

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS

NATALIE CARVALHO WITTE

RIO DE JANEIRO

2008

NATALIE CARVALHO WITTE

ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Flávio Alves Martins

RIO DE JANEIRO

2008

Witte, Natalie Carvalho.

Adoção por homossexuais / Natalie Carvalho Witte. – 2008.

78 f.

Orientador: Flávio Alves Martins.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 72-78.

1. Direito de Família - Monografias. 2. Adoção por homossexuais. I. Martins, Flávio Alves. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.16
CDU 347.6(81)

NATALIE CARVALHO WITTE

ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Flávio Alves Martins – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Doutor da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador

-

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Flávio Alves Martins, pelos conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, orientou este trabalho.

A meus pais, Fernando e Simone, e irmão Carlos, pela paciência e apoio.

RESUMO

WITTE, Natalie Carvalho. *Adoção por homossexuais*. 2008. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Procuram-se identificar as possibilidades jurídicas da adoção por homossexuais, tendo como principal foco a criança ou adolescente adotada nestas circunstâncias especiais. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise da evolução histórica do núcleo familiar, verificando os benefícios no desenvolvimento psicológico e social dos indivíduos ao serem adotados por homossexuais, além de identificar os mitos quanto ao seu crescimento em um ambiente diferente daquele considerado socialmente convencional. Na segunda parte é estudada a legislação pertinente ao tema, principalmente (i) na Constituição Federal de 1988, (ii) no Código Civil de 2002, (iii) o Estatuto da Criança e do Adolescente, (iv) as propostas de modificação na legislação esparsa, e (v) a análise de exemplos estrangeiros. A terceira parte dedica-se à demonstração, não exaustiva, que a adoção por uma dupla homossexual só apresenta benefícios e soluções ao problema social das crianças abandonadas nas ruas e orfanatos, uma tendência timidamente concretizada em alguns tribunais brasileiros.

Palavras-Chave: Adoção; Homossexual; Criança; Adolescente; Constituição Federal do Brasil.

RESUMÉ

WITTE, Natalie Carvalho. *Adoção por homossexuais*. 2008. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Ce travail cherche à identifier les possibilités juridiques de l'adoption par homosexuels, ayant comme point de concentration principal l'enfant ou adolescent adopté dans ces circonstances spéciales. Pour une meilleure compréhension du thème, la première partie analyse l'évolution historique de la société familiale, vérifiant les bénéfices dans le développement psychologique et social des individus quand ils sont adoptés par homosexuels, et en identifiant aussi les mites relatif à sa croissance dans un environnement différent de celui considéré socialement conventionnel. Dans la deuxième partie, on étudie la législation pertinente au thème, principalement (i) la Constitution Fédérale de 1988, (ii) le Code Civil de 2002, (iii) le Statut de l'enfant et de l'adolescent, (iv) les propositions de modification dans la législation ordinaire, et (v) l'examen des exemples étrangers. La troisième partie est consacrée à la démonstration, non exhaustive, que l'adoption par un couple homosexuel seulement présente des bénéfices et des solutions au problème social des enfants abandonnés dans les rues et dans les orphelinats, une tendance timidement concrétisée dans quelques tribunaux brésiliens.

Mots-clef: Adoption; Homosexuel; Enfant; Adolescent; Constitution Fédérale du Brésil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 ASPECTOS GERAIS ACERCA DAS ENTIDADES FAMILIARES E DA ADOÇÃO	10
2.1 O psicológico da criança e do adolescente na família e na sociedade quando adotada por homossexuais.....	14
2.2 O aspecto social da adoção: o melhor interesse da criança.....	23
3 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	28
3.1 A Constituição Federal de 1988.....	29
3.2 O Código Civil de 2002.....	36
3.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente.....	41
3.4 Propostas de modificação na Legislação esparsa.....	46
3.5 Análise de exemplos estrangeiros.....	48
4 RECENTES DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	54
4.1 Reconhecimento dos benefícios da adoção conjunta do casal homoafetivo.....	55
4.2 Decisões pioneiras no Brasil	60
5 CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS.....	72

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho, analisar-se-à as possibilidades jurídicas da adoção por casais homossexuais adotarem, realizando assim o sonho de constituir uma família, uma questão jurídica e social não apaziguada em nossa sociedade, tendo como principal foco a criança ou adolescente adotada nestas circunstâncias especiais.

Apesar de ainda haver dúvida se seria permitido ou não a opção de adotar para qualquer indivíduo, independentemente de sua orientação sexual, procurar-se-à verificar que a adoção é principalmente um ato de altruísmo do adotante com o adotado, de amor que criará um laço eterno entre um pai e um filho unidos pelo afeto, e não pelo sangue. A orientação sexual dos pais não poderá ser um empecilho para a felicidade de um indivíduo rejeitado pela família sangüínea, e o Direito, em sua mais profunda definição, deverá zelar pela proteção do mesmo, seja ele menor ou não, com base na “moral e nos bons costumes”, terminologia esta claramente abstrata. Assim, pessoas com comportamentos ditos “não convencionais”, com um núcleo familiar correspondente à união estável, poderão criar crianças e adolescentes nos moldes tradicionais, pensamento que vem aos poucos sofrendo transformações.

A sociedade atual ainda reflete preconceitos quanto à capacidade da pessoa homossexual ser um “bom” pai ou mãe de um indivíduo já traumatizado pelo seu abandono precoce de sua família biológica e adaptá-lo à vida social sem maiores problemas, não logrando equipará-lo neste aspecto ao heterossexual, apesar da Constituição Federal determinar como direito fundamental a igualdade entre as pessoas. Estes preconceitos são na sua maioria de cunho pessoal e de fundamentação religiosa, e não científica, como muitos da sociedade imaginariam, tristemente manifestados na sua maioria em atitudes discriminatórias, sejam elas inconscientes ou não, como se revelassem uma verdade sobre as partes envolvidas.

Verificar-se-à que quando os homossexuais conseguem finalmente adotar, o sistema jurídico brasileiro exige um acompanhamento mais minucioso no desenvolver do adotado, como sessões regulares com psicólogos e assistentes sociais, sempre com o objetivo de facilitar esta adaptação e evitar prejuízos quanto ao desenvolvimento do adotado.

O curioso é que a mesma preocupação não acompanha os processos dos adotados por heterossexuais, talvez no entendimento errôneo que estes sentirão menos dificuldade na sua adaptação ao núcleo familiar, um suposto “lar saudável”. Será esta decisão fundamentada na moral do julgador ou fruto do seu próprio inconsciente?

Hoje, a união de homossexuais, outrora inadmissível e impensável, já é comumente observada em nosso cotidiano, comprovando que essa visão conservadora vem sofrendo um abrandamento. São muitos os argumentos dos defensores, como também os que são contra essa espécie de adoção.

Aqueles favoráveis se baseiam nos resultados de algumas pesquisas e principalmente na lei, que confere igualdade para todos (independentemente de sua opção sexual) e que, concomitantemente a isso, é omissa em relação à permissão ou proibição expressa sobre este tipo de adoção, pressupondo inicialmente uma permissão, visto que o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso II, diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

Em contrapartida, aqueles contrários à adoção por indivíduos homossexuais ou casais do mesmo sexo se pautam no ponto de vista moral, e que tal fato poderia afetar o desenvolvimento psicológico e mesmo sociológico do menor, quanto a sua adaptação no meio social, com maior preocupação no possível preconceito que o mesmo poderá sofrer em virtude da opção sexual dos pais.

Sendo assim, são diversos os grupos que procuram defender os interesses e tutelar os direitos dos homossexuais: uns se amparam na doutrina da primazia do direito de escolha individual e da liberdade sexual, assegurando de igual forma para todos os cidadãos os direitos constitucionais à intimidade e à privacidade, e outros defendem a concessão de direitos e obrigações iguais aos exigidos de qualquer indivíduo heterossexual, sem discriminação ou categorização pela orientação sexual.

No entanto, além dessa análise acerca da aptidão ou não dos casais homossexuais, como também se eles teriam ou não condições de criar essas crianças segundo os princípios da moral e dos bons costumes, há de se verificar o outro lado da questão: e quanto aos adotados? O que seria melhor para eles? Permanecer nas ruas ou em um orfanato, ou ser adotado por homossexuais? De acordo com o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotado e fundar-se em motivos legítimos. Estudos têm

indicado que quando os homossexuais decidem adotar uma criança, por serem já alvo de preconceitos na nossa sociedade, tendem os mesmos ser menos criteriosos quanto à escolha das características físicas da criança ou do adolescente aceitável para adoção, preferindo aquela onde se desenvolve “uma relação de afeto”, fugindo assim do pedido padrão “recém-nascidos, de pele branca ou clara, e olhos azuis” da maioria dos casais na fila da adoção. Os homossexuais tendem a aceitar crianças e adolescentes que já estavam descartados como “aptos” para adoção, por terem já certa idade, ou por serem de uma cor de pele não muito atrativa aos olhos dos futuros e possíveis pais, além de outros motivos não informados para se evitar constrangimentos. Esta tendência seria uma iniciativa positiva ao problema grave de crianças e adolescentes abandonadas nas ruas e orfanatos, dando esperanças às mesmas de “ganharem” uma família.

As questões acima serão analisadas inicialmente por um estudo da evolução histórica do núcleo familiar, verificando os benefícios no desenvolvimento psicológico e social dos indivíduos a serem adotados por homossexuais, além de identificar os mitos quanto ao seu crescimento em um ambiente diferente daquele considerado socialmente convencional. Identificar-se-á a legislação pertinente ao tema, além de uma análise de exemplos estrangeiros. Finalmente, o presente trabalho tentará demonstrar, não exaustivamente, que a adoção por uma dupla homossexual só apresenta benefícios e soluções ao problema social das crianças abandonadas nas ruas e orfanatos, tendência esta timidamente concretizada em alguns tribunais brasileiros.

Nesta breve introdução sobre o estudo em pauta, percebe-se que tal questão é complexa e longe de um consenso. Por outro lado, este trabalho tem como objetivo principal esclarecer os pontos confusos acerca do tema, de modo a esclarecê-los, facilitando, assim, a obtenção de um posicionamento consciente e fundamentado.

2. ASPECTOS GERAIS ACERCA DAS ENTIDADES FAMILIARES E DA ADOÇÃO

Os vínculos afetivos são uma necessidade da espécie humana. Apesar de ser um fato natural o homem e a mulher se relacionarem e constituírem um laço biológico entre si, a família é um fato cultural, anterior ao Estado de direito e superior ao direito, regulamentada por regras e modelos de comportamento, onde cada membro se ocupa de uma função – pai, mãe, filho(a) – mas, não necessariamente vinculados biologicamente.

Porém, a conceituação da família está em constante mutação, levando a quebra de paradigmas nos moldes culturalmente aceitos, outrora com as relações extramatrimoniais, hoje em dia privilegiando as uniões de afeto, e num futuro próximo com qualquer nova inovação. Conseqüentemente há grandes diversificações no significado da filiação, onde se encontra a filiação socioafetiva – também conhecida como “posse de estado de filho”¹, atendendo o melhor interesse do menor ao aceitar formalmente como pai quem este considera e o trata como filho. Esta se baseia na confiança que é possível fundamentar uma afiliação com laços de afeto, criando um parentesco psicológico entre o(s) adotante(s) e o adotado, por meio dos seguintes comportamentos:

(a) *tractatus* – quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; (b) *nominatio* – usa o nome da família e assim se apresenta; e (c) *reputatio* – é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais.²

O instituto da adoção surge assim, no direito romano, como uma opção para pessoas sem filhos perpetuarem o culto familiar. A sua principal característica era a imitação da natureza, onde um estranho era inserido no seio familiar na condição de filho para atender os interesses do adotante, conforme conceito de Beviláqua.³ O mesmo manteve esta característica até o ano de 1957, quando o legislador brasileiro mudou o foco para uma finalidade assistencial em prol do adotado, buscando o seu melhor interesse material e moral na facilitação do processo de adoção.

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 296.

² Ibid. p. 306.

³ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família: volume 6**. – 28. ed. rev. e atual. Por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo : Saraiva, 2004. p. 340.

A segunda inovação ocorreu com a implementação da legitimação adotiva, pela Lei n. 4.655, de 1965, estabelecendo um vínculo de parentesco civil entre adotante e adotado de primeiro grau e em linha reta, imitando o parentesco consangüíneo. Seguindo a mesma orientação e mantendo as mesmas características, em 1979, o Código de Menores modificou a legitimação adotiva pela adoção plena, apagando assim qualquer resquício do passado biológico na documentação do adotado, além da destituição do pátrio poder original (com a única exceção dos impedimentos matrimoniais), passando este a ser tratado aos olhos da lei como filho de sangue. Os efeitos se estendiam aos parentes do adotante, inclusive para efeitos sucessórios. Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), todas as adoções de menores de 18 anos passaram a ser adoções plenas.

Assim, verificam-se quatro elementos nos laços familiares entre um adulto e uma criança, concomitantes ou não, quais sejam: (i) o laço biológico pela herança genética; (ii) o parentesco que integra dois membros a um mesmo grupamento genealógico; (iii) a filiação formal, conforme determina as leis da sociedade na quais os membros pertençam; e (iv) o exercício da parentalidade, com os cuidados diários que qualquer pai deve ter com sua prole, como alimentação, educação, saúde, vestuário, entre outros. Os itens elencados são vistos em qualquer formulação de entidade familiar, pois são questões básicas para sua composição social.

Portanto, ainda no redemoinho das transformações, as famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo são um segundo exemplo de mutação, aspectos de uma realidade que, ao longo dos tempos, têm sofrido um repúdio social e religioso das camadas mais conservadoras da sociedade, ou pior, são condenados à invisibilidade pelo legislador. A homossexualidade não pode ser mais considerada como um crime, um pecado, uma doença contagiosa, ou um vício, apesar desta não ser a opinião de sociedades mais retrógradas ou com uma forte influência religiosa, como são os de origem muçulmana. Como destaca a desembargadora Maria Berenice Dias,

É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal. Mas tanto a orientação homossexual não é uma doença que, na Classificação Internacional das Doenças – CID, está inserida no capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. O termo ‘homossexualismo’ foi substituído por homossexualidade, pois o sufixo ‘ismo’ significa doença, enquanto o sufixo ‘dade’ que dizer modo de ser.⁴

⁴ DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 174.

As oposições a essa constituição de família, se devem preponderantemente à grande influência religiosa na sociedade em questão. O poder exercido pela Igreja Católica como entidade religiosa por meio do direito canônico, e sua supervalorização do matrimônio - considerado único legitimador da família propriamente dita - se verificam claramente na passagem da Bíblia, no relato de Noé que, ao receber a ordem divina de refugiar-se na Arca com sua mulher, filhos e noras, devia levar consigo dois animais de cada espécie, um macho e uma fêmea. É uma visão retrograda, discriminatória, excludente e machista, pois a família não só se constitui para fins de procriação, senão para compor um suporte emocional e afetivo com os outros membros.

Adicionalmente, a homossexualidade é tão antiga

quanto a própria humanidade e está presente em todas as fases históricas, culturais, classes e ramos da atividade humana - desde aqueles mais 'masculinos' (como nos exércitos) até os mais repressivos (como a Igreja Católica)... Ela é uma das muitas variantes sexuais e não um fato isolado, evidenciando, antes de tudo, a universalidade de uma prática humana, fundamentalmente, bissexual. Ou seja, em uma visão histórica abrangente, a prática homossexual confirma-se como uma oscilação reiterada entre o fascínio e a repulsa, a prática casacratória e a condenação.⁵

As transformações da sociedade se evidenciam na evolução do tratamento dado aos homossexuais: na antiguidade, estes sofriam com os constantes períodos de perseguição em massa durante a Inquisição Medieval e mais adiante durante o regime nazista; hoje em dia, procuram o reconhecimento inevitável das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Com a homofobia em constante diminuição, devido às informações massivamente veiculadas que a homossexualidade é um desvio psíquico e não uma escolha pessoal (quem, em sã consciência, escolheria de bom grado, participar de uma minoria discriminada?), os homossexuais estão cada vez mais se organizando em grupos de apoio à defesa de seus direitos de cidadãos, sem distinção com os heterossexuais. Tal movimento foi conhecido nos Estados Unidos como "saindo do armário", uma resposta cada vez mais politizada à represália da polícia norte-americana no dia 28 de Junho de 1969, que motivou a defesa imediata dos homossexuais e transexuais de Greenwich Village, em Nova York. Foi esta data a inspiração do Dia do Orgulho Gay, celebrado atualmente em todos os países democráticos, como o dia da conscientização contra a diversidade sexual.⁶

⁵ TREVISAN, João Silvério. *apud* SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de adoção por casais homossexuais.** - 3ª Ed. - Curitiba: Juruá, 2007. p. 58 e 59.

⁶ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de adoção por casais homossexuais.** - 3ª Ed. - Curitiba: Juruá, 2007. p. 58 e 59.

