

## A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS<sup>1</sup>

Kálita Rita Gonçalves

Raíssa Guimarães Gonzalez<sup>2</sup>

SUMÁRIO: Introdução; 1 Adoção: conceito e histórico; 2 Adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais; 3 Aspectos jurídicos sobre a família homoafetiva; 3.1 Possibilidade de adoção por famílias homoafetivas; Conclusão

### RESUMO

O presente artigo inicialmente evidencia algumas formas de constituição familiar para que se entenda a evolução do conceito de família, logo após enfatiza o instituto da adoção, previsto em vários dispositivos legais, bem como seu histórico e as mudanças sobrevindas com o advento da Constituição federal de 1988. Logo após aborda a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, analisando os aspectos sociais, jurídicos e sua capacidade de adoção.

### PALAVRAS-CHAVE

Adoção. Casais Homoafetivos. Direito de Família. Novo Código Civil.

### Introdução

Várias são as transformações sofridas pela sociedade brasileira em meio ao mundo globalizado e seu dinamismo. Deste modo, com a crise da família patriarcal, nascem novos núcleos familiares que fazem *jus* ao amparo jurídico do Estado. Dentre tais núcleos familiares, encontra-se a família homoparental, constituída por pares homoafetivos, que, em consequência da impossibilidade biológica de originarem filhos entre si, recorrem à adoção como uma forma de satisfazer a pretensão da maternidade ou paternidade afetiva, adquirindo todos os direitos e deveres inerentes ao instituto da adoção. Destarte, por meio de uma explanação analógica, reconhece-se a possibilidade de equiparação da união estável à família homoafetiva e, por conseguinte, da adoção homoparental, uma vez que, a própria Constituição Federal dispõe sobre a igualdade e a não discriminação das pessoas por cor, sexo e condição social.

---

<sup>1</sup> Artigo elaborado para a disciplina Direito de Família e Sucessões para a obtenção da nota.

<sup>2</sup> Alunas do 6º período do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco.

## 1 Adoção: Conceito e Histórico

### *Conceito*

O instituto da Adoção está previsto em diversos dispositivos legais, imperioso fazer referencia, em primeiro lugar, a Constituição Federal de 1988, artigo 227, §§ 5º e 6º, onde está previsto o direito à convivência familiar como um dever da família, da sociedade e do Estado. O artigo da Constituição supracitado coloca as crianças e adolescentes protegidos de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O Código Civil (2002) dispõe sobre a matéria a partir do artigo 1618, onde institui que somente pessoa maior de 18 anos pode adotar, contrariando o disposto no ECA (1990), artigo 42, que aponta dos maiores de 21 anos, logo, tal lei específica manifesta-se desatualizada.

O maior obstáculo legal para a adoção por casais homossexuais está no artigo 1622 do CC, que menciona: “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.” A adoção é uma modalidade artificial de filiação, através da qual se recebe como filho a criança ou adolescente estranha ao seio familiar. O doutrinador Wilson Donizeti Liberati, define que a "adoção é um ato solene pelo qual se admite em lugar de filho quem por natureza não é." (LIBERATI, 2004, p. 17).

### *Histórico*

O instituto da Adoção passou por várias transformações no transcorrer do tempo. Vigorou em nosso país, consoante o Código Civil de 1916, por muitos anos, um mecanismo de adoção que *privilegiava* conceder filhos aos casais que não podiam ter, sem dar muito destaque aos direitos dos filhos adotivos. Isso até a promulgação da Constituição Federal de 1988, e logo em seguida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem em vista manter os interesse e direitos destes. De acordo com Wald (2005), a adoção teria surgido atendendo a imperativos de cunho religioso. A família primitiva era como se fosse um estado dentro do Estado, pois teve unidade política, religiosa e econômica.

A adoção teve seu prognóstico na Antiguidade, foi muito utilizada entre povos orientais, como pode se constatar nos códigos de Manu e no de Hamurabi. No entanto, foi no direito romano que o instituto da Adoção foi disseminado, possuindo disciplina e ordenamento jurídico sistemático, através do qual um dirigente de família sem herdeiros podia adotar um menino de diferente família. O princípio fundamental da adoção na Antiguidade

que foi envolvido pelo direito civil contemporâneo era o de que a adoção não poderia se separar da filiação natural: *adoptio naturam*.

Em determinada etapa da história romana, a adoção tornou-se um mecanismo de direito público empregado pelos imperadores para instituir os seus antecessores. Entretanto, como evidencia Arnoldo Wald, “o instituto perdeu, então, suas características de direito privado e se transformou numa técnica de escolha dos futuros chefes de Estado.” (2005. p. 271). Em outra fase do direito romano, a adoção era um instrumento limitado a consolar os casais estéreis.

