ressonâncias sociais [...].

Com este mesmo entendimento, Dias (2006, p. 396-397), entende não haver óbice na legislação, mas somente preconceito do aplicador da norma:

Nem na Lei dos Registros Públicos se encontra óbice ao registro que indique como genitores duas pessoas do mesmo sexo. Basta registrar o adotando como 'filho de', acrescentando o nome dos pais. No entanto, permanece a resistência em conceder a adoção a um casal que mantenha união homoafetiva. As justificativas são muitos: problemas que a criança poderia enfrentar no ambiente escolar, ausência de referências de ambos os sexos para o desenvolvimento do adotando, obstáculos na Lei dos Registros Públicos, entre outros. Mas o motivo é um só: o preconceito.

Para os apegados ao excesso de formalismo, a solução para o deferimento da adoção conjunta à homossexuais advém da aplicação dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, igualdade e melhor interesse da criança, pois a interpretação destes integralizaria a suposta lacuna deixada pelo legislador. Não há como pensar diferente. O caso concreto e o próprio ordenamento jurídico oferecem as soluções para não deixar desamparado tanto o casal adotante quanto a criança ou adolescente.

Já com relação à análise dos resultados dos grupos de apoio à adoção, dois de três entrevistados foram favoráveis à adoção por casal homossexual, desde que preenchidos os requisitos e representasse benefícios para a criança ou adolescente. Ressalte-se que nenhum se mostrou contra, apenas indeciso sobre o tema. Encarada sob outra perspectiva, a adoção por casal homossexual também é vista de modo favorável. Entidades que lutam pelo direito à convivência familiar, vêem a família homossexual como uma alternativa para acolher aqueles desprovidos de família. Deixam o preconceito de lado quando se trata do melhor interesse da criança, como se pode verificar em resposta dada à pesquisa: “procurar pessoas na sociedade para dar uma família, carinho, lar para uma criança/adolescente é o que mais tentamos fazer e com certeza acreditamos que homossexuais são pessoas capazes”.

Então, partindo de tais premissas, a filiação homoafetiva surge como uma nova família no ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que a família constitucional deve ser interpretada de forma plural. No plano fático, todos os vetores são favoráveis, se tornando perfeitamente possível a constituição da família homoafetiva através do instituto da adoção.

## CONCLUSÃO

A realidade se antecipa ao direito, as relações de fato se projetam na realidade. A adoção por casal homossexual é algo polêmico, mas se torna evidente a prevalência dos benefícios que





irá proporcionar a uma criança desprovida de lar. Milhares de crianças abandonadas, institucionalizadas, em situações de maus tratos e marginalizadas sem o aconchego de um lar ainda vivem na expectativa infantil do acolhimento. Quando se limita ou restringe a adoção para homossexuais também se cerceia o direito à convivência familiar de muitos que poderão ser acolhidos.

O direito à convivência familiar bem como o fortalecimento desse vínculo é indispensável para o desenvolvimento de qualquer pessoa e indiscutivelmente da criança ou adolescente. Dessa forma coloca Vicente (1998, p. 50-51):

O vínculo é um aspecto tão fundamental na condição humana, e particularmente essencial ao desenvolvimento, que os direitos da criança o levam em consideração na categoria convivência – viver junto. O que está em jogo não é uma questão moral, religiosa ou cultural, mas sim uma questão vital [...] Em outras palavras, sobreviver é pouco. A criança tem direito a viver, a desfrutar de uma rede afetiva, na qual possa crescer plenamente, brincar contar com paciência, a tolerância e a compreensão dos adultos sempre que estiver em dificuldade.

O estudo demonstrou que o operador do direito é sensível às mudanças sociais, procurando dar soluções mais humanas ao caso concreto quando se trata da adoção conjunta por homossexuais. O legislador, ainda que avance lentamente, não quebra paradigmas, é vagaroso.

Longe de todo o estigma que o tema possa conduzir, há de se ressaltar que o processo de conquistas de direitos envolvendo os homossexuais deve ser examinado sob o prisma da igualdade social, da efetivação da dignidade da pessoa humana e no exercício efetivo da cidadania. O preconceito fere frontalmente os direitos humanos, que estão relacionados ao desenvolvimento e à participação plena de cada ser humano na vida. Respeitar os direitos humanos significa promover a vida em sociedade sem qualquer tipo de discriminação. E para que exista igualdade de direitos, é preciso respeitar as diferenças e conviver com o pluralismo das entidades familiares.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Salvador: Egba, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DEUS, Enézio de. Decisões Judiciais Inéditas Viabilizam Adoções por Casais Homossexuais no Brasil. *Rede Psi*, 06 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.redepsi.com.br/portal/modules/>



smartsection/item.php?itemid=359>. Acesso em: 05 abr. 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: direito de família*. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 6.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693*. São Paulo: Atlas, 2003, v. 16.

MASCHIO, Jane Justina. A adoção por casais homossexuais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764>>. Acesso em: 22 mar. 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VICENTE, Cenise Monte. O direito à convivência familiar e comunitária: uma política de manutenção do vínculo. In: KALOUSTIAN, Sílvio Manoug. (Org.). *Família brasileira, a base de tudo*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF, 1998. p.47-59.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.