Como coloca Gisela Hironaka, “mudam os costumes, os homens e a história, só não muda a atávica necessidade de cada um de saber que, em algum lugar, se encontra o seu porto e seu refúgio, vale dizer o seio de sua família.”⁷ Neste sentido, alguns doutrinadores já haviam declarado seu posicionamento favorável ao companheirismo como entidade familiar, pois as uniões constituídas fora do casamento, à sua imagem e semelhança, que apresentam a moralidade e estabilidade necessárias ao cumprimento do papel social, merecem o mesmo tratamento jurídico protetor.

Portanto, a “família” não é mais só composta de indivíduos que compartilhem o mesmo lar, o mesmo orçamento domiciliar, mas, segundo Orlando Gomes,

Em acepção lata, compreende todas as pessoas descendentes de ancestral comum, unidas pelos laços do parentesco, às quais se juntam os afins. Neste sentido, abrange, além dos cônjuges e da prole, os parentes colaterais até certo grau, como tio, sobrinho, primo e os parentes por afinidade, sogro, genro, nora, cunhado.⁸

Porém o conceito mais aberto encontrado para definir uma família, que não exige a diversidade de sexo, é o utilizado em pesquisas de campo pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, demonstrando que a família pode ser constituída sem preconceito por qualquer membro da sociedade civil. Assim, a família é considerada como um

Conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência, residentes na mesma unidade domiciliar, ou pessoa que mora só em uma unidade domiciliar. Entende-se por dependência doméstica a relação estabelecida entre a pessoa de referência e os empregados domésticos e os agregados da família, e por normas de convivência as regras estabelecidas para o convívio de pessoas que moram juntas, sem estar ligadas por laços de parentesco ou dependência doméstica. Consideram-se como famílias conviventes as constituídas de, no mínimo, duas pessoas cada uma, que residam na mesma unidade domiciliar.⁹

Destarte, verificam-se uma diversidade de concepções da família, sendo possível retirar inúmeras definições, porém as limitações destas últimas se tornam gritantes quando fingem a inexistência de situações alternativas da conceituação tradicional, como é o caso das uniões de

⁷ HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Direito Civil: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 21, *apud* DIAS, Maria Berenice. **Paternidade homoparental**. Porto Alegre, 2003. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=399&isPopUp=true>. Acesso em: 6 set. 2007.

⁸ GOMES, Orlando. *apud* OLIVEIRA, Adriane Stoll de. **União homossexual, família e a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana**. Vitória, 31 jul. 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/2085>. Acesso em: 6 set. 2007.

⁹ GRIGOLETO, Juliane Mayer. Aspectos conjunturais da adoção de crianças por homossexuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 624, 24 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6502>>. Acesso em: 20 set. 2007.

peçoas do mesmo sexo e de seus filhos, tornando uma necessidade urgente uma nova concepção, adequada a realidade moderna do elo psíquico e emocional estruturante entre seus membros.

2.1 O psicológico da criança e do adolescente na família e na sociedade quando adotada por homossexuais

Com novas concepções de famílias, o instituto da adoção se torna um meio eficaz para a constituição de uma família, além de beneficiar o próprio interesse do Estado na inserção de menores em estado de abandono em ambientes familiares, onde encontrarão segurança e proteção. Porém é de grande relevância a reavaliação dos “pré-conceitos” da entidade familiar, sem julgamentos anteriores ao caso em estudo, e destituído dos aspectos religiosos que possam comprometer uma decisão justa do avaliador.

Para atenderem aos requisitos, os pais adotivos devem ser capazes de dar atenção diária às necessidades físicas e afetivas do adotado, para que este se sinta valorizado e pertencente a um grupamento familiar. Este requisito de estabilidade da família adotante é o principal critério do ECA para a conclusão da adoção, de maneira a evitar que o menor, já tendo sofrido com o abandono, a falta de carinho ou de sua individualização em instituições, não se sinta desamparado uma segunda vez.

Ao sintetizar o que se espera de uma família, as seguintes funções parecem universais: (i) certificar a continuação da espécie por meio da continuação do sobrenome; (ii) garantir o bem estar físico e psíquico dos membros do grupamento familiar, por meio da obtenção de recursos materiais necessários para atingir coletivamente a segurança afetiva e emocional; (iii) desenvolver a identidade pessoal, sexual e social da criança, conforme os bons costumes; e (iv) perpetuar a cultura no ambiente familiar, com seus ritos e tradições, formando assim um futuro cidadão. Verifica-se que a função procriadora é apenas uma, não sendo necessariamente a principal, mas se retirada, não diminui em nada o conceito de uma família. Questiona-se, portanto, o argumento contrário à colocação de uma criança em um lar homossexual, pela possibilidade da vida afetiva de seus pais ou mães repercuta negativamente na sexualidade do menor, além de lhe acrescentar prejuízos psicológicos. Primeiramente, se isto fosse verdade,

famílias heterossexuais não teriam filhos homossexuais, pois a heterossexualidade seria uma regra.

Essa evolução na mentalidade social tem como base o desenvolvimento da Medicina e da Psicanálise, onde o termo homossexualismo foi retirado da lista da Associação Americana de Psiquiatria, em 1973, dos distúrbios mentais e emocionais, e a Associação de Psicologia Americana aprovou esta resolução dois anos depois. Seguindo os passos dos colegas americanos, a Associação Brasileira de Psiquiatria determinou, em 1984, que a homossexualidade não é fator para problemas sociais ou vocacionais, nem os atrelados ao raciocínio, estabilidade e confiabilidade. Em 1985, foi a vez do Conselho Federal de Medicina descaracterizá-lo como um desvio sexual. No mesmo ano, o Código Internacional de Doenças foi revisto e inseriu o homossexualismo no capítulo “Dos Sintomas Decorrentes das Circunstâncias Psicossociais”. Em 1995, em outra revisão, o mesmo deixou de ser considerado uma doença, sendo intitulado “Transtornos da Preferência Sexual”, retirando o sufixo “ismo” – que significa “doença”, e substituindo-o pelo “dade”, que denota o “modo de ser”.¹⁰ Ainda no sentido de instruir melhor a sociedade, o Conselho Federal de Psicologia, com a Resolução nº. 01 de 23 de Março de 1999, “considerando que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão”¹¹, determinou que os profissionais graduados não poderão em qualquer hipótese manifestar publicamente que a homossexualidade é uma doença, ou que prometam alguma cura de qualquer sorte (parágrafo único do artigo 3º da Resolução). Adicionalmente, o artigo 2º determina que “os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.”¹² O Código de Ética Profissional do Psicólogo já indicava esta orientação, em 15 de Agosto de 1987, no artigo 2º da Resolução nº. 02. Qualquer entendimento diverso do determinado tem como origem convicções pessoais discriminatórias. O que a sociedade espera de um Psicólogo foi muito bem colocado por Ana Mercês Bahia Bock, Conselheira Presidente do Conselho Federal de Psicologia, em 1999, quando discursou que,

O papel do psicólogo é ajudar a sociedade a compreender o processo de construção da identidade das pessoas. A profissão tem de ajudar as pessoas a viver melhor. Temos de quebrar, de vez, a historia de contribuir com

¹⁰ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. Cit. p. 63.

¹¹ BRASIL, **Resolução n.º 01 de 23 de Março de 1999**. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Disponível em: <<http://www.armariox.com.br/conteudos/leis/crp.php>>. Acesso em: 6 set. 2007.

¹² Loc. cit.

discriminações, o que, infelizmente. Aconteceu por muitos anos. (...) Se o psicólogo afirmar, no exercício da profissão ou em um meio de comunicação em massa, que a homossexualidade é doença, ou fizer qualquer outra afirmação que contribua com a discriminação e o preconceito, poderá ser processado e ter o seu exercício profissional suspenso. Pode, também, ser advertido publicamente. (...) É uma falha profissional considerar a homossexualidade como doença. (...) O cidadão comum está submetido ao senso comum, que vigora como moral dominante. O psicólogo, não. É um cientista. Tem uma ciência como instrumento de trabalho. E essa ciência pesquisa e está submetida a regras consensuais, no mundo científico.¹³

Além dessa campanha contra a discriminação, no Brasil, nasceram duas novas concepções: o “homoerotismo”, do psicanalista Jurandir Freire Costa, e a “homoafetividade”, da visionária desembargadora Maria Berenice Dias, privilegiando o afeto nas relações entre pessoas do mesmo sexo que, como indicado anteriormente, não é uma escolha nem um sentimento passageiro ou curável. Por isso entende-se como direito fundamental do ser humano a livre manifestação de sua sexualidade, independente desta ser heterossexual ou homossexual, não podendo ser fruto de discriminação ou obstáculo para uma decisão justa em qualquer pleito a qual um indivíduo se submeta. A violação desse direito de liberdade será devidamente punida de acordo com o disposto pela Anistia Internacional desde 1991. O homossexual é assim naturalmente, como o heterossexual o é, como são os daltônicos, os canhotos e os destros. O livre arbítrio não faz parte dessa receita. Nas pesquisas encabeçadas por psicólogos, já se constatou que se desenvolve nas crianças a partir de 4 ou 5 anos de idade que, desde pequenas, possuem a sensação de serem diferentes. É nessa idade que as crianças começam a se identificar com o pai do mesmo sexo, um processo de tipificação sexual de papel de gênero. Porém, tal processo não tem como fator a reprodução da orientação sexual dos progenitores, pois,

Contextualizando-se os estudos de Freud, com os avanços científicos na compreensão da teia interativa familiar e da sexualidade, entende-se que o sucesso ou o fracasso na resolução do Complexo de Édipo determinam, bem mais do que a estruturação do direcionamento dos desejos, a maneira de o ser humano enfrentar os desafios na vida e de empreender as suas conquistas. Outrossim, o equacionamento de tal complexo demanda os referenciais – paterno e materno – no seu aspecto comportamental e não, necessariamente biológico – um homem, pai e uma mulher, mãe. Caso contrário, a prole de famílias monoparentais – heterossexuais, inclusive – estaria comprometida, do ponto de vista da estruturação psíquica.¹⁴

¹³ BOCK, Ana. *Apud* SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. Cit. p. 109.

¹⁴ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. Cit. p. 113.

Portanto, a imitação do pai pela criança e sua dinâmica não se desenvolve tendo como base as diferenças físico-biológicas de duas referências parentais, mas sim por meio da linguagem dos comportamentos definidos como masculinos e os definidos como femininos pela sociedade, desempenhados por cada progenitor. O papel de “mãe” tem como características a doação do afeto e da proteção, enquanto que o papel do “pai” é de instituir ordem e o “não”, e como se verifica nos lares atuais, tanto o homem quanto a mulher podem exercer qualquer um dos dois papéis, dependendo somente da personalidade individual de cada um. Se não fosse assim, uma família monoparental – seja esta homossexual ou heterossexual –, já constitucionalmente protegida pela legislação brasileira, não poderia ser constituída conforme indica o ECA, nem poderia ser deferida a adoção ou guarda de menores a qualquer progenitor solteiro que atendesse aos requisitos. A família que sofre um divórcio também seria colocada em risco, pois nessa a criança só teria um gênero de referência em seu dia a dia. É óbvio que a ausência de um dos gêneros será sentida pela criança ou adolescente quando adotada por um casal homossexual, mas é o mesmo sentimento que surge nas famílias heterossexuais em situações de separação, morte ou afastamento. Em qualquer um dos casos, essa “falta” será suprida por uma outra figura do convívio familiar, como tios, primos, outros parentes, amigos ou professores.

Assim, de maneira geral, todos têm a capacidade de desempenhar os papéis da maternidade e da paternidade, pois cada indivíduo tem características femininas e masculinas em sua personalidade, além de ser uma construção cultural.¹⁵ E desde que estes papéis sejam predefinidos pelo casal homossexual de forma clara e concisa, não se pode falar de prejuízos à personalidade do menor adotado, pois ambas as referências comportamentais estarão presentes.

Quando há uma avaliação psicanalista do caso concreto, o que se entende como mais importante para o sucesso na relação entre mãe e filho e sua conseqüente separação psíquica é a presença de um “terceiro” na relação, também conhecida como uma das características da “função paterna”. Nos casais de pessoas do mesmo sexo, esta função poderá ser exercida pelo companheiro/a do pai/mãe, pois ele é o “objeto de desejo” da mãe/pai, mostrando ao filho/a que existe uma concorrência pelo carinho da mãe/pai. Com essa alternância, a relação inicial de mãe e filho, onde antes a mãe era considerada todo o universo do filho, e este o único centro de atenção, se transforma para uma relação menos egocêntrica do filho, onde ele finalmente entende que

¹⁵ KEHL, Maria Rita. *apud* PINTO, Flavia Ferreira. **Adoção por homossexuais**. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2669>>. Acesso em: 20 set. 2007.

outras pessoas fazem parte do convívio social e psíquico da mãe. O que os pesquisadores indicam que nesse aspecto, não importa para o filho o sexo da pessoa de desejo da mãe, mas tão somente a descoberta do “terceiro”. O pensamento que essa função paterna deveria ser desenvolvida por um homem é fruto da sociedade patriarcal. Esse fenômeno é verificado em famílias heterossexuais logo após a mulher dar a luz ao filho, deixando em um primeiro momento de lado o pai da criança, só tendo como enfoque as necessidades do recém-nascido, levando muitos pais atualmente a depressões. Após este período de adaptação, a mãe começa a reparar além dessa fronteira da maternidade e volta a enxergar o companheiro. Conseguindo este acontecimento natural, a família homossexual é tão capaz de adotar e educar crianças e adolescentes, quanto às heterossexuais.¹⁶

Dessa forma, este tipo de família ganhou incentivos em 2002, quando três grandes entidades dos Estados Unidos recomendaram como positiva a adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais. A Associação Americana de Psiquiatria, em comunicado oficial, apóia programas que incentivam esse tipo de adoção e guarda pelos “Pink Parents” (na tradução “pais cor de rosa”, sendo o termo como ficaram conhecidos os pais gays nos Estados Unidos). Juntaram-se a anterior, a Associação Americana de Médicos de Família e a Academia Americana de Pediatras, esta última sendo uma entidade que oferece todo tipo de orientação quanto à educação de crianças e adolescentes e que possui enorme prestígio, representando mais de cinquenta e cinco mil pediatras em todo o país. Este parecer favorável baseia-se nos dados conclusivos de pesquisas efetuadas nos últimos trinta anos nos Estados Unidos, que demonstra que os filhos adotados por pais homossexuais são tão ajustados psicologicamente e socialmente quanto aqueles adotados por indivíduos heterossexuais. Eles indicam que a criança que nasce ou é adotada por um casal homossexual merece a segurança da filiação ser reconhecida com ambos os pais.¹⁷

Esse apoio consegue dar uma conotação mais científica à questão, pois as pesquisas efetuadas por estas entidades desde os anos 70 no Estado da Califórnia, onde a concentração de hippies, pessoas que vivem em um casamento aberto e gays sempre foi muito grande, principalmente na cidade de São Francisco que possui como reduto um de seus bairros

¹⁶ ZAMBRANO, Elizabeth. **Parentalidade “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais.** Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 set. 2007.

¹⁷ GOODE, Erica. Adopção e Parentalidade Homossexual. **Público Online**, Portugal, 04 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.ex-aequo.web.pt/forum/index.php?topic=10618.15>>. Acesso em: 20 set. 2007.

tradicionais, comprovam que os filhos criados nesse ambiente são tão ajustados socialmente como qualquer outra criança ou adolescente com origem em uma família heterossexual, não apresentando qualquer efeito negativo no desenvolvimento moral ou emocional, além de serem mais flexíveis e tolerantes às diferenças que compõe a sociedade humana, conseqüentemente melhor preparados para a vida adulta e o preconceito, decorrente de medo ou desinformação. Nessas mesmas pesquisas também foi comprovado que, com a falta de medo dos filhos de casais homossexuais assumirem a realidade de sua família em seu meio social, os colegas de sala, professores, amigos, médicos, ou seja, as pessoas que fazem parte do cotidiano dessas crianças aceitam a família homossexual com mais naturalidade ou se acostumam com o fator. Este contato social demonstra as inúmeras facetas da constituição de uma família, fazendo com que os próximos à criança lidem com esta situação diferente desde cedo. Professores procuram educar as crianças e seus pais desde o primeiro contato para evitar o preconceito discriminatório futuro, na tentativa de criar cidadãos preparados para conviver com as diferenças. Concluiu-se que essa pressuposta estigmatização da criança em seu meio escolar pode ser contornada com informação. Adicionalmente, o pleito atual é tentar garantir o direito dessas crianças e adolescentes, nascidas ou adotadas por casais homossexuais, de serem reconhecidas legalmente por ambos os pais, com todos os direitos sucessórios, de pensão alimentícia e de seguro de saúde.¹⁸

No Brasil, uma pesquisa feita em Recife pelo Juizado da Infância e Juventude sobre a adoção por casais homossexuais, com 1.058 entrevistados, entre juízes, promotores, advogados, professores de universidades, donas-de-casa, entre outras profissões, demonstraram que 52,4% entendiam que uma adoção poderia ser indeferida pela orientação sexual do requisitante. Porém, no grupo entrevistado de psicólogos e assistentes sociais, 70% são a favor da adoção por homossexual solteiro; no grupo de professores universitários, a porcentagem cai para 50,7% e para 45,6% entre outros profissionais. O impressionante dessa pesquisa é a baixa porcentagem de aceitação entre os profissionais de direito: entre os advogados foi de 43,5%; com os juízes é de 37,7%; e com os promotores cai para 28,3%, demonstrando que, apesar dos mesmos serem doutrinados na faculdade de direito para serem melhores cidadãos e combater injustiças na sociedade, o princípio de imparcialidade ainda precisa de muita lapidação em uma camada da

¹⁸ CHIARNI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Da Adoção por homossexuais**. Minas Gerais, 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4302>>. Acesso em: 6 set. 2007.

comunidade intelectual que já foi considerada a frente de seu tempo em outras questões polêmicas. Por último, na lanterninha, ficam as donas-de-casa, com 26% de aceitação.¹⁹

Assim, discursos sem fundamentação científica, representando a “voz da maioria”, de “Deus” ou da “lei moral natural” só servem para aumentar o preconceito e o homofobismo, e um exemplo disso são os comentários feitos pelos membros da Cúpula Católica aos projetos de leis que reconhecem a união entre pessoas do mesmo sexo. Tal documento indica que a homossexualidade é

um fenômeno moral e social preocupante (...). A inclinação homossexual é (...) objetivamente desordenada (...). Não se pode concluir que todos os que sofrem de semelhante anomalia seja, pessoalmente, responsáveis por ela (...). Onde o Estado assume uma política de tolerância de fato, sem implicar a existência de uma lei que, explicitamente, conceda um reconhecimento legal de tais formas de vida, há que discernir bem os diversos aspectos do problema (...). São úteis, portanto, intervenções discretas e prudentes, cujo conteúdo poderia ser, por exemplo, o seguinte: desmascarar o uso instrumental ou ideológico que se possa fazer de dita tolerância; afirmar, com clareza, o caráter imoral desse tipo de união; advertir o Estado para conter o fenômeno (...). As legislações que favorecem as uniões homossexuais são contrárias à recta razão (...). Estas não estão em condição de garantir, de modo adequado, a procriação e a sobrevivência da espécie humana. A eventual utilização dos meios postos à sua disposição, pelas recentes descobertas no campo da fecundação artificial, além de comportar graves faltas de respeito à dignidade humana, não alteraria, minimamente, essa inadequação. Como a experiência confirma, a falta de bipolaridade sexual cria obstáculos ao desenvolvimento normal de crianças, eventualmente inseridas no interior dessas uniões. Falta-lhes, de fato, a experiência da maternidade ou paternidade.²⁰

Como se verifica, beira ao ridículo quando uma instituição religiosa tenta exigir de um governo democrático, fora de seu campo da fé, atitudes tão medievais que colocam em xeque o alvo principal da atual República brasileira, uma sociedade livre, justa e solidária, sem discriminação de qualquer natureza, como visto no artigo 3º, incisos III e IV da Constituição Federal do Brasil (CF). Apesar dessas camadas considerarem a homossexualidade um surto e um casamento gay contra a moral e os bons costumes, por não possuir as referências masculinas e femininas, a ética social vive em constante mutação, podendo se transformar com muito diálogo e paciência. É um longo caminho que necessita ser trilhado, pois não é só a Igreja Católica que é conservadora quando se trata da moral sexual, mas os judeus, os muçulmanos e os evangélicos possuem também esta barreira ideológica que entende como pressuposto de aliança afetiva entre um casal a possibilidade de procriação.

¹⁹ FIGUERÊDO, Luiz Carlos de Barros. *apud* SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. Cit. p. 122.

²⁰ RATZINGER e AMATO. *apud*. SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. Cit. p. 118.

Ainda assim no meio escolar, se alguma criança apresentar um comportamento diferente do esperado, os pais são alertados pelos professores. Nessas horas, um resultado positivo da análise psicológica do filho depende muito do envolvimento dos pais, e de sua aceitação de uma possível orientação diversa da heterossexual. A não aceitação do filho pode gerar mais traumas insuperáveis no seu desenvolvimento emocional. Por isso é errônea a idéia que heterossexualidade dos pais seja já uma garantia mínima de um bom desenvolvimento da criança, e por outro lado, a homossexualidade seja sinônimo de um desenvolvimento perverso. É fácil encontrar uma pessoa heterossexual criando filhos sem a capacidade para tal função (características como crianças desnutridas, desregradas, sem vínculos afetivos com os progenitores ou suporte emocional), ou mesmo alguns heterossexuais com um desvio de conduta inaceitável frente aos seus filhos, como espancamento e abuso sexual de menores e adolescentes. O único laço que eles têm em comum com a criança é o laço consangüíneo. Esse quadro tenta ser evitado no parentesco civil, por meio de uma criteriosa avaliação dos profissionais envolvidos no processo de adoção. Entende-se que se o adotante homossexual cumpre seus deveres com a sociedade e possui virtudes inquestionáveis, o mesmo é elegível para entrar na fila de espera por uma adoção. Em razão disso, o argumento da falta de referências comportamentais de ambos os sexos, causando assim seqüelas psicológicas irreversíveis, já caiu por terra por meio dos estudos realizados. Segundo Maria Berenice Dias,

Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da **felicidade**, a supremacia do **amor**, a vitória da **solidariedade** ensinam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador. (grifos do autor) ²¹

Assim, apesar da relevância da criança e do adolescente ter um ambiente familiar estruturado, uma boa educação escolar, uma alimentação saudável, abrigo, vestuário e um suporte assistencial médico satisfatório para atender qualquer problema de saúde atual ou futuro, esses aspectos não são mais suficientes para caracterizar uma completa estrutura para o adotado, faltando ainda requisitos de grande importância, no que se refere ao entendimento dos desejos do adotado, os laços de afetos presentes e futuros entre o adotado e o adotante (ou a possibilidade de criá-los), a saúde do adotante e a capacidade deste último de fortalecer a auto-estima e

²¹ DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 45.

autoconfiança do adotado, já tão carente de afeto. A competência do adotante em fornecer todas estas necessidades básicas adicionais independem de sua orientação sexual.

Conforme ainda declara Maria Berenice Dias,

Diante de tais resultados, não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores gera patologias. Não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao desenvolvimento moral ou à estabilidade emocional decorrentes do convívio com pais do mesmo sexo.²²

Acertar na escolha de pais aptos para a adoção dependerá de uma equipe multidisciplinar preparada para transpor barreiras do preconceito e de opiniões pessoais, entre pedagogos, psicólogos e assistentes sociais, e da competência e sensibilidade do magistrado e do promotor de justiça indicados para o caso, tendo sempre como primazia o interesse do bem estar social e material da criança ou adolescente. A escolha deve ser criteriosa em qualquer caso, sendo o requisitante homossexual ou heterossexual, evitando assim que a criança sofra uma segunda rejeição, quando o pai demonstra ser uma pessoa desclassificada. Somente um comportamento desajustado poderá ser motivo para indeferir a adoção. Se um casal homossexual, que convive em regime de união estável, onde predomina o respeito, a lealdade, a fidelidade, o respeito mútuo e a assistência recíproca, em um companheirismo duradouro, garantindo uma estabilidade familiar, não há como negar que os mesmos sejam elegíveis como uma família substituta. Além do anterior, o simples fato dos mesmos se submeterem a avaliação desses profissionais para iniciarem o processo longo e árduo de adoção já demonstra não só boa vontade, mas também boas intenções, item que deve ser tomado em conta. Conforme declara o Juiz de Direito Substituto Luis Felipe Brasil Santos, na ação que concedeu a guarda do filho à mãe homossexual,

o receio dos tribunais que as crianças possam ser sexualmente molestadas, confundidas na identidade sexual ou na escolha do objeto, ou sofram estigmatizações, surgiu de suposições sem uma base concreta. [...] Pelas medidas obtidas, nenhuma evidência é encontrada de dificuldade no desenvolvimento, perturbações de gênero sexual, ou desenvolvimento de homossexualidade na infância dessas crianças.²³

Cada uma dessas crianças merece fazer parte de uma família que a ame e sustente, e não é justo que os seus sonhos não possam ser realizados por medo e argumentos preconceituosos de outras pessoas alheias ao convívio familiar.

²² Idem. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 116.

²³ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *apud* CHIARNI JÚNIOR, Enéas Castilho. Op. cit.

2.2 O aspecto social da adoção: o melhor interesse da criança

A adoção é considerada atualmente como o melhor exemplo de uma nova estrutura familiar socioafetiva, pois a filiação construída por meio da mesma tem como base o amor entre seus membros, uma atitude de amor incondicional ao próximo, muito além da imposição consangüínea ou jurídica. Porém, na visão social, questiona-se qual seria o maior interesse da criança: permanecer nas ruas ou num orfanato, ou esta ser adotada por uma pessoa idônea, independente de sua orientação sexual. Infelizmente para algumas camadas da sociedade, este tema é ainda tabu em pleno século XXI, provocando o repúdio desses indivíduos como se fosse um pecado, um mal contagioso ou mesmo um vício. Mas, os casais homossexuais não podem ser ignorados como possíveis candidatos por causa do preconceito, rotulados com conotações pejorativas, pois a formação de uma família por meio da união de duas pessoas do mesmo sexo é uma opção constitucionalmente garantida que deve ser respeitada pelo Estado de Direito e ser inserido no campo do Direito de Família, e não condenada à invisibilidade.

Igualmente, o fim no qual o instituto da adoção tem servido evoluiu, de uma continuidade do culto doméstico durante a civilização romana, para um fim público do Estado Democrático, onde existe o interesse de recolocar crianças carentes de afeto ou mesmo abandonadas por suas famílias biológicas, em um novo ambiente familiar que lhes proporcione segurança e proteção. É inegável o caráter humanitário deste instituto. Porém, o número de pedidos de adoção diminuiu consideravelmente com a evolução da medicina nas técnicas de fertilização, deixando nos orfanatos até crianças com as características físicas mais desejadas pelos postulantes, sem contar aquelas que “ninguém quer” porque têm acima de 6 anos de idade, não são brancos ou sofrem de alguma doença. Estes últimos sendo homossexuais podem ou não se beneficiar dos avanços da medicina para terem filhos, principalmente as lésbicas, mas estatisticamente os homens homossexuais que vivem em união estável preferem adotar crianças – informalmente ou formalmente – com poucas possibilidades de serem escolhidas, demonstrando que a filiação social é mais importante que os laços biológicos.²⁴

²⁴ ZAMBRANO, Elizabeth. Op. cit.

Não obstante, a realidade brasileira dos orfanatos demonstra que nem os abrigos têm as condições estruturais e de profissionais capacitados ditadas pelo ECA, garantindo o bem estar social dos menores, pois a maioria tenta sobreviver com as poucas contribuições que recebem. Além disso, verifica-se a grande desproporção de crianças abandonadas em busca de um novo lar e pessoas que procuram um filho para amar e criar. Neste sentido, a limitação na quantidade dessas pessoas por terem uma orientação sexual diferente daquela socialmente aceitável não trabalha em prol do “melhor interesse da criança”, conceito importado do *Common Law*, previsto tanto na Constituição Federal Brasileira de 1988, como no ECA. Esta expressão, que em sua origem é *the best interest of the child*, nasceu nos primórdios da Inglaterra, de forma vinculada ao instituto do *parens patriae*, onde o governo é literalmente considerado o “pai do povo”. Assim, seria obrigação do Rei e da Coroa atuar como protetores dos interesses das pessoas incapazes – crianças, loucos e fracos. No século XIV, esta responsabilidade passou a ser exercida pelo Chanceler, e no século XVIII, a proteção da criança passou a ser dissociada da proteção dos loucos. Apesar de, inicialmente, a criança ser considerada um objeto, de propriedade do pai e da mãe – independente de suas conseqüências positivas ou negativas –, o instituto evoluiu em 1836 na forma de outorgar direitos aos menores de idade, verificado no momento de expedir procedimentos parecidos como o de busca e apreensão de menores, em prol dos interesses destes últimos. O mesmo instituto é também presente nos Estados Unidos, principalmente em julgamentos que envolvem a guarda de menores, sempre expedidos atendendo os seus melhores interesses. Neste aspecto, encontram-se duas doutrinas. A primeira é a doutrina do *Tender years*, nascida em 1813, onde se entende que a criança em tenra idade será mais bem cuidada pela mãe. Esta preferência maternal somente é negada quando a mesma demonstra não ter capacidade para cuidar do menor. A segunda doutrina *Tie Breaker*, do século XX, é aplicada atualmente em um grande número de estados norte-americanos. Ela consiste no julgamento imparcial do melhor interesse da criança, verificando no caso a caso todos os fatores, com base na igualdade dos direitos entre o homem e a mulher proclamada na Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos.²⁵ Atualmente, esta orientação do “interesse maior da criança” está diplomada na Convenção Internacional dos Direito da Criança, de 26 de janeiro de 1990, e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 99.710/90.

²⁵ PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade.** – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 106 e 107.

Assim, apesar de alguns entenderem que a adoção por homossexuais não representa uma situação ideal para o menor, esta deve ser visualizada como sendo uma opção menos prejudicial para este do que sua conservação em orfanatos. Neste aspecto, havendo pareceres psicológicos de apoio para efetuar a adoção, nesta deverá ser comprovada as vantagens reais para a criança, adicionalmente à sua fundamentação em motivos legítimos. Deste modo, o homossexual poderá ser eleito para adotar se este demonstrar ter capacidade material e afetiva para oferecer um lar feliz, onde prevalecem o amor e a cumplicidade, além de proporcionar saúde, educação e lazer ao menor. O seu desenvolvimento psíquico e físico será mais bem acompanhado, na convivência familiar, seja esta constituída por casais heterossexuais, pessoas solteiras, divorciados ou homossexuais. Como afirma Maria Berenice Dias,

em face da garantia à convivência familiar, há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças no seio da família natural. Porém, às vezes, melhor atende aos interesses do infante a destituição do poder familiar e sua entrega à adoção. O que deve prevalecer é o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral, e, infelizmente, tais valores nem sempre são preservados pela família. Daí a necessidade de intervenção do Estado, afastando crianças e adolescentes do contato com os genitores, colocando-as a salvo junto a famílias substitutas. O direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da família. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue.²⁶

Esta é a melhor solução em alguns casos onde o menor já tem suas possibilidades de ser adotado reduzidas, pois não tem as características físicas mais procuradas pelos postulantes, ou uma idade não mais atrativa. Desse modo, a inclusão dos homossexuais nas listas de adoção só traz benefícios, pois estes não procuram o menor por sua fisionomia, mas sim pela sua empatia, extraíndo-o muitas vezes da marginalidade e dando uma oportunidade para se tornar um cidadão digno. Na convivência familiar, este desenvolverá sua individualidade e autoconfiança, ao contrário do que aconteceria se este permanecesse em um orfanato, recebendo um tratamento coletivo e desproporcionado de afeto que conduz ao quadro psicótico conhecido como “hospitalismo”.²⁷

Igualmente, o risco dessa criança sofrer constrangimentos ou discriminação por fazer parte de uma família “diferente” é real, o preconceito existe por parte de colegas e vizinhos, porém este não pode ser um impedimento para presenteá-lo com uma família que ele tanto sonha.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 58.

²⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *apud* BARBOSA Junior, Jair. **A nova família - adoção por homossexuais**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/equipe/jairb/noticias-do-inesc/a-nova-familia-adocao-por-homossexuais/>>. Acesso em: 6 set. 2007.

Este assunto deverá fazer parte de debates constantes com a finalidade de educar a sociedade civil dessa nova instituição familiar, até com o objetivo de modificar a única representação do tipo de família considerado tradicional ensinado nas escolas. Além do mais, com o acompanhamento profissional de um psicólogo, a família proporcionará o amor e o apoio necessários para que o menor supere com naturalidade todas as dificuldades que enfrentará em sua vida, contribuindo para sua formação pessoal até transformar-se em um adulto mais seguro de si e melhor preparado. Nesse aspecto, as pesquisas publicadas mostraram que as crianças reagiram de forma natural quando enfrentadas pelo preconceito, porque desde cedo, seus pais falaram claramente de sua opção e o “problema” que representava para a sociedade. A partir daí, seus filhos passaram a não ter medo de assumir o fato, fazendo com que seus colegas e vizinhos se acostumassem com a situação.²⁸ Destarte, com a manutenção dos canais de comunicação abertos entre pais e filhos, escola e vizinhos, o sucesso do desenvolvimento familiar sem traumas é praticamente garantido. Conforme declara Enéas Castilho Chiarni Junior,

essa mesma preocupação não impediu a promulgação da Lei do Divórcio; além de que, num país onde a própria Constituição Federal impede a discriminação de qualquer natureza, não é aceitável que sejam tais atitudes permitidas pelo meio social, o qual deverá impedir qualquer tipo de escárnio para com estas crianças, assim como ocorre, por exemplo, com as crianças negras.²⁹

Se o legislador não diferencia o postulante por sua orientação sexual, não é função do juiz fazê-lo, por meio do subjetivismo e do preconceito pessoalmente enraizado, para justificar decisões que indeferem petições de casais homossexuais que requerem a adoção. Os preconceitos podem ser superados, como aconteceu com a separação, antes inaceitável, e com a impossibilidade de registrar filhos fora do casamento, todos ultrapassados atualmente. O comprometimento do jurista deverá ser somente com a proteção dos direitos fundamentais e constitucionalizados da dignidade da pessoa humana e da livre prática da cidadania.

O preconceito é essencialmente de adultos, ensinado às crianças. É comum relatos de pais que abandonam seus filhos por estes serem homossexuais, mas é raro, senão inexistente a rejeição do pai ou mãe pela criança por esta ter orientação sexual não diversa da convencional. O amor e a vontade de ter um pai ou mãe prevalecem sobre qualquer discriminação. Um exemplo demonstra o que se procura defender. O caso de um travesti e do filho por ela criado, publicado em 1999 no Correio Brasiliense, marcou um juiz de Anápolis. Este não queria registrar o menino

²⁸ Cf. nota 20.

²⁹ CHIARNI JÚNIOR, Enéas Castilho. Op. cit.

como filho do travesti, alegando ser uma imoralidade, apesar do garoto já ter completado 18 anos no momento do pedido. O argumento deste último venceu, pois ele respondeu que aquela pessoa era o pai dele, e que se o juiz não deixasse que fosse registrado, ele ficaria como indigente.³⁰ A história apresentada demonstra que há milhões de crianças que estão sendo criadas por pessoas homossexuais e travestis, além de muitas outras que vivem felizes no seio de famílias biparentais homossexuais. Estas famílias procuram incansavelmente o seu direito constitucional de serem reconhecidas, com todos os direitos e deveres inerentes a filiação e a maternidade/paternidade, apesar dos obstáculos impostos pela sociedade.

Ademais, as crianças abandonadas já sofrem preconceitos. Sem família, sem apoio, muitas delas vivem nas ruas e impõem medo nos motoristas, situação comum nas grandes capitais brasileiras. Apesar de algumas realmente serem perigosas, a maioria só precisa de um lar que lhes proporcione estabilidade emocional e material, segurança contra o mundo que deveriam de enfrentar somente na idade adulta, com a perspectiva de um futuro melhor. Negar esta possibilidade para o reconhecimento da filiação socioafetiva é uma punição cruel aos milhões de órfãos abandonados em instituições ou a própria sorte. Para eles não interessa se são dois pais ou duas mães, só interessa o amor e a proteção que receberão.

Verifica-se assim que o cidadão homossexual demonstra-se, segundo a medicina moderna, na maioria dos casos emocional e psicologicamente capaz de criar um filho, seja este natural ou decorrente de um procedimento formal de adoção de uma criança abandonada. Sendo assim, direitos e deveres de parentalidade devem ser concedidos de forma igual a estes cidadãos, e a legislação brasileira possui dispositivos que permitem esta análise em prol dos direitos dos homossexuais, como será prontamente verificado no capítulo seguinte.

³⁰ MAGNO, Ana Beatriz e POZZEMBOM, Wanderlei. Tudo sobre minha mãe: a vida dos travestis brasileiros que educam os filhos com sensibilidade maternal. **Correio Brasiliense**, Brasília, 18 de Jul. 1999. Disponível em <http://www.cecif.org.br/tt_homossexuais.htm>. Acesso em: 6 set. 2007.

3. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Quando novos relacionamentos humanos se apresentam, a lei e o direito, por meio de debates com a sociedade, necessitam evoluir, avançar com conceitos novos, atendendo assim a crescente demanda para sua regulamentação. Essas movimentações se repetiram com as árduas batalhas travadas para conseguir direitos iguais para todas as minorias, sejam estas das mulheres, dos índios, dos negros, e agora dos homossexuais que lutam em prol da liberdade de escolher seus parceiros e constituir uma família.

Assim, inúmeras inovações fizeram parte do ordenamento jurídico brasileiro até atingir o grau de desenvolvimento encontrado nos dias de hoje. No momento da promulgação do Código Civil de 1916, a adoção, tratada inicialmente nas Ordenações Portuguesas, sofreu modificações ao adaptar-se ao modelo do direito romano, sendo esta fruto da manifestação de vontade das partes, sem contudo eliminar todo e qualquer vínculo com a família biológica. Porém, apesar dos pais adotivos assumirem o pátrio poder e as obrigações a ele vinculadas, os filhos adotivos recebiam tratamento diferenciado daquele dado aos filhos naturais, principalmente nas questões sucessórias. Estas práticas discriminatórias somente foram eliminadas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que instituiu o princípio da igualdade entre os filhos.

O instituto, que tinha como objetivo social principal favorecer casais que não tinham filhos e/ou não podiam, foi ampliando seus critérios na escolha de pais aptos para adotar no sentido de atender o máximo de pessoas possíveis, tais como a diminuição da idade para adotar e a exclusão da pressuposição da carência de filhos naturais, estas trazidas pela lei nº 3.133/57.

Mas, com o advento da “legitimação adotiva” em 1965, os vínculos entre o adotante e o adotado se tornaram definitivos, quebrando assim qualquer laço ainda existente com a família biológica. Posteriormente com o Código de Menores (Lei nº 6.697/79), a substituta chamada “adoção plena” manteve estas mesmas características, além de manter o caráter assistencialista de menores em situação irregular. Atualmente, o ECA ab-rogou este último diploma, dando maior ênfase aos interesses da criança e do adolescente.

Seguindo as mesmas diretrizes, o Código Civil de 2002 entrou em vigor no lugar do editado em 1916, mas não revogou expressamente o ECA.

Após este breve histórico, cada diploma utilizado atualmente para reger a adoção será individualmente analisado.

3.1 A Constituição Federal de 1988

Durante muitos séculos, a família socialmente reconhecida só era aquela derivada do instituto do casamento. A promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) finalmente atribuiu proteção aos outros tipos de famílias que se proliferavam na sociedade, trazendo consigo uma evolução cultural tão esperada dos conceitos e denominações na doutrina do Direito de Família. Sua inspiração foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu ápice “liberdade, igualdade e fraternidade” (século XVIII), diploma reconhecido e proclamado pela Organização das Nações Unidas, em 1948³¹. O artigo 16º, inciso III³² e o artigo 25, inciso II³³ deste diploma são claras manifestações da estrutura familiar moderna. Assim, além do casamento, a união estável e a família monoparental estão constitucionalmente expressas na Lei Magna, apesar da realidade familiar brasileira ser bem mais diversificada.

Na teoria sustentada por Paulo Luiz Netto Lôbo³⁴, são consideradas entidades familiares todas as que consigam preencher os critérios de: (i) afetividade, base de sua fundamentação; (ii) estabilidade, na medida de excluir qualquer relacionamento furtivo e sem comprometimento; e (iii) ostensibilidade, onde se considera aquela que se apresente como unidade familiar publicamente. Estes possuem igualmente proteção constitucional, sem nenhum grau de hierarquia separando-as daquelas expressas na Carta Magna, ou seja, as famílias com membros homossexuais e seus descendentes também são tuteladas. Esta doutrina tem como fundamentação os princípios da dignidade da pessoa humana e da concretização constitucional. Assim sendo, são ainda entidades familiares:

³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Viena: Assembléia Geral, 1948. Disponível em: < <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/por.htm>>. Acesso em: 9 fev. 2008.

³² Artigo 16, inciso III da Declaração Universal dos Direitos Humanos determina: “*A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito à proteção da sociedade e do Estado.*”

³³ Artigo 25, inciso II da Declaração Universal dos Direitos Humanos determina: “*A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.*”

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 6 set. 2007.

- a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos;
- b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam o laços de afetividade;
- c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental);
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental);
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais;
- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;
- l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.³⁵

Apesar desta teoria ter fundamentação empírica e racional, a maioria dos civilistas ainda entende erroneamente que as entidades familiares só constituem aquelas explicitamente indicadas na Constituição Federal, em seu artigo 226, caracterizando o *numerus clausus*, ignorando veemente a realidade brasileira, por puro preconceito ou mesmo resistência às mudanças sociais. Além disso, estes se subdividem em duas correntes opostas. A primeira corrente garante a primazia do casamento como modelo ideal de entidade familiar, produzindo conseqüentemente tutela limitada aos outros dois modelos, tudo por causa de uma interpretação da determinação final do § 3º do artigo 226, referente à união estável indicando que a lei deverá facilitar sua conversão em casamento. Ao contrário do que se defende, este parágrafo não impõe pressupostos para caracterizar a união estável, nem a subordina à posterior conversão em casamento, mas trata-se de uma orientação ao legislador infraconstitucional para este retirar qualquer óbice caso os companheiros queiram se casar. Agora, se os companheiros continuarem a viver em união estável, eles ainda terão proteção constitucional completa. A segunda corrente acredita na igualdade entre os três modelos, sem hierarquia ou preferência legislativa, graças à liberdade de escolha nas relações afetivas que melhor se adaptem às suas necessidades psicossociais e da dignidade de seus membros, dogmas protegidos pela Constituição.

³⁵ Loc. cit.

Entretanto, o mesmo artigo 226 pode ser facilmente interpretado de maneira inclusiva de outras entidades familiares. O *caput* do artigo informa que a “família”, em conceito amplo, tem proteção especial do Estado. O constituinte não determina o tipo de família, ao contrário das outras constituições anteriores – como as de 1967 e 1969, que indicavam que deveria ser aquela constituída pelo casamento. Tutela-se qualquer família, não importando a forma na qual ela foi constituída ou seus membros pela simples razão que a cláusula de exclusão foi solenemente retirada. É o chamado Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares. Sendo assim, a simples referência em seus subseqüentes parágrafos de entidades familiares específicas não significa em momento nenhum que a cláusula de exclusão tenha sido reincluída. Se antes o propósito do *caput* do artigo 226 era conter as famílias consideradas inaceitáveis, hoje ele tutela qualquer entidade familiar, demonstrando que as entidades descritas nos seus parágrafos são meramente exemplificativas, por serem os mais corriqueiros, enquanto que as outras – como as constituídas por homossexuais com ou sem seus descendentes – estão implícitas no conceito do *caput*.

Para reforçar a teoria da cláusula de inclusão, verifica-se que o § 4º do mesmo artigo utiliza a terminologia “também”, dando o sentido de igualdade entre os outros tipos de entidades, sem contudo excluí-los. E para coroar esta doutrina inclusiva liderada por Lôbo, o § 8º do artigo supracitado, o artigo 227 e o artigo 230 indicam que a assistência estatal será compartilhada *erga omnes* com a família na individualidade de cada membro que a integre – e não à instituição em si, priorizando o seu interesse pessoal, além de assegurar proteção aos mais fracos, como é o caso do idoso e da criança.

Ainda no artigo 227 da CF/88, nasce a Doutrina da Proteção Integral, que entende a criança e o adolescente, sejam estes biológicos ou adotados, como sujeitos de direitos em formação, devendo o Estado, a sociedade e cada membro da própria família protegê-los sob qualquer circunstância – reforçada pelos termos “com absoluta prioridade” –, mesmo se ferirem direitos de pessoas adultas, garantindo o direito à convivência familiar, além de seu bem-estar e perfeito desenvolvimento psíquico, moral e físico³⁶. Neste âmbito, o princípio da solidariedade entre cada membro da família constituída, previsto no artigo 3º, inciso I da Constituição, fica mais onipresente no ordenamento jurídico brasileiro, repetindo-se na reciprocidade esperada entre pais e filhos (artigo 229) e com os idosos (artigo 230).

³⁶ SILVA, Ana Paula Rocha e; TAVARES, Maria Terezinha. **Adoção por homossexuais no Brasil**. Minas Gerais, [2006 ?]. Disponível em: <<http://www.horizontecientifico.propp.ufu.br/include/getdoc.php?id=275&article=93&mode=pdf>>. Acesso em: 6 set. 2007.

Assim, com base no princípio do melhor interesse do ser humano, não pode se discriminar algumas entidades em detrimento de outras se a própria Constituição não o faz, apesar da triste realidade onde a discriminação frequentemente fundamenta algumas decisões do Poder Judiciário ou serve de motivo para sua omissão expressa em projetos de lei – por pressão de grupos religiosos fundamentalistas.

Concordando-se, portanto, com a existência de uma pluralidade familiar, construída na base pelas relações sócio-afetivas, a própria Constituição Federal procura abranger seu manto protetor às minorias, por meio da interpretação de seus princípios fundamentais, conforme definido por José Afonso da Silva, “constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo”³⁷. Neste aspecto, encontram-se os princípios da dignidade humana (artigo 1º, III da CF/88) – o princípio mais universal, o da liberdade de escolha, co-relacionado com o da não discriminação (artigo 3º, IV da CF/88). O primeiro é intimamente relacionado aos direitos fundamentais do ser humano, que se negados, nega-se a própria integralidade moral do sujeito de direito e seus valores. O segundo e o terceiro, dentro do âmbito completo do artigo no qual este está inserido, determinando as finalidades fundamentais do Estado Democrático brasileiro, demonstra os meios para atingir a proteção integral da dignidade humana, por meio da construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I) e da promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV), incluindo-se também implicitamente a vedação de discriminação por orientação sexual. Estes indivíduos homossexuais nunca poderão ser rebaixados ou desprotegidos, categorizados como cidadãos de segundo escalão, sem ferir o princípio basilar da dignidade humana, da integridade físico-psíquica e da cidadania (Artigo 1º, inciso II da CF/88). Aliás, se não existem estes princípios dentro do ordenamento jurídico, os juízes poderiam ser substituídos por máquinas, por não haver necessidade de interpretadores das leis, porque todas elas já constituiriam regras jurídicas. Ainda segundo Maria Berenice Dias,

Os princípios constitucionais – considerados leis das leis – deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa. Agora são conformadores da lei, na expressão de Paulo Lôbo. Tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça, não dispondo exclusivamente de **força supletiva**. Adquiriram **eficácia imediata** e aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados. A força normativa da

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. – São Paulo: Malheiros, 2004. p. 93.

Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade – converte-se ela mesma em força ativa. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. (grifo da autora)³⁸

Outros dispositivos ainda devem ser respeitados por força do artigo 5º, § 2º da CF/88, estes oriundos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: (i) a igualdade para todos em dignidade e direitos (artigo 1º); (ii) a liberdade de gozar dos direitos sem discriminação de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, ou qualquer outra condição (artigo 2º, inciso I); (iii) a proteção do direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (artigo 3º); e (iv) o direito à intimidade (artigo 5º, inciso X). Estes mesmos direitos foram ratificados inúmeras vezes em diplomas internacionais, como nos casos do Pacto de São José da Costa Rica (1969), e da Declaração dos Direitos Humanos de Viena (1993), dispondo este em seu § 5º que todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados, e devem ser respeitados pela comunidade internacional. No Brasil, uma movimentação marcante contra a discriminação de qualquer origem foi a instituição do Programa Nacional de Direitos Humanos, em 1996³⁹. Outras iniciativas estaduais também têm ajudado a criminalizar o homofobismo, como as encontradas nas Constituições Estaduais de Mato Grosso e do Sergipe, além da Lei Orgânica do Distrito Federal.

No que se refere aos filhos destas entidades, a Constituição evoluiu de maneira a eliminar qualquer indício de discriminação entre os filhos naturais e socioafetivos, com base no princípio da afetividade que constrói qualquer família. Se este princípio desaparecer, os pais destas entidades familiares são livres para se desintegrarem, conforme disposto no artigo 226, §§ 3º e 6º, demonstrando que a lei não poderá manter junta uma família onde não reine a afetividade. Sendo assim, o artigo 227, em seus §§ 5º e 6º, impõe a igualdade de direitos entre os filhos, independente de sua origem, visando sua total proteção e conseqüentemente refletindo na adoção direitos e deveres iguais aos exercidos com um filho natural, determinando que estes são filhos do amor proporcionado diariamente, seja este biológico ou civil.

No mesmo âmbito, em seus §§ 3º e 4º, encontra-se de novo a igualdade no tratamento e na dignidade entre os seus membros, sejam estes derivados de uma família monoparental – chefiada por um homossexual ou heterossexual, ou de uma união estável, seja esta constituída por

³⁸ DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 47.

³⁹ BRASIL. **Programa Nacional de Direitos Humanos**. Brasília: Presidência da República. Secretaria da Comunicação Social. Ministério da Justiça, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PRODHI.HTM>. Acesso em: 9 fev. 2008.

homossexuais ou não – apesar do mesmo § 3º explicitar que a união estável é constituída por ambos os sexos. Há alguns doutrinadores que até defendem a inconstitucionalidade deste último parágrafo por sujeitar a caracterização da união estável à diversidade dos sexos, ferindo assim preceitos constitucionais. Já outras camadas da sociedade, como os grupos religiosos, o usam como único argumento para fundamentar a discriminação institucionalizada do Estado na Constituição Federal contra os homossexuais e suas famílias constituídas.

Desse modo, é direito-dever do Estado, da família e da sociedade propiciar meios para que cada membro da entidade familiar possa desempenhar sua cidadania com dignidade e respeito, seja este homossexual ou não, porque ele exerceu seu livre arbítrio típico de um Estado Democrático ao constituir sua família, seja esta por meio do parentesco biológico ou civil. Assim, se não houver previsão infraconstitucional de uma entidade familiar específica, esta será regulamentada pelos princípios e determinações constitucionais, além dos princípios gerais do direito. A violação da qual procura se proteger seria se a entidade familiar não fosse reconhecida como tal, como tem acontecido com algumas uniões homossexuais, inseridas erroneamente no Direito das Obrigações. O legislador infraconstitucional deverá procurar solução uma aplicação analógica ao Direito de Família, conforme determina o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e o artigo 126 do Código de Processo Civil, pelo motivo que nenhum magistrado se recusará a decidir sobre uma questão por falta de sua regulamentação expressa. Destarte, as uniões homossexuais, por analogia, atendem a todos os requisitos fáticos de uma união estável, entre eles a coabitação afetiva, pública e contínua, além da assistência moral e material recíproca – exceto a sua diversidade de sexos, determinada no § 3º do artigo 226 da CF/88, nas Leis 8.971/94 e 9.278/96, e no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, podendo exercer os mesmos direitos e obrigações, como a adoção e o sustento de uma criança ou adolescente. Um outro exemplo de falta de especificação da entidade familiar é o termo utilizado no artigo 229 da CF/88, que determina que “os pais” serão responsáveis pela criação e educação dos filhos menores, sem contudo mencionar o sexo destes progenitores. Ou seja, se o próprio diploma constitucional não discrimina expressamente, não cabe ao legislador infraconstitucional ou magistrado fazê-lo.

Ainda neste sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo completa que,

Além da invocação das normas da Constituição que tutelam especificamente as relações familiares, proferidas nesta exposição, a doutrina tem encontrado fundamento para as uniões homossexuais no âmbito dos direitos fundamentais,

sediados no art. 5º, notadamente os que garantem a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, Tais normas assegurariam “a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo”, atributo inerente à pessoa humana.⁴⁰

Sendo assim, não existe nenhuma vedação legal expressa que impeça o homossexual de adotar ou de fazer parte da lista de espera, pois o mesmo não poderá ser discriminado por sua orientação sexual, conforme o princípio da dignidade humana. Ainda neste aspecto, de acordo com o artigo 227 da CF/88, é dever do Estado “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, e retirar de suas probabilidades de adoção, casais ou individuais aptos só por causa de sua orientação sexual é ferir seus direitos, além de obrigá-la a manter-se em instituições inadequadas⁴¹. O direito ao planejamento familiar (artigo 226, § 7º/CF) também é uma forte arma contra o preconceito, pois se fundamenta na dignidade humana e na paternidade responsável, e demonstra que qualquer indivíduo é livre para determinar seu próprio planejamento familiar, mesmo sendo este só, pelo simples motivo que a família monoparental recebe a mesma proteção constitucional.

Portanto, se houver impedimento de um indivíduo homossexual de adotar, violam-se os princípios da dignidade humana, do direito à igualdade e de isonomia, “sem distinção de qualquer natureza” (artigo 5º, *caput* da CF/88), somado ao princípio de melhor interesse da criança. Neste intuito, o legislador infraconstitucional poderá argumentar somente a existência de conflitos entre os princípios, se ficar comprovado que o desempenho da maternidade/paternidade por homossexuais trará prejuízo ao menor, por meio de uma análise cuidadosa do caso concreto com o método da ponderação de bens, além da utilização do princípio da proporcionalidade, apesar de priorizar sempre o interesse da criança acima da vontade do candidato à adoção, princípio garantidor especial de proteção integral. Sem ser nessas circunstâncias, nenhuma adoção por homossexuais poderá ser indeferida, por causa do direito que todo cidadão individualmente tem de guarda, tutela e adoção, com o intuito de construir uma família.

⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit.

⁴¹ V. capítulo 2.2.

Com esta ampla definição constitucional, a entidade familiar deverá ser regida à luz dos princípios da dignidade humana, da isonomia, da solidariedade e da afetividade no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

3.2 O Código Civil de 2002

Apesar do Código Civil de 2002 (CC), promulgado com a Lei 10.406/02, não ser o principal documento consultado em questões de adoção de crianças e adolescentes, ele serve como um complemento ao raciocínio do magistrado, pois considera a família como um importante capítulo de seu texto. Verifica-se nele que muitos preceitos da Constituição Federal foram repetidos, como é a igualdade entre o homem e a mulher no âmbito familiar, previstos no artigo 1.511/CC, além da liberdade de escolher os seus parceiros (artigo 1.514/CC).

Porém, este instrumento deixa claro a mesma errônea intenção de manter o casamento como primazia de constituição de família, talvez uma herança impregnada do século XIX e do Código Civil de 1916, ou porque seu projeto original data de 1975, até mesmo anterior à Lei de Divórcio de 1997. Apesar da Constituição Federal exemplificar, em seu artigo 226, a família como aquela constituída pelo casamento, união estável ou monoparental, pouco regulamentou o Código Civil sobre estes dois últimos, focando praticamente quase toda sua atenção aos procedimentos do casamento. Certamente, verifica-se que no Título I – Do Direito Pessoal –, há um subtítulo inteiramente dedicado às regras do casamento, passando-se depois às relações de parentesco. Não há alusão às regras gerais dos outros tipos de constituição de família pelo legislador infraconstitucional, de maneira inclusiva, como o fez o constituinte com tanta cautela. A união estável só faz sua única aparição no Título III – Da União Estável –, que repete o modelo instituído na Constituição e na Lei 9.278/96, principalmente com relação à diversidade de sexos. Esta singela tentativa de regulamentar este tipo de constituição familiar, em cinco artigos somente, demonstra a pouca importância dada pelo legislador infraconstitucional, preferindo erroneamente sempre o casamento, apesar de ser um debate já pacificado na Constituição.

Contudo, o Código Civil, apesar de ser um diploma relativamente novo (2002), é totalmente omissivo quando se procura regulamentar famílias homossexuais ou outras realidades,

como é o caso da filiação socioafetiva, não atendo aos anseios sociais de igualdade entre os cidadãos, já preconizado pela Constituição Federal. Este novo instrumento nem mesmo regulamentou a guarda compartilhada ou a consagração da posse de estado do filho, situações já comuns nos tribunais brasileiros. Felizmente, algumas vezes, a própria omissão pode ser uma porta de entrada às famílias marginalizadas, como é o caso do artigo 1.513/CC, que não distingue o tipo de família ao qual faz referência quando determina ser “defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Esta omissão não impede que o magistrado aplique, por analogia, as normas, os direitos e os deveres da união estável e do convívio entre os companheiros para a relação homossexual, com base na Carta Magna e nas decisões jurisprudenciais, uma interpretação além do Código Civil de 2002. Esta atividade exercida pelo magistrado é de extrema importância, para evitar discriminações vedadas pela Constituição, até pelo motivo que este não pode deixar de decidir sobre uma questão de direito, para fazer justiça, conforme a evolução social e mesmo em caso de lacuna da lei (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e o artigo 126 do Código de Processo Civil). Por exemplo, o artigo 1.724/CC pode ser aplicado sem sombras de dúvida, porque os homossexuais que juntos convivem também possuem as obrigações “de lealdade, respeito e assistência e de guarda, sustento e educação dos filhos”, itens necessários para caracterizá-los como uma comunidade afetiva, além de permitir a realização pessoal de cada indivíduo dentro do seio familiar, como o recomendado pela Constituição Federal. O artigo 1.622, *caput*/CC e o parágrafo único do artigo 1.618/CC também admitem uma margem para sua interpretação, de forma a incluir as famílias homoafetivas em seu seio. Apesar da adoção individual ser regra, o primeiro determina que só poderão adotar em conjunto os casais casados, com a diversidade dos sexos, e aqueles decorrentes de uma união estável. Se forem aplicados analogicamente os preceitos da união estável aos casais homossexuais, respeitando os dispositivos constitucionais e os princípios norteadores do ordenamento jurídico, estes não poderiam ser excluídos como uma opção de adoção em conjunto. Esta mesma possibilidade deverá ser mantida para os divorciados e judicialmente separados, desde que o estágio de convivência com o adotando tenha sido iniciado durante a sociedade conjugal, além dos interessados já terem previamente acordado todas as questões referentes à guarda do menor e o regime de visitas (artigo 1.622, parágrafo único/CC). Alguns autores, como Maria Berenice Dias, ainda afirmam que este direito também deve ser

entendido a ex-companheiros, desde que atendidos os mesmos requisitos⁴². O segundo dispositivo menciona o termo amplo “conviventes”, que podem ser qualquer conviventes, como por exemplo, as famílias constituídas por irmãos ou aquelas famílias homoafetivas, entre tantas outras existentes na realidade brasileira. O requisito da estabilidade familiar, exigido também neste último dispositivo, tem como característica elementos objetivos e subjetivos, que serão determinados pelo magistrado e pelos assistentes sociais, participantes do processo de adoção, ou seja, se estes sujeitos respeitarem os preceitos constitucionais, não haverá barreiras ideológicas para a adoção por homossexuais.

Além dos dois dispositivos acima citados, o parágrafo único do artigo 1.626/CC ainda permite que o cônjuge ou companheiro do adotante também possa adotar posteriormente o filho deste último, chamado de adoção unilateral, atribuindo na nova relação de parentesco os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais existentes e decorrentes da adoção, sem contudo modificar ou extinguir o vínculo de filiação com o pai ou mãe biológico. Nesta situação, o poder familiar será exercido por ambos os genitores, e mantêm-se os impedimentos matrimoniais nas duas famílias, a consangüínea (artigo 1.521, incisos I, II e IV/CC) e a adotiva (artigo 1.521, incisos III e V/CC). Esta regra não tem motivos para não ser aplicada também em famílias homoafetivas, onde um deles tenha adotado individualmente e o outro queira também se responsabilizar pela criança. Entre esses efeitos, encontram-se, entre os mais importantes: (i) a total desvinculação do adotando com seus parentes consangüíneos, com algumas exceções, entre elas os impedimentos matrimoniais e os vínculos de afinidade (artigo 1.626/CC); (ii) concretização da relação familiar entre o adotante e adotado, seus descendentes e outros parentes (artigo 1.628/CC); (iii) direitos ao sobrenome da família do adotante, e seu conseqüente registro civil (artigo 1.627/CC); (iv) direitos sobre alimentos; e (v) direitos sucessórios.

No que se refere especificamente ao instituto da adoção, apesar do Código Civil ter sido promulgado em 2002, este não teve a intenção de revogar as disposições da adoção de crianças e adolescentes no ECA, pois este é lei especial enquanto que o primeiro diploma é lei geral, ou seja, esta só a complementarará quando aquela for omissa. Em razão disso, continuam vigorando as regras do Estatuto quanto ao processo de adoção de menores, como sendo competência dos Juizados da Infância e da Juventude, enquanto que a adoção de maiores de 18 anos é de competência das Varas de Família. E mesmo no caso de adoção de sujeitos maiores de idade, o

⁴² DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 389.

ECA deverá ser usado analogicamente para a interpretação, caso exista alguma lacuna no Código Civil, ou nos casos onde as normas não são incompatíveis. Ainda assim, alguns pontos sobre a adoção são parecidos entre os dois diplomas, principalmente quanto aos efeitos dessa adoção, que terão o mesmo alcance, independente da regulamentação infraconstitucional aplicada. Isso se deve ao fato que o Código Civil repetiu a regra do ECA, instituindo unicamente o sistema de adoção plena, eliminando definitivamente do ordenamento jurídico brasileiro a adoção simples. Um exemplo é a igualdade entre os filhos biológicos ou adotados (artigos 1.596 e 1.626, *caput*/CC), já preconizado pela Constituição Federal, inclusive no que se refere aos impedimentos matrimoniais, que biologicamente falando não existiriam com o filho adotado. Com a consumação da adoção, uma ficção jurídica que se completa com o parentesco civil (artigo 1.593/CC), o ato permanecerá perpétuo e irrevogável entre o adotado e o adotante.

No Código Civil, a adoção, regulamentada dos artigos 1.618 a 1.629, dá maior relevância no que tange as questões de exigências na comprovação de estabilidade familiar (artigo 1.618, parágrafo único/CC) e se a adoção é efetivamente um benefício ao adotando (artigo 1.615/CC), repetindo o princípio do melhor interesse do menor. Estas disposições não podem proibir a colocação de menores em famílias substitutivas homoafetivas, com base no princípio constitucional de não discriminação de qualquer natureza. Se os requisitos foram todos preenchidos, garantido a proteção integral do adotado e um ambiente familiar adequado material e emocionalmente, além da colocação do menor só trazer reais vantagens e ser fundamentada em motivos legítimos, não há motivo para vedar a construção destas famílias (artigo 1.625/CC), pois somente os que estão preparados para a paternidade/maternidade conseguirão transmitir o sentimento e a vontade de serem pais socioafetivos durante o processo de adoção, independente de serem heterossexuais, homossexuais, casados, divorciados, separados ou em união estável. O precedente criado, permitindo continuar no processo de adoção mesmo em caso do divórcio – ou seja, sem nenhum vínculo jurídico ou afetivo que una os indivíduos – abre uma janela para a possibilidade de adoção por homossexuais em conjunto.

Mantendo sempre os princípios e questões materiais do ECA intocados, uma das poucas mudanças efetuadas pelo Código Civil de 2002 foi a diminuição da maior idade para 18 anos, conforme o artigo 5º deste último diploma, permitindo assim que um indivíduo com maioridade civil possa adotar, independente de seu estado civil, desde que respeitados os outros requisitos legais (artigo 1.618/CC). No caso de adoção em conjunto, basta que um dos interessados tenha

completado 18 anos para exercer seu direito de adotar, além da demonstração de estabilidade familiar (artigo 1.618, parágrafo único/CC).

Mas conservaram-se alguns outros pontos, indispensáveis para uma adoção bem sucedida: (i) o adotante tem que ter pelo menos 16 anos a mais que o adotando, com o intuito de simular um parentesco consanguíneo (artigo 1.619/CC); (ii) enquanto os pais biológicos ainda exercerem o poder familiar, haverá necessidade da concordância destes para o prosseguimento da adoção (artigo 1.621/CC); (iii) se estes forem desconhecidos ou não tenham mais o exercício do poder familiar, a concordância é dispensável (artigo 1.621, § 1º/CC); (iv) se houver representante legal, este deverá concordar com a colocação em família substituta (artigo 1.624/CC); (v) se o adotando tiver mais de 12 anos ou já ter atingido a maioridade, este deverá ser ouvido e expressar sua concordância com a adoção (artigo 1.621/CC). A lei civil não veda a adoção de indivíduos por seus irmãos e ascendentes adotarem, como o faz o Estatuto da Criança e do Adolescente, mas não poderá haver diferenciação entre a adoção de menores e de maiores de idade, aplicando-se analogicamente o Estatuto, vedação esta também estendida aos membros de uma união estável, por força do artigo 1.595/CC, mesmo depois de terminado o relacionamento.

Outros itens que são específicos para a adoção de maiores de 18 anos, mas que podem ser aplicados analogicamente pelo ECA, merecem atenção, como é o caso do dispositivo encontrado no artigo 1.623/CC, em seu parágrafo único, que determina que a adoção de indivíduos capazes dependerá da assistência do Poder Público – apesar de não haver regulamentação explicando que tipo de assistência se refere o artigo –, e será formalizado por sentença constitutiva de direito.

Sendo assim, apesar do Código Civil ter como foco a regulamentação da adoção de maiores de 18 anos, e pincelar a adoção de menores, este não menciona a necessidade de uma lei especial complementar. Entretanto, o ECA pode se sustentar sozinho na regulamentação dos direitos e deveres dos indivíduos, sujeitos de direito, incapazes ou relativamente capazes, considerado até por alguns como um macrossistema⁴³, onde a lei especial prevalece sobre a lei geral – esta última aplicada supletivamente quando não incompatível com a primeira, porque é a que melhor atende os interesses dos que precisam de proteção integral.

3.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente

⁴³ DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 386.

Com o principal propósito de garantir a orientação da “proteção integral à criança e ao adolescente” (artigo 1º/ECA), atuando em prol de seus melhores interesses, além da paternidade responsável, a Lei 8.069/90 procura a valorização da família, no relacionamento do parentesco e da filiação, inclusive procurando proteger os menores materialmente e emocionalmente abandonados, por meio de instrumentos assistenciais como a filiação socioafetiva e a colocação de menores em famílias substitutas (artigo 28 e seguintes/ECA). E apesar da adoção estar definida no Código Civil e no ECA, este último deverá ser aplicado primordialmente em casos de adoção de menores, por ser lei especial que prevalece sobre a lei geral.

Até chegar ao ponto atual de evolução, as legislações anteriores que tratavam sobre os direitos da criança e do adolescente trilharam um caminho árduo, principalmente na batalha contra a discriminação de crianças adotadas. Antes, seus direitos eram limitados se comparados aos dos filhos naturais, além de reduzir consideravelmente os potenciais pais adotivos, pois só se admitiam aqueles que já não tinham filhos naturais e/ou estavam casados a mais de cinco anos. Mas, apesar da lentidão de quase oitenta anos de evoluções no pensamento doutrinário, com o advento da Constituição Federal, o último diploma redigido em prol dos cidadãos menores de idade modificou de vez o cenário jurídico, priorizando os direitos e vontades destes pequenos indivíduos – inclusive sucessórios –, para que estes possam gozar plenamente de seus direitos básicos, e não os pais que queriam adotar (artigo 4º/ECA). Verifica-se claramente esta prioridade, quando o próprio diploma determina que o menor de idade seja ouvido sempre que possível, até por sua capacidade de entender a situação, e sua opinião deverá ser tomada em conta pelo magistrado em sua decisão (artigo 28, §1º/ECA). Esta orientação segue o determinado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU,1989), em seu artigo 12, n.1, ratificada pelo Brasil em 1990 e com força normativa (artigo 5º, §3º/CF), indicando que o entendimento das crianças deverá ser considerado, de acordo com a maturidade e idade de cada uma, com o objetivo de atender seus melhores interesses. Mas os psicólogos recomendam que esta audiência com a criança ou adolescente seja feita por um profissional em psicologia ou assistente social, pois entendem que o juiz não teria o conhecimento técnico para entender as várias nuances das respostas das crianças.

Portanto, para que o menor possa se beneficiar dos dispositivos do ECA, ele deverá ter no máximo 18 anos na data do pedido para sua adoção, permitindo uma única exceção quando este já estiver sob a tutela ou guarda dos pais interessados em adotá-lo (artigo 40/ECA). Alguns itens sobreviveram às inúmeras mudanças, segundo Silvio Rodrigues, entre eles,

a) a vedação de adoção por procuração; b) o estágio de convivência; c) a irrevogabilidade da perfilhação; d) a restrição à adoção de ascendentes e irmãos do adotando; e f) os critérios para a expedição de mandado e respectivo registro no termo de nascimento do adotando.⁴⁴

Assim, o ECA procura seguir os princípios constitucionais de maneira inclusiva, pois quando dispõe sobre o lar substituto e a família natural (artigo 25/ECA), não insere no dispositivo nenhuma determinação exclusiva ou discriminatória, ao contrário, procura ampliar o conceito da família, deixando claro que esta se constituirá no ambiente emocionalmente apropriado às necessidades dos menores, no desenvolvimento psíquico e físico destes. Ou seja, se o legislador infraconstitucional não discriminou, seguindo a orientação da Carta Magna, não será função do magistrado fazê-lo. Quando este artigo é genérico ao fazer referência aos progenitores como “pais” ou considerando “qualquer um deles”, entende-se implicitamente que estes podem ser heterossexuais ou homossexuais. Aliás, estes formarão um ente familiar com os filhos consangüíneos ou aqueles decorrentes da “filiação socioafetiva” – por meio da guarda, tutela e adoção de menores abandonados (artigo 28, *caput*/ECA) –, conceito este não definido no diploma, como foi o caso da família natural (artigo 25/ECA). Lembra-se também que, para a colocação em família substituta, esta modificação na vida da criança ou adolescente deverá ter como bases reais vantagens para este e ser fundamentado em motivos legítimos (artigo 43/ECA). Outra maneira inclusiva é que o ECA não veda em momento algum a adoção individual por maior de 21 anos (agora 18 anos com o advento do Código Civil de 2002), independente de seu estado civil e orientação sexual, constituindo a capacidade, plena refletida no *caput* do artigo 42/ECA, além de incluir como uma possibilidade tangível a adoção em conjunto por pessoas que não sejam casadas nem vivam em união estável, como os divorciados e judicialmente separados, nos casos de convivência com o adotado anterior à separação do casal e havendo acordo prévio sobre a guarda e plano de visitas (artigo 42, §4º/ECA). Neste último caso, além da exigência de comprovação de estabilidade, um dos adotantes deve ser, pelo menos, maior de 21 anos para dar entrada na adoção conjunta com o cônjuge ou concubino (artigo 42, §2º/ECA). Sendo assim,

⁴⁴ RODRIGUES, Silvio. Op. cit. p. 339.

respeitando todos os princípios constitucionais de dignidade humana, de igualdade, de isonomia e da liberdade de escolha do parceiro, entre outros, o ECA permitiu que famílias constituídas por homossexuais, solteiros ou que vivam em união homoafetiva, se fundem com o conceito genérico, procurando sempre e de forma prioritária, proteger a criança e adolescente, sendo este um dever do Estado, da família e da sociedade, e inserí-lo em ambiente seguro e equilibrado para o correto desenvolvimento de sua cidadania. Um exemplo disso se encontra nos artigos 41, § 1º e 42, § 2º do diploma, onde não se determina o sexo do “concubino” ou “cônjuge” que poderá adotar em conjunto com o adotante, nem se dá como exemplo o vínculo criado pela união estável, criando-se este normalmente os laços da filiação do concubino (e seus familiares) com o adotado, além dos efeitos já produzidos com o adotante. E como o legislador infraconstitucional procurou simular as relações de filiação e parentesco de uma família natural entre os adotantes e o adotado, o ECA exige que aqueles sejam 16 anos mais velhos do que o primeiro, um requisito essencial para o deferimento da adoção (artigo 42, § 3º/ECA). No caso da adoção ser feita individualmente por um dos cônjuges ou companheiros, o ECA determina ser necessária o consentimento expresso do outro cônjuge ou companheiro para a colocação em família substituta (artigo 165, inciso I, parte final/ECA), além de indicar que a mesma regra será aplicada no processo de adoção (parágrafo único do artigo 165/ECA).

Mas a modificação mais importante do ECA foi a equiparação em direitos e deveres, inclusive os de cunho sucessório, do filho adotado com o filho natural, além de cortar qualquer resquício de vínculo afetivo ou jurídico com a família biológica, mesmo após o falecimento do adotante (artigo 49/ECA), exceto os impedimentos matrimoniais (artigo 41, *caput*/ECA). Este ponto acabou se somando aos outros alicerces constitucionais existentes do seio do instituto da adoção, que precisam ser respeitados e cumpridos para o deferimento da adoção. Neste sentido, caracterizou-se principalmente o conceito da família aceito pelo ECA, como a prevalência do afeto entre as partes, a liberdade de pensamento e de expressão (artigo 16, inciso II/ECA), a solidariedade entre seus membros, a estabilidade familiar, a liberdade de participar de uma comunidade familiar sem discriminação (artigo 16, inciso V/ECA) e a igualdade no tratamento de todos em seu seio. Se preenchidos todos estes requisitos para aceitação no cadastrado na espera de uma adoção, além de um parecer favorável no estudo psicossocial, o casal homossexual não poderá ser impedido de proceder com a adoção, ainda mesmo se ficar comprovado a estabilidade familiar, com aplicação analógica dos direitos e deveres de uma união estável. Sendo assim, a

propositura do pedido de adoção independerá do órgão competente julgador para deferi-lo, procurando sempre respeitar o princípio de isonomia nas garantias processuais, a despeito do fato provocar ou não reações preconceituosas. Para os maiores de 18 anos, os processos de adoção serão de competência das Varas de Família, e para os menores, será de competência dos Juizados da Infância e Juventude (artigo 148, inciso III/ECA), além da necessidade do comparecimento do adotante em juízo, por causa da vedação da adoção por procuração (artigo 39, § único/ECA). Verifica-se nos casos concretos que o foco principal analisado no caráter dos pretendentes a pais adotivos é referente à sua estrutura emocional, se estão preparados para a parentalidade, e não se estes são homossexuais ou heterossexuais. E mesmo se forem homossexuais, o ECA em momento algum veda a adoção por pessoas solteiras desde que cumpram todos os requisitos exigidos em lei, senão infringiria o princípio da dignidade humana. Ou seja, estes candidatos poderão ou não dissimular sua orientação sexual, mas este não poderá ser um critério impeditivo para adotar, além de outros meios dissimuladores possíveis para atingir o objetivo de receber a guarda de uma criança: (i) o heterossexual que tem tendências homossexuais mas ainda não tem muito conhecimento de sua vontade pode entrar com um pedido de adoção; (ii) um homem e uma mulher, amigos, os dois homossexuais ou só um deles, mas que vivem juntos, podem pleitear juntos a adoção, demonstrando estabilidade familiar, além de simular ao juiz serem uma família heterossexual. Trata-se, portanto, de uma realidade que já tem sido devidamente tutelada nos tribunais brasileiros, com decisões deferindo a adoção para pessoa homossexual solteira, apesar da mesma viver com um parceiro do mesmo sexo.

Apesar de existirem inúmeros requisitos constantes nos artigos 39 ao 52 do ECA, entende-se como o mais importante aquele da colocação do menor em família substituta somente se esta comprovadamente trazer reais vantagens e for fundamentada em motivos legítimos (artigo 43/ECA), independentemente da vontade dos pais, juízos de valor verificados subjetivamente pelo magistrado atuante no caso concreto, por meio de seu livre convencimento. Esta colocação é uma medida excepcional, uma fase de transição até a efetiva adoção, que não poderá em momento algum restringir a liberdade do menor (artigo 101, § único/ECA). Em razão dessa principal orientação, o juiz não poderá indeferir a adoção por homossexuais, por puro preconceito, se ficar comprovado que estes apresentam vontade de exercerem a parentalidade de forma afetivamente plena, além de demonstrarem reais vantagens e uma estabilidade familiar digna de qualquer idealização familiar. Estas provas serão principalmente constituídas de

opiniões profissionais de uma equipe interdisciplinar, geradas após um estudo psicossocial da estrutura familiar do candidato à adotante, prevista no artigo 151 do ECA. Os incisos I e II do artigo 165 são um exemplo que o ECA não discrimina a família constituída por homossexuais, pois não determinam o sexo do “companheiro” do adotante, ao exigirem algumas informações antes da colocação do menor em família substituta. Ao mesmo tempo, se o adotante não apresentar um quadro familiar adequado para receber uma criança adotada, ou se houver suspeita que esta adoção seja requerida para fins diferentes daqueles pregados pelo ECA, o juiz poderá indeferir o pedido de adoção ou de sua prévia colocação em família substituta (artigo 29/ECA). O diploma infraconstitucional é claro quando procura restringir algum possível candidato à adoção, como o faz em seu artigo 19, vedando a colocação de criança ou adolescente em ambientes com pessoas que fazem uso de entorpecentes, repetindo o ECA em seu artigo 5º a orientação do artigo 227/CF, que determina que a criança ou adolescente deva estar a salvo de qualquer “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Neste aspecto, o legislador infraconstitucional não menciona em lugar algum a vedação de adoção por homossexuais.

Assim, o ECA demonstra, ao longo de seu texto, que prima pelo vínculo real e jurídico entre um menor adotado e o(s) adotante(s), sejam estes últimos homossexuais ou heterossexuais. Um exemplo é o dispositivo do diploma que trata do registro do filho em sua certidão de nascimento, no parágrafo 1º do artigo 47/ECA. Ele não discrimina os sexos aceitos ou seu tipo de união na hora de citar os adotantes (homem/mulher, mulher/mulher, homem/homem), determinando que os nomes dos “pais” – de novo usando uma terminologia genérica ao se referir aos adotantes – e seus ascendentes deverão constar na certidão de nascimento, mesmo se a filiação é decorrente de uma adoção. Esta já foi constituída por sentença judicial, de natureza constitutiva, mediante mandado, com simultaneidade em efeitos terminativos do vínculo original (artigo 47, *caput*, e § 2º/ECA). Na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) também não apresenta nenhum artigo que impeça o registro por duas pessoas do mesmo sexo, pois o adotado será registrado como “filho de”, seguido dos nomes dos pais (artigo 47, § 1º/ECA).

Ponto igualmente relevante pelo sujeito principal do processo de adoção ser um cidadão em desenvolvimento, o ECA também instituiu, em alguns casos, a necessidade de um estágio prévio de convivência entre o adotado e os adotantes (artigo 46/ECA), com o propósito de estreitar as relações de afeto entre os mesmos e garantir o sucesso da adoção, além de ajudar o juiz em decidir para o deferimento ou indeferimento da adoção, por ser este um ato único e

perpétuo, não admitindo retratação das partes envolvidas (artigo 48/ECA). Tal período de convivência será definido a critério do magistrado, após a análise do caso concreto, podendo o mesmo até dispensar este estágio se o adotado for uma criança menor de um ano de idade, ou nos casos em que este já conviva com os adotantes “tempo suficiente para poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo”⁴⁵ (parágrafo 1º do artigo 46/ECA). Antigamente, na Lei nº 4.655/65, que regulamentava a legitimação adotiva, indicava que este período de estágio seria de no mínimo três anos, sendo este diminuído posteriormente em um ano, com o Código de Menores. Hoje, não existe mais essa predeterminação em lei de um mínimo período. Agora se a criança for maior de 12 anos, o juiz deverá se certificar se o seu desejo é ser adotado ou não (artigo 45, § 2º/ECA). O artigo 45/ECA ainda apresenta outras regras que deverão ser seguidas pelo magistrado, como no caso dos pais biológicos ou representante legal ainda possuírem o poder familiar sobre aquele menor, eles deverão ser consultados e concordar com a adoção (artigo 45, *caput*/ECA). Mas se estes forem desconhecidos ou já não possuem o exercício do poder familiar, este consentimento prévio poderá ser dispensado pelo juiz (artigo 45, § 1º/ECA).

3.4 Propostas de modificação na Legislação esparsa

Já existe uma movimentação legislativa no Brasil a favor dos direitos dos homossexuais, com o propósito de criminalizar a homofobia, ou mesmo garantir alguns direitos básicos, muitas vezes negados por puro preconceito.

A proposta de emenda n. 67/99 (uma reformulação daquela outra n. 139/95), do então Deputado Federal Marcos Rolim, procura aprovar a inclusão do termo “orientação sexual” no artigo 3º, inciso IV, e no artigo 7º, inciso XXX, na Constituição Federal, como um quesito de discriminação a ser proibido constitucionalmente. Uma interpretação ampla da terminologia “sexo” nestes artigos já suprem em parte esta necessidade, mas enumerar exaustivamente qualquer tipo de discriminação. Outros Projetos de Lei estão parados para aprovação, por

⁴⁵ É o caso da adoção *Intuitu personae*, onde a intenção dos adotantes não é adotar qualquer criança, mas sim uma criança específica, por já ter criado laços de afeto com a mesma. O que se verifica, nos diversos casos, é que estes adotantes não tinham a vontade de adotar ninguém, até porque nem estavam habilitados em registro próprio na comarca ou foro regional, mas acharam a criança no lixo ou foi abandonada pela mãe em seus cuidados, e decidem com ela constituir uma família.

resistência de parlamentares representantes de partidos religiosos: (a) o n. 70/95, que procura incluir o § 9º no artigo 129 do Código Penal para permitir uma intervenção cirúrgica para a alteração de sexo do transexual, e a inclusão dos §§ 2º e 3º no artigo 58 da Lei de Registros Públicos, que permita a alteração do prenome do transexual e a averbação de sua identidade; (b) os n. 1.904/99 e n. 2.367/00, que procuram criminalizar a discriminação decorrente da orientação sexual, junto com os de raça e cor na Lei 7.716/89; (c) o n. 1.756/03, uma nova lei de adoção, que possui em seu texto uma disposição sobre a adoção em conjunto de uma criança por um casal homoafetivo em seu artigo 3º, que viva em união estável; (d) o n. 287/03, que considera crime a rejeição do doador de sangue por sua orientação sexual; (e) o n. 32/03, que veda a diferença salarial com base na orientação sexual; (f) o n. 2.252/96, que criminaliza qualquer discriminação por orientação sexual em elevadores ou portarias de prédios; e (g) o n. 379/03, que institui o dia 28 de junho como Dia Nacional do Orgulho gay.

O mais importante projeto de lei atualmente é o de n. 1.151/95, de autoria de Marta Suplicy (deputada na época), e sua reformulação n. 5.252/01 do Deputado Roberto Jefferson. Este procura propor a regulamentação da “Parceria Civil” para que pessoas do mesmo sexo possam elaborar um contrato específico que oficialize sua união em direitos e deveres de cada um, de naturezas meramente contratual e patrimonial, e que a mesma seja registrada em livro próprio no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais competente de sua região. Este contrato teria como escopo a previsão: (i) dos direitos sucessórios e a meação; (ii) dos benefícios previdenciários; (iii) da dependência econômica de um parceiro para fins de imposto de renda e para fins de assistência médica; (iv) da capacidade de considerar a renda de ambos para dar entrada em um empréstimo para a aquisição de um imóvel e de sua impenhorabilidade como bem de família; e (v) do direito de adquirir a nacionalidade brasileira quando seu parceiro fosse brasileiro. O projeto prevê as mesmas obrigações e requisitos da união estável para caracterizar a Parceria Civil, como a solidariedade material e psíquica entre os companheiros, coabitação, fidelidade e que esta união seja fato notório, mas não a determina com os mesmos efeitos de um casamento heterossexual e com a de uma união estável, conforme o § 3º do artigo 226/CF, até com o propósito de facilitar sua aprovação em Plenário, o que não tem adiantado muito. Por exemplo, este projeto proíbe expressamente a adoção conjunta pelos companheiros em seu artigo 3º, §2º (mesmo sendo a criança filha do companheiro), a obtenção do nome do companheiro ou a mudança em seu estado civil, que continuará como solteiro.

Algumas leis já conseguiram transpor todos os obstáculos preconceituosos em nosso poder legislativo. Uma foi o Provimento 06/2004 da Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, que permitiu expressamente que qualquer casal, independente da orientação sexual, poderá registrar documentos que dizem respeito à união estável em cartório. Outra foi o reconhecimento da inelegibilidade eleitoral de homossexuais que possuem parceiros na Administração Pública, pelo Tribunal Superior Eleitoral, em 2005. Porém, a mais importante, no âmbito nacional, foi a Lei Maria da Penha, sobre a violência doméstica, que não discrimina qualquer relacionamento íntimo de afeto entre a vítima e seu agressor, seja este um parceiro homossexual ou heterossexual, ou qualquer membro de sua família, ou seja, independente de sua orientação sexual (artigo 5º da Lei). É um avanço considerável no conceito constitucional da família brasileira, e irá ajudar muitas mulheres condenarem seus agressores, sejam eles negros, brancos, mulatos, homens, mulheres, heterossexuais ou homossexuais.

3.5 Análise de exemplos estrangeiros

Alguns países estrangeiros demonstraram mais maturidade ao lidar com as resistências de uma sociedade que aos poucos se solidarizou com a luta dos homossexuais em exigirem direitos e deveres iguais a qualquer cidadão, inclusive seu direito de constituir uma família por meio da adoção. Em outros, os homossexuais ainda lutam para garantir os mesmos direitos básicos.

Um exemplo óbvio é a legislação francesa, que com seu Código Napoleônico inspirou inúmeras codificações – como no caso do Brasil –, instituiu em 1999 o Pacto Civil de Solidariedade – PACS (Lei nº 99-944)⁴⁶ entre os homossexuais, dividindo opiniões do povo francês, que sempre primou para a centralização da família como princípio basilar de sua sociedade. Mesmo com esta lei, os magistrados franceses são obrigados a proferir sentenças sobre o direito material dos homossexuais, apesar do silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei nesse sentido, pois se assim não fosse, estes seriam responsabilizados por negar justiça aos seus cidadãos (artigo 4º do Código Civil Francês - CCF).⁴⁷

⁴⁶ PERES, Ana Paula Ariston Barion. Op. cit. p. 32.

⁴⁷ FRANÇA. **Código Civil Francês**. Versão consolidada até 1º de Janeiro de 2008. Paris, 2008. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080121>>. Acesso em: 23 mar. 2008.

No que se refere à adoção, o Código Civil Francês prevê a adoção simples (artigos 360 a 370-2/CCF) e a adoção plena (artigos 343 a 359/CCF). A adoção plena francesa segue as diretrizes da adoção na legislação brasileira, com ruptura de vínculo do adotado com a família biológica, exceto nos casos de impedimentos matrimoniais. Ela se restringe sua aplicação somente aos menores de 15 anos, que vivem com os adotantes a pelo menos 6 meses (artigo 345/CCF). Em contrapartida, a adoção simples não requer idade máxima para sua aplicação (artigo 360/CCF), além de não se desvincular de sua família natural. Esta poderá ser revogada se for esta a vontade dos adotantes ou pedido do Ministério Público, direito vedado na adoção plena. Em ambos os casos, haverá necessidade de consentimento da criança se este tiver mais de 13 anos (artigo 345/CCF). Ainda neste quesito, a figura paternalista do Governo Francês se destaca quando identificados um dos pressupostos para adotar: a criança deverá estar abandonada pelos pais, ou judicialmente declarada abandonada, ou tratar-se de pupilos do Estado (artigo 347/CCF). Os fundamentos dos doutrinadores franceses para deferir a adoção por homossexuais são os mesmos usados na legislação brasileira: (i) a lei indica que o solteiro poderá adotar, mas não especifica que este precisa ser heterossexual; (ii) a discriminação com base na orientação sexual fere a Convenção Européia dos Direitos do Homem⁴⁸ assinada em 1950; (iii) a jurisprudência francesa já determina direito de visita de pai/mãe homossexual ou que estes gozem conjuntamente do poder familiar;⁴⁹ e (iv) haverá primazia do melhor interesse da criança, que não poderá permanecer em orfanatos se há um indivíduo com todas as qualidades para se tornar um pai adotivo, independente deste ser homossexual ou heterossexual.

Adicionalmente, os cidadãos podem adotar individualmente se forem solteiros ou conjuntamente somente se forem casados (artigo 346/CCF), direito este não outorgado a pessoas que vivam em união estável ou que tenham celebrado um PACS, sejam estas heterossexuais ou homossexuais, pela lei ser silente à seu respeito. A idade mínima para adquirir o direito de adotar é de 28 anos (artigo 343/CCF), exceto quando se tratar da adoção do filho do cônjuge (artigo 343-2/CCF). Se este for casado, mas quiser adotar individualmente, a lei francesa exige o consentimento do cônjuge. Ainda no mesmo artigo, quando for requerida a adoção em conjunto, os adotantes deverão ter pelo menos dois anos de casados e serem 15 anos mais velhos que o adotado, mesmo se nenhum destes tiver a idade mínima exigida. Em alguns casos, o próprio

⁴⁸ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Européia dos Direitos do Homem**. Roma: Secretária Geral, 1950. Disponível em: < <http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/cesdh.html>>. Acesso em: 23 mar. 2008.

⁴⁹ PERES, Ana Paula Ariston Barion. Op. cit. p. 180.

tribunal poderá dispensar a idade mínima se houver justificativa para tal. Neste aspecto, o tribunal francês é mais rigoroso quando se trata de uma adoção individual, além de sempre reservar os recém-nascidos para os casais. E como a avaliação dos candidatos é feita pela própria Administração, apenas as pessoas oficialmente casadas e os solteiros heterossexuais são aceitos, pois os outros são imediatamente descartados (corrente majoritária), mesmo com pareceres favoráveis de especialistas, tendo essa prática instigado fraudes, porque o homossexual teria que dissimular sua orientação para poder adotar. Alguns homossexuais recorreram aos Tribunais Administrativos da Comarca, e ganharam o direito de adotar. Porém, esta vitória não durou muito, pois algumas decisões foram reformadas pelo Conselho do Estado, que decidiu pelo indeferimento da adoção, apesar das inúmeras qualidades do candidato, entendendo que sua homossexualidade por si só já é um óbice ao deferimento da adoção, apesar de não declará-lo explicitamente. Os requerentes ainda levaram a questão à Corte Europeia dos Direitos do Homem, pois feria o artigo 14 da Convenção⁵⁰, combinado com o artigo 8º do mesmo⁵¹, que assegura o direito à vida familiar. Esta entendeu que houve discriminação por causa da orientação sexual, com base não só na Convenção, mas também no artigo 21 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁵², assinado em 2000, porém o Governo Francês não foi punido por descumprir a Convenção.⁵³

O exemplo francês demonstra o entendimento dominante e conservador europeu com relação à adoção por homossexuais, com algumas exceções. A Holanda, em 2001, admitiu a adoção por homossexuais, de acordo com os mesmos requisitos aplicados aos heterossexuais, mas as crianças devem ser obrigatoriamente holandesas, para evitar qualquer conflito com lei estrangeira. Esta mudança começou em 1998, quando se permitiu a adoção por pessoas solteiras e casais heterossexuais vivendo em união estável. Para tanto, os adotantes deveriam ter uma diferença de idade com o adotado de 18 anos, já ter a criança nos seus cuidados por três anos, além do consentimento dos pais biológicos. Depois, o passo foi pequeno até a adoção por homossexuais, direito este que nem foi contestado pelas comunidades religiosas. No caso da

⁵⁰ Artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem determina: “*O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.*”

⁵¹ Artigo 8-1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem determina: “*Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.*”

⁵² UNIÃO EUROPEIA. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Nice: Parlamento Europeu, 2000. Disponível em: < http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2008.

⁵³ PERES, Ana Paula Ariston Barion. Op. cit. p. 173 – 188.

adoção em conjunto, os interessados deveriam comprovar o convívio familiar de três anos antes de requerer a adoção, além de já ter cuidado do infante por mais de um ano.⁵⁴

Na Bélgica, os casais homossexuais podem contrair matrimônio desde 2003, uma parceria registrada, mas não podem adotar. Este é o mesmo caso da Dinamarca (1989), Noruega (1993), Islândia (1996), Canadá (a partir de 2000, especificamente nas províncias do Québec e Nova Escócia), Argentina (somente na comarca de Buenos Aires, desde 2006), México (em 2006, somente nas comarcas do Distrito Federal e Coahuila), Alemanha (2000), Inglaterra (2005), Finlândia (2001) e Suécia (1995), sendo que neste último país é regulamentada a adoção por homossexuais desde 2002. Na África do Sul, há regulamentação para garantir a livre manifestação da orientação sexual desde 1996, vedando expressamente qualquer discriminação neste sentido, apesar de não admitir a união oficial entre homossexuais. Na Espanha, mais especificamente na Catalunha, em 1998 entrou em vigor a Lei de Parceria, mas o grande avanço foi dado em 2005, quando foi aprovada uma modificação ao Código Civil Espanhol, permitindo que casais homossexuais possam se casar de acordo com as mesmas regras aplicadas aos heterossexuais, além da possibilidade de adotar. Em Portugal, apesar do governo instituir medidas protetoras de casais que vivam em união estável há mais de 2 anos, sejam eles homossexuais ou não, houve casos de indeferimento de adoção por homossexuais julgados a favor do requerente pela Corte Européia dos Direitos do Homem, com base na mesma violação dos artigos 8^a e 14 da dita Convenção. Mas na maioria das decisões dos tribunais portugueses, o entendimento predominante é que a criança deverá ser criada em um típico ambiente familiar português, não concedendo guarda a pais homossexuais, mas permitindo somente o direito de visita.⁵⁵ Em Taiwan, discute-se um projeto de lei para uma Parceria Civil, que garantirá, entre outros: (i) celebração de casamento; (ii) elaboração de contrato especial para este fim; (iii) mudança de sobrenome; (iv) apresentação como herdeiro do parceiro; (v) requerimento de pensão; (v) adoção em conjunto; (vi) assistência médica como dependente do parceiro; e (vii) direito a adquirir a nacionalidade do parceiro.⁵⁶ A maioria destes direitos já está sendo exercida nos outros países acima citados, onde a Parceria Civil já existe.

Nos Estados Unidos, onde reina o *Common Law*, algumas decisões servem como base argumentativa para os homossexuais exigirem igualdade em seu meio social, que varia

⁵⁴ HOLANDA dá direito de adoção a casais gays. **O Globo**, Rio de Janeiro, 19 dez. 2000. Disponível em <http://www.cecif.org.br/tt_homossexuais.htm>. Acesso em: 6 set. 2007.

⁵⁵ PERES, Ana Paula Ariston Barion. Op. cit. p. 189 e 190.

⁵⁶ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. cit. p. 125 e 126.

dependendo do Estado Federativo, que possuem autonomia para legislar conforme entendam. A maioria da doutrina norte-americana, entre elas a *American Bar Association* (a Ordem dos Advogados dos Estados Unidos), apesar de conservadora, entende ser melhor ao interesse do menor que este seja adotado por duas pessoas, sejam estas heterossexuais ou não, em vez de ficarem em casas acolhedoras (*Foster Care*) ou orfanatos. O Estado da Florida é o único que veda expressamente a adoção por homossexuais. Em contrapartida, o Estado de Nova Jersey foi o primeiro a regulamentar explicitamente a adoção por homossexuais em 1997. Seguindo a mesma orientação está o Estado da Califórnia, que regulamentou o registro das parcerias homossexuais em 1991, e a adoção para estes em 2003. Entre outros Estados, encontram-se Nova Iorque (1993), Vermont (2000) e o Havai. Um exemplo de entendimento conflituoso é o caso da decisão proferida, em 1996, pela Suprema Corte dos Estados Unidos com *Romer, Governor of Colorado, et al. V. Evans et al.*, onde o Estado do Colorado quis emendar a Constituição Estadual para extinguir qualquer regalia aos homossexuais, que recebiam proteção especial de qualquer hierarquia governamental desde 1992, devido a inúmeras leis promulgadas contra a discriminação pela orientação sexual. A Suprema Corte entendeu que os homossexuais não seriam somente privados de seus direitos especiais, mas também de qualquer regulamentação geral que beneficia o cidadão que sofra discriminação. O Estado de Colorado argumentou que esta emenda serviria para igualar os homossexuais com qualquer outro cidadão, e não foi aceito, pois a Suprema Corte entende que a discriminação pela orientação sexual não é um caso do passado – além de ferir a 14ª Emenda da Declaração de Independência–, necessitando ainda de legislação esparsa para garantir a igualdade de direitos e deveres dos homossexuais.⁵⁷ Este entendimento contrário do Estado do Colorado quanto à adoção é compartilhado pelos Estados de Connecticut e Wisconsin.

Em sentido oposto aos formadores de opiniões ocidentais, lutando pela concessão de direitos iguais para os homossexuais, estão os países islâmicos, que consideram a homossexualidade um crime sujeito à pena de morte.

Em linhas gerais, é possível distinguir muitos dispositivos que podem ajudar os homossexuais a conquistarem seus direitos e deveres como qualquer outro cidadão brasileiro, seja pela lacuna ou interpretação das leis a seu favor, ou pelos casos e exemplos de sucesso na sua aplicação encontrados no direito comparado. Sendo assim, o Brasil caminha para uma era onde

⁵⁷ PERES, Ana Paula Ariston Barion. Op. cit. p. 113-116.

nenhum indivíduo terá seus direitos essenciais desrespeitados, por discriminação ou preconceito, além de finalmente entender o homossexual, seu companheiro e sua prole como uma família digna de proteção, como se analisará no capítulo seguinte.

4. RECENTES DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

É dever do Estado organizar a sociedade e garantir a proteção de seus cidadãos, impedimento excessos ou conflitos de interesses individuais. Porém, a estruturação de uma família independe dos moldes tradicionais da sociedade brasileira, pois se verificou que qualquer

grupamento familiar deve ser protegido, sem a distinção de gêneros e não priorizando o objetivo da procriação do casal. Segundo Maria Berenice Dias,

O direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos. Ainda que tenha o Estado o dever de regular as relações das pessoas, não pode deixar de respeitar o direito à liberdade e garantir o direito à vida, não só vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetiva: vida digna, vida feliz. A norma escrita não tem o dom de aprisionar e conter os desejos, as angústias, as emoções, as realidades e as inquietações do ser humano. Daí o surgimento de normas que não criam deveres, mas simplesmente descrevem valores, tendo os **direitos humanos** se tornado a espinha dorsal da produção normativa contemporânea. (grifo do autor) ⁵⁸

Sendo assim, o Estado não pode impedir que as pessoas do mesmo sexo se unam e formem sua própria família com base na solidariedade, no companheirismo, no amor que sentem um pelo outro, respeitando a moral e os bons costumes impostos pela sociedade, pois estas não são características exclusivas da heterossexualidade, conforme já foi destacado anteriormente. Cabe destacar também que o planejamento familiar é livre para qualquer cidadão – não mencionando a condição de casal –, de acordo com o artigo 226, § 7º/CF e regulamentado pela Lei 9.263/96 (Lei de implementação de políticas públicas de natalidade), vedando o Estado de impor limites. Além disso, o direito não consegue acompanhar as mudanças sociais na mesma velocidade em que acontecem, provocando lacunas no ordenamento jurídico. E os juízes não poderão negar a tutela do Estado a uma situação fática somente por não estar prevista na legislação, podendo nesses casos suprir as necessidades para lograr com êxito a chancela jurídica no caso concreto.

Em razão da dinâmica social e apesar das circunstâncias contrárias, os casais homoafetivos são capazes de construir um modelo familiar próprio, bem estruturado e estável, mesmo sem ter a proteção integral do direito pátrio, aplicada na maioria das vezes aos grupamentos heterossexuais, por serem considerados como símbolos da normalidade esperada na sociedade. Essa falta de regulamentação ou mesmo falta de interesse do legislador prejudicam não só os adultos componentes de uma família homoafetiva, mas também a prole gerada dessa união, seja ela biológica ou adotada. Os direitos destes últimos são aplicados pela metade, porém novas correntes jurisprudenciais chegam para consertar a falha do legislador, apesar de serem mais tímidas em alguns estados brasileiros do que outros.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 23.

4.1 Reconhecimento dos benefícios da adoção conjunta do casal homoafetivo

Quando o casal homoafetivo decide adotar, normalmente esta é feita através do registro de só um dos adotantes no processo seletivo, onde esconde sua sexualidade dos especialistas que o avaliarão, ou mesmo quando os assistentes sociais reconhecem o fato que a criança adotada irá viver numa família biparental homoafetiva. Esta manobra tem facilitado o deferimento da adoção, pois a legislação não veda a adoção individual, nem determina a orientação sexual do adotante, conforme detalhado anteriormente. Porém, este processo não satisfaz o anseio pela segurança do adotado, e o que impressiona é que a maioria dos assistentes sociais suspeita ou mesmo imagina que há um companheiro vivendo na mesma casa, mas não procuram visitar a mesma para verificar as condições familiares, só se atendo à análise única e exclusivamente da habilitação do candidato à adoção, mesmo que de modo insatisfatório.