No Brasil, o Código Civil em sua redação originária, só admitia a adoção por maiores de cinquenta anos que não contivessem prole legítima, devendo o adotante ter 18 anos a mais que o adotado, transferindo-se, através da adoção, o pátrio poder para o adotante. No sistema do Código de 1916, em relação à herança, o filho adotivo recebia *metade* da cota conferida ao filho legítimo. Com o advento da Lei n. 3.133, foi reduzida para trinta anos a idade do adotante, determinando que as pessoas casadas só pudessem adotar transcorridos cinco anos posteriores a celebração do casamento, momento em que pareceu ser presumível a confirmação de que não teriam normalmente filhos, pois não o tiveram nos 5 primeiros anos de casamento (artigo 368 do CC de 1916, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 3.133/1957).

O Novo Código Civil disciplinou detalhadamente a matéria concernente à adoção. Reduziu a idade mínima para 18 anos, conservando a antiga disposição que exige a diferença de dezesseis anos entre o adotante e o adotado. Deixou de existir a dupla modalidade de adoção segundo a idade do adotado (maior ou menor e dezoito anos). Entre outras várias mudanças. Tanto a jurisprudência como a doutrina reconhecem que a adoção não pode ser condicionada sob pena de nulidade (RE 88.381, julgado pelo STF em 28/02/1978).

## **2 Adoção de Crianças e Adolescentes por Casais Homossexuais**

A mídia difunde frequentemente a luta de grupos homossexuais pelo fim do preconceito e reconhecimento de direitos. Aqui, cabe analisar os aspectos jurídicos e sociais da família homoafetiva e a sua capacidade de adoção. Evidenciando razões necessárias permitem um indivíduo homossexual a desempenhar sua paternidade/maternidade, estabelecendo uma família equilibrada, com um lar saudável abalizada na educação da criança

e do adolescente, inexistindo qualquer diferença relevante entre uma família homo ou heteroparental. A jurista Maria Berenice Dias merece evidência, pioneira sobre o tema, foi a primeira a amparar a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva com base na analogia.

O silêncio constitucional e a omissão legiferante não podem levar à negativa de se extraírem efeitos jurídicos de tais vínculos, devendo o juiz atender à determinação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e fazer uso da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito. Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativa de um fato existente e não regulamentado no sistema jurídico. (...). Abstraindo-se o sexo dos conviventes, nenhuma diferença há entre as relações homo e heterossexuais, pois existe uma semelhança no essencial, a identidade de motivos entre os dois casos. Ambos são vínculos que têm sua origem no afeto, havendo identidade de propósitos, qual seja a concretização do ideal de felicidade de cada um. A lacuna legal é de ser colmatada por meio da legislação que regulamenta os relacionamentos interpessoais com idênticas características, isto é, com os institutos que regulam as relações familiares, sem que se esteja afrontando a norma constitucional que tutela as relações de pessoas de sexos opostos. A omissão legal não pode ensejar a negativa de direitos a vínculos afetivos que não têm a diferença de sexos como pressuposto. A dimensão metajurídica de respeito à dignidade humana impõe que se tenham como protegidos pela Constituição os relacionamentos afetivos independentemente da identificação de sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens. (DIAS, 2006, p. 93-94).

Mesmo assim, a omissão do texto da Constituição concernente às famílias homoparentais, tem dado fundamentos a ofensas ao reconhecimento da existência e validade destas, ferindo, assim, princípios básicos da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

### **3 Aspectos Jurídicos sobre a Família Homoafetiva**

Como foi explanado, o desígnio da Constituição federal, ao mudar a maneira de se conceber a família era de estender esse conceito e abranger as *famílias alternativas* – aquelas que não são constituídas pelo instituto do casamento –, alargando o amparo do Estado a todos os grupos familiares unidos por laços sentimentais. Entretanto, nesse contexto, o Direito não deve “fechar os olhos” para uma realidade muito próxima: a existência de famílias homoafetivas, ou seja, aquelas constituídas por pessoas do mesmo sexo e provável filiação.

Há muitos doutrinadores que ainda não cederam a aceitar esse tipo de família, tendo como fundamento os argumentos carregados de uma visão de moralidade religiosa,

inconciliáveis com a contemporânea dinâmica social. Dessa forma, é criado um modelo discriminatório inteiramente divergente do escopo da República Federativa do Brasil, como, por exemplo, a liberdade e a vedação à discriminação, dispostos no artigo 3º da Constituição: “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”

O nosso ordenamento jurídico quando faz menção ao casamento civil e à união estável se refere à união entre “*homem e mulher*”, é o que se encontra nos artigos 1.514 e 1.723 do Código Civil. Partindo de tais dispositivos, a doutrina contrária à equiparação da união homoafetiva à união estável acredita que há amparo legal para tal possibilidade. Importante ressaltar ainda o que está disposto no artigo 226, §3º da Constituição Federal: “para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”. Dessa forma, não seria possível o casamento civil homoafetivo, e, conseqüentemente, não poderia ser reconhecida a união estável homoafetiva.