O problema surge quando um dos companheiros procura adotar o filho de seu parceiro, com o propósito de criar vínculos legais de filiação, e não só socioafetivos, para evitar que direitos lhe sejam usurpados da criança ou adolescente que possui a posse de estado de filho com relação àquele que exerce sobre este último o poder familiar, além de trazer maior segurança ao adotado já que na condição de casal, há mais maturidade, estabilidade financeira e condições psicológicas para educar um menor. Este filho pode ser adotado ou natural, fruto de relações heterossexuais anteriores, ou decorrentes de técnicas de reprodução – este último mais comum quando se trata de um casal de lésbicas. Para a maioria da sociedade, é uma imagem inconcebível uma criança ter dois pais ou duas mães em seu registro de nascimento, pois a adoção não atenderia ao seu fim, que é recriar a relação consangüínea entre pais e filho.

Questiona-se se não seria melhor manter estas crianças em orfanatos ou em instituições, pois camadas da sociedade não entendem que casais homossexuais sejam capazes de criar um ambiente familiar saudável para crianças que já sofrem com o sentimento de abandono e falta de cuidados individuais, apesar dos especialistas já declararem inúmeras vezes em pesquisas que esta situação é possível e normal do ponto de vista científico. Mas, o que os defensores dos direitos dos homossexuais corretamente argumentam é que, além de ter o melhor interesse das crianças e adolescentes abandonados em instituições, carentes de bens materiais e relacionamentos emotivos, não se pode impedir uma criança de exercer todos os seus direitos

com relação às duas pessoas que o criam, direitos estes relacionados a inúmeros aspectos jurídicos, como o direito à pensão alimentícia, se um dia seus pais se separarem, benefícios previdenciários como dependente, ou o direito à sucessão destes, como herdeiro necessário de ambos. Assim o amparo será maior, pois o adotado terá os seus direitos de filiação ampliados, de maneira a regulamentar uma situação onde o casal de fato participa da criação da criança e esta os considera como seus pais. Segundo Maria Berenice Dias, esta constitui a filiação socioafetiva que deve ser considerada no direito pátrio como forma de constituição de filiação, senão “o intuito de resguardar e preservar o menor resta por subtrair-lhe a possibilidade de usufruir de direitos que de fato possui, limitação que afronta a própria finalidade protetiva à criança e ao adolescente decantada na Carta Constitucional e perseguida pela lei especial”⁵⁹.

Sendo assim, o direito não deve em nenhuma hipótese elencar exaustivamente as formas de constituição de um grupamento familiar, mas proteger a família assim que se constituir, respeitando a dignidade e a igualdade dos membros, a liberdade para um desenvolvimento saudável, em conjunto com o afeto compartilhado entre os mesmos. Como determina Maria Berenice Dias,

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família- instituição foi substituída pela **família-instrumento**, ou sejam ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.(grifo do autor) ⁶⁰

Este pensamento tem sido seguido não só pela Academia Americana de Pediatria⁶¹, mas também pela *American Bar Association* – órgão representativo dos advogados com mais influência nos Estados Unidos, representado pela aprovação da Convenção de São Francisco em 2003, que apóia formalmente a adoção por casais homossexuais. Esses apoios são de extrema valia, pois segundo os censos norte-americanos de 2001, mais de três milhões de crianças e adolescentes vivem em ambientes familiares homossexuais, sejam estes monoparentais ou biparentais, e elas precisam urgentemente da proteção jurídica de ambos os pais, principalmente para terem a assistência material e afetiva de ambos os pais, legalmente reconhecidos como tais.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. *apud* PERES, Ana Paula Ariston Barion. Op. cit. p. 158.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 39.

⁶¹ Cf. nota 17.

⁶² Com isso, as mesmas garantias dadas às famílias adotivas heterossexuais seriam providenciadas para as famílias homossexuais como, por exemplo: (i) a assistência médica de ambos; (ii) direito e dever de prover alimentação, educação intelectual e moral, vestuário, afeto e lazer; (iii) direito a herdar o patrimônio integral de dois pais; (iv) direito de usar o sobrenome de ambos; (v) benefícios previdenciários; e (vi) direito de visita, custódia, sustento e pensão alimentícia, em caso de separação de seus pais.

Um passo significativo já foi dado, com a Instrução Normativa nº. 20/2000, quando o INSS estendeu os benefícios previdenciários para os parceiros homossexuais, com os quais vivam em regime de união estável, providenciando inclusive pensão por morte do companheiro, da mesma forma que é outorgada aos companheiros heterossexuais.⁶³ É um fato pioneiro que abrirá possibilidades para o reconhecimento menos penoso da união estável entre pessoas do mesmo sexo, demonstrando que se trata de um relacionamento emocional e afetivo, e não uma relação oriunda do direito obrigacional ou do direito comercial, tudo com base no princípio da não-discriminação, já outorgadas através de decisões dos tribunais.

Nestes casos, para evitar esta perda de direitos da criança fruto de um ambiente familiar homossexual e ampliar suas garantias constitucionais, alguns doutrinadores têm entendido como correto a aplicação analógica dos efeitos da união estável para os casais homossexuais que, apesar de não cumprirem o requisito “diversidade de sexos”, são culturalmente iguais: (i) a solidariedade; (ii) a estabilidade da família, característica do companheirismo, permitindo a adoção simultânea; (iii) a falta de impedimentos matrimoniais; (iv) publicidade da relação, reconhecida no seu meio social; (v) o mútuo carinho entre os parceiros – a *affectio maritalis*; (vi) a vontade dos parceiros de constituir uma família, com ou sem filhos; (vii) a continuidade do vínculo e sua ininterruptão; e (viii) sua falta de formalismo. Como se verifica, é um grupamento familiar merecedor de proteção, da mesma maneira dada feita pelo legislador àquela família constituída por um pai – seja este homossexual ou heterossexual – e seus filhos, considerada como família monoparental, prevista no artigo 226, § 4º da CF. Porém, através de interpretações preconceituosas dos termos legais “concubinos” e “cônjuges”, os juízes têm indeferido o pedido de homossexuais para a adoção em conjunto, provocando a necessidade do casal optar pela adoção individual de um para conseguir atingir seus desejos e os da criança ou adolescente de

⁶² SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. cit. p. 124 e 125.

⁶³ MASCHIO, Jane Justina. **A adoção por casais homossexuais**. Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764>>. Acesso em: 6 set. 2007.

constituição de uma família, reconhecida legalmente, apesar de ambos exercerem a parentalidade para com o menor e este os considerar ambos como pais. Isso só serve para dissimular o ordenamento jurídico e a sociedade discriminatória, além de prejudicar os direitos do menor, expondo-o a crueldade, violência sexual, física e discriminação social, ironicamente o indivíduo que o legislador mais procura proteger na Carta Magna, em seu artigo 227, *caput*, e na legislação especial, seja esta o Código Civil ou o ECA.

Sendo assim, aparentemente estes intérpretes preconceituosos realmente preferem que a criança ou adolescente permaneça em instituições particulares ou estatais pelo território brasileiro, carente de bens materiais e afeto, abandonado à própria sorte, para depois serem soltas no mundo, sem qualquer possibilidade de apoio para sua estrutura tão frágil, com grandes possibilidades de se tornarem marginalizadas. Qualquer cidadão que entenda um pouco de dignidade humana se sensibilizará com o amor e o carinho que estas crianças ou adolescentes recebem quando adotadas, seja por homossexual ou heterossexual, em conjunto ou individualmente, atendendo o seu melhor interesse. A felicidade destes pequenos cidadãos refletida nos inúmeros estudos efetuados demonstra que o legislador ou intérprete a favor da adoção por homossexuais está trilhando o caminho certo, pois não só atende a utilidade pública do Estado de retirar as crianças das ruas e recolocá-las em ambientes familiares recheados de afeto e dedicação, como atende ao propósito original do instituto da adoção, que é constituir uma família com quem não possui filhos e com quem não possui pais.

Outro ponto a ser discutido é o que aconteceria com o adotado se o pai ou mãe que o registrou morre. Ele seria considerado órfão de pais, apesar de ainda existir um outro pai/mãe para criá-lo – a filiação socioafetiva –, como foi o caso do filho da cantora Cássia Eller, morta em 2001? Seria essa uma visão correta, apesar da própria mãe declarar inúmeras vezes que gostaria que a criança ficasse na guarda de sua parceira? Neste caso específico, a guarda foi inicialmente dada aos pais da cantora, mas com uma decisão polêmica ela foi posteriormente concedida à companheira. Os questionamentos parecem absurdos, mas são situações que frequentemente necessitam de tutela jurisdicional, em razão da omissão do legislador. O pai/mãe deve sempre ser identificado como aquele que cria de fato a criança, proporciona afeto, segurança e proteção, garante seu bem-estar, além de participar de seu cotidiano, caracterizado pela paternidade/maternidade socioafetiva – a criança com posse de estado de filho e o pai com o poder familiar, uma opção feita pelo indivíduo, podendo ser complementar ou não a

paternidade/maternidade biológica. A primeira independe da segunda, pois independe do vínculo consanguíneo. Apresentados estes requisitos, não há motivo válido que impeça o estabelecimento do vínculo parental de ambos os companheiros com aquela criança ou adolescente. Qualquer decisão que vede este reconhecimento é simplesmente discriminatória e retrógrada – pois relembra os direitos quase inexistentes dos filhos ilegítimos antes da CF/88 –, e de certa forma privilegia os pais que, apesar de terem criado a criança ou adolescente, se livrarão da responsabilidade de guarda, sustento e educação da criança, ficando esta desamparada juridicamente – quanto aos seus direitos – e afetivamente, além de caracterizar uma flagrante inconstitucionalidade. Estes menores precisam de proteção, constante vigilância, e nada mais justo que outorgar a custódia dessa criança ao adulto que sempre exerceu o papel parental, em conjunto com o outro parceiro, para depois exercer efetivamente o pátrio poder, tudo devidamente registrado de acordo com a lei civil. E se for o caso dos seus pais se separarem, alguns direitos não poderão ser retirados dos filhos, como o direito de usufruir em ambos os pais, mesmo que só um detenha a sua guarda, através da regularização do direito de visitas.

Destarte, alguns opositores levantam continuamente a problemática do registro na certidão de nascimento do nome do adotado como forma impeditiva da adoção por um casal homossexual, porque não seria possível o registro de dois pais do mesmo sexo, documento voluntário de registro de paternidade e principal criador de direitos e deveres na constituição de uma filiação. Porém verifica-se que não há impeditivos jurídicos na Lei 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos – para efetuar este registro, somente impeditivos sociais e discriminatórios, por não ser a forma tradicional. O ECA também é omissivo, quanto ao sexo dos pais, quando se refere ao registro do adotado no artigo 47, *caput* e § 1º, informando somente que o registro deverá conter obrigatoriamente o nome completo dos pais e de seus ascendentes. O juiz que não for seguidor da doutrina preconceituosa pode deferir o registro do adotado, declarando que este é filho de ambos os pais, e só determinar a não distinção dos ascendentes entre maternos ou paternos, categorizando-os somente como “avós”. Uma outra opção é retirar os termos “pai” e “mãe” e incluir a terminologia “pais” de forma mais genérica.⁶⁴ A primeira solução foi adotada pelo juiz de Catanduva, no momento do registro de nascimento de uma menina, adotada por um casal homossexual. Este documento pioneiro em seu âmbito demonstra que qualquer preconceito pode ser superado, em prol do interesse do menor.

⁶⁴ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. cit. p. 160 e 161.

Esta analogia só serve como uma solução temporária ao problema, até porque não são todos os doutrinadores que entendem o casal homossexual como uma união estável. O legislador precisa regulamentar esta situação, em prol das crianças que são criadas por ambos os pais, mas só são oficialmente afiliadas a um deles. Não pode existir preconceito do legislador quanto a esta medida, pois a adoção de crianças por casais homossexuais atende a todos os principais requisitos da Constituição Federal, pois eles também são capazes de oferecer à criança ou adolescente um ambiente familiar nos moldes do artigo 227 da Carta Magna e dos artigos 29 e 43, ambos do ECA. Porém, enquanto exista a falta de interesse do legislador infraconstitucional neste quesito, os tribunais têm se esforçado para suprir esta lacuna, demonstrando que a igualdade dos homens, tão proclamada em nossa Carta Magna, começa pelo poder judiciário.

4.2 Decisões pioneiras no Brasil

Diante de todas as mutações nos relacionamentos humanos, houve uma necessidade de rever conceitos utilizados na definição de atitudes, de uma maneira crítica, assim como reavaliar alguns comportamentos sociais, com o propósito de atender aos anseios de uma sociedade procurando igualdade entre seus pares. Portanto, se procura a tutela do Judiciário nessas situações porque a interpretação dos casos concretos em prol de direitos muitas vezes ignorados pelo legislador permitem com que a sociedade passe a aceitá-los, e comece a cobrar mudanças dos legisladores, para que eles regulamentem o que já foi consolidado na jurisprudência. A missão dos juízes torna-se essencial para a transformação da sociedade em aproximar-se dos ideais democráticos.

Muitas decisões já permitiram que a discriminação pela orientação sexual diminuísse nos tribunais brasileiros. Uma decisão do Superior Tribunal de Justiça de 1998, o Recurso Especial nº. 165.469-DF, reformou uma decisão de um Tribunal de Justiça do Distrito Federal que vedou o depoimento de uma testemunha pelo simples fato que esta era homossexual:

Resp. Processo Penal. Testemunha. Homossexual. A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam - patrícios e plebeus. A economia rural, entre senhor de engenho e o cortador da

cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merece o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San José de Costa Rica. (STJ, Recurso Especial nº. 154.857-DF, (REG. 97.0081208-1), rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ. 26.10.98) ⁶⁵

Outra decisão que permitiu direitos iguais para os companheiros homossexuais, foi a decisão unânime, fundamentada na Apelação Cível 96.04.55333-0/RS de 1998, que determina a impossibilidade de planos de saúde negarem a inclusão de parceiro homossexual como dependente, desde que o mesmo viva sob o regime de união estável, respeitando assim os princípios constitucionais:

AC 96.04.55333-0/ RS. Administrativo, Constitucional, Civil e Processual. Justiça Federal. Justiça do Trabalho. Competência. Ausência de intervenção do Ministério Público. Nulidade. Inocorrência. Aplicação do art. 272 do CPC na sentença. Mera irregularidade. União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento. Impossibilidade. Vedação do x 3º do art. 226, da Constituição Federal. Inclusão como dependente em plano de saúde. Viabilidade. Princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, e da dignidade humana. Art. 273 do CPC. Efetiva à decisão judicial. Caução. Dispensa. ⁶⁶

O Estado do Rio Grande do Sul, terra natal da desembargadora Maria Berenice Dias, tem proferido inúmeras decisões em favor dos direitos dos homossexuais, preferindo usar sempre, desde 1999, a analogia (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC) da união estável, conforme o artigo 226, § 3º/CF, para integrá-los no âmbito do Direito de Família, ao invés daquela que entendia este grupamento familiar somente como uma sociedade de fato e limitando seus efeitos no âmbito sucessório, conforme determina a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, onde o companheiro que não tivesse adquirido patrimônio em conjunto só era indenizado pelos serviços domésticos prestados, para vedar o enriquecimento sem causa do ex-companheiro. A primeira decisão que determinou a competência das Varas de Família para julgar qualquer relacionamento de pessoas do mesmo sexo se deu com o Agravo de Instrumento

⁶⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº. 154.857-DF (REG. 97.0081208-1). 6ª Turma. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Distrito Federal, 26 de Outubro de 1998. Disponível em: <<http://www.mpdf.gov.br/Gerais/Publica/87.htm>>. Acesso em: 8 set. 2007.

⁶⁶ BUGLIONE, Samantha. **Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça**. Teresina, 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1855>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

599.075.496⁶⁷. Dessa maneira, o juiz consegue atender aos fins sociais, conforme determinado pelo artigo 5º da LICC, e a primazia do bem comum, conforme determinado pelo artigo 5º da LICC. De acordo com Maria Berenice Dias,

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 distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso de tal forma integrativa de um fato, ao sistema jurídico. A identidade sexual não serve para se buscar qualquer outro ramo do Direito, que não o Direito de Família.⁶⁸

Se fosse usada a analogia da sociedade de fato, os companheiros só poderiam compartilhar o patrimônio que comprovadamente tivesse sido adquirido através do esforço comum, em caso de dissolução da convivência mútua, com o único propósito de evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes. Porém, em caso de morte de um dos companheiros, aquele remanescente não estaria habilitado como herdeiro, mesmo apesar das inúmeras provas cabais que este dedicou sua vida a daquele companheiro falecido, como é o caso do parceiro do pintor Jorge Guinle, morto em 1987. Este luta até hoje