Entretanto, a lacuna deixada pelo legislador no que concerne às relações homoafetivas é indiscutível, tendo em vista que a própria Lei Maior assegura igualdade entre todas as pessoas independentemente de sexo. Os casais homoafetivos possuem o mesmo amor familiar que há nas famílias heteroafetivas, motivo pelo qual se encontram em condição análoga, fazendo *jus* a auferir o mesmo amparo jurídico que estes recebem. Assim, pode-se equiparar a família homoafetiva à união estável através da *analogia*. Segundo Maria Helena Diniz:

a analogia é decorrente da isonomia (e, com ainda mais razão, também a interpretação extensiva), na medida em que o princípio da igualdade visa garantir o mesmo tratamento jurídico aos iguais (interpretação extensiva) ou fundamentalmente iguais (analogia) (2005, p. 114)

Conforme o que foi supracitado, seria dispensável qualquer referência expressa da legislação à interpretação extensiva ou à analogia para que elas pudessem ser utilizadas para completar lacunas na legislação, pois elas estão subentendidas à própria isonomia.

Importante ressaltar também a compreensão de Luis Roberto Barroso sobre o tema, que evidencia terminativamente como os princípios da isonomia, liberdade pessoal e dignidade da pessoa humana estão sendo confrontados pelo artigo 226, §3º da CF/88 quando

se interpreta tal artigo de forma proibitiva da união estável homoafetiva, com a seguinte explicação:

pelo fato do texto normativo da união estável ser uma *norma de inclusão*, criada com o intuito de se acabar com a discriminação antes ocorrida em relação às uniões extramatrimoniais, donde uma norma de inclusão não pode ser interpretada de forma discriminatória, sob pena de se contrariar os princípios constitucionais e os fins que a justificaram, além do que os citados princípios impõem o reconhecimento da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva (2007, p. 34-36)

Destarte, comprova-se o inequívoco cabimento da analogia, uma vez que estão presentes na união homoafetiva os mesmos elementos fundamentais configuradores na união estável, a começar pela convivência pacífica e duradoura, qualificada pela afetividade, comunhão de vida e proteção recíproca, com o escopo de estabelecer família.

### **3.1 Possibilidade de Adoção por Famílias Homoafetivas**

Observa-se que, mesmo que não se reconheça juridicamente a possibilidade do casamento civil e da união estável de casais homoafetivos, a adoção por pessoas do mesmo sexo também será possibilitada através da analogia. Não há qualquer lesão ao menor na sua educação por um casal homoafetivo, que pode lhe dar tanto carinho, respeito, amor, solidariedade, entre outros valores que componham uma vida digna quanto um casal heteroafetivo.

Muitos doutrinadores<sup>3</sup> são inteiramente avessos ao reconhecimento deste direito, sob a argumentação que a família homoafetiva não proporciona elementos á criação saudável dos filhos. Todavia, o que parte da doutrina vem defendendo é um absurdo, relacionando a família homoafetiva a perversões e a uma condição de desestruturação que os tornaria incapazes de criar uma criança. Tais argumentos não podem prosperar, pois são fundamentados unicamente em meras presunções, e não é a orientação sexual que estabelece se a pessoa apresenta comportamento que possa lesar a criação do menor que está sob seus cuidados

Entretanto, casais homoafetivos são completamente capazes de estabelecer uma família consistente e compor um espaço bom e agradável para a criação de seus filhos. A

---

<sup>3</sup> Dentre eles, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Débora Vanessa Caús Brandão, Rainer Czajkowski

adoção por homossexual, já encontra amparo na jurisprudência brasileira, apesar da jurisprudência não ser mansa e pacífica.

**Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público:** Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de **homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor**, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro, e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Votação:Unânime Resultado: Apelo improvido TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Acórdão: Apelação Cível – Processo 1998.001.14332 Relator: Desembargador Jorge Magalhães Julgamento: 23.03.1999 – Nona Câmara Cível". (grifo nosso)

O artigo 42 do Estatuto da criança e do Adolescente (ECA) prevê que podem adotar os maiores de vinte e um anos (leia-se dezoito anos, por causa do Novo Código Civil), independentemente de estado civil. E o Código Civil, no seu artigo 1.618, estabelece que "só pode se qualificar como adotante pessoa maior de dezoito anos". De tal modo, entende-se que qualquer pessoa que preencha os pressupostos atribuídos pelo ECA e pelo Código Civil pode adotar. Da mesma maneira, seria inconstitucional levar em consideração a opção sexual do adotante como condição no processo de adoção. Trata-se de matéria de foto íntimo e sua invasão estaria em desacordo com o direito à intimidade (disposto no artigo 5º da Lei Maior). Ante o exposto, negar a adoção a um casal homoafetivo seria ferir uma cláusula constitucional que proíbe preconceitos "em razão de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (artigo 3º, IV, CF).

Com isso, percebe-se que o nosso ordenamento jurídico não dispõe sobre a questão da homossexualidade. Não há nenhuma norma no nosso Código Civil ou o Estatuto da Criança e Adolescente que imponha a heterossexualidade como uma condição para a adoção, ou seja, a capacidade para adotar nata tem a ver com a sexualidade do adotante que preenche todos os requisitos dispostos no artigo 42 do ECA.

A Professora Maria Berenice Dias apresenta, em seu artigo<sup>4</sup>, a possibilidade de analogia entre adoção por casais homoafetivos e a união estável. Segundo a mesma, o ordenamento jurídico brasileiro autoriza, além do casamento civil, a união estável, analogicamente, um par homoafetivo possui a mesma possibilidade de adotar uma criança, assim como um casal heteroafetivo.

Diante de tais razões até aqui expostas, não faltam motivos para que seja aceito o pedido de adoção proposto por uma família homoafetiva, seja porque é juridicamente possível sua existência, ou porque esta pode proporcionar um meio de convivência familiar saudável para a criação da criança. Importante evidenciar que a recusa da adoção por pares do mesmo sexo caracteriza preconceito e discriminação. Deve a matéria aqui tratada ser regulamentada expressamente, pois o reconhecimento do direito à adoção por famílias homoafetivas é de grande importância na batalha contra o preconceito, tendo em vista integrar a sociedade e estabelecer um amanhã melhor e mais digno para os menores abandonados, e, conseqüentemente, para todo o grupo social.

## **Conclusão**

Diante das nítidas transformações sucedidas na família em decorrência das características do mundo globalizado, a multiplicidade de núcleos familiares diferentes dos que estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro é um caso que o legislador não pode permanecer ignorando. Destarte, o não reconhecimento das novas familiar constituídas é negar o amparo jurídico do Estado, o que entra em conflito com a Constituição federal de 1988, que possui como um princípio básico a dignidade da pessoa humana e que proíbe qualquer tipo de discriminação. De tal modo, as famílias compostas por duas pessoas do mesmo sexo, que formam uma relação de convivência contínua e duradoura, têm o direito ao amparo legal dado à família constituída pelo casamento civil e pela união estável.

Portanto, por meio da analogia, pode-se conferir à família homoafetiva o idêntico tratamento jurídico oferecido à união estável, com os mesmos direitos e deveres. E um dos direitos mais ansiados pelos pares do mesmo sexo é o direito à adoção. Como confirmado no transcrito deste trabalho, nada explica que casais homoafetivos sejam obstados de

---

<sup>4</sup> O afeto como bem jurídico tutelado nas relações familiares, Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/comissoes/crianca/artigos/04.pdf>

desempenhar a paternidade/maternidade, adquirindo todos os deveres e direitos oriundos da relação familiar com o filho afetivo. Felizmente, a jurisprudência tem se mostrado compassiva à necessidade do reconhecimento do direito de adoção homoparental, e, como já evidenciado no decorrer do presente estudo, já passou a conferir à família composta por pares do mesmo sexo o direito à adoção. Com isso, crianças e adolescentes saem da “condição” de órfãs, e passam a integrar uma família que tem em vista oferecer carinho, proteção, educação, cuidado, respeito e um lar saudável para o seu desenvolvimento.

## **ADOPTION BY HOMOSEXUAL COUPLES**

### **ABSTRACT**

This article first highlights some forms of family formation in order to understand the evolution of the concept of family, after the institute emphasizes the adoption, as required by various legal devices, as well as its historical and traumatic changes with the advent of the federal Constitution 1988. Soon after addresses the possibility of adoption by homosexual couples, analyzing the social, legal and its ability to adopt.

### **KEY-WORDS**

Adoption. Homosexual couples. Family Law. New Civil Code.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes Mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico Das Relações Homoafetivas No Brasil**, Revista de Direito do Estado, nº 5, 2007. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11441> >, Acesso em: 22 outubro 2009.

DINIZ, Maria Helena, **Lei De Introdução Ao Código Civil Brasileiro Interpretada**, 11ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o Preconceito & a Justiça!**, 3ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

DIAS, Maria Berenice, **O afeto como bem jurídico tutelado nas relações familiares**, Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12059&p=2> >. Acesso 22 outubro 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção: Adoção Internacional**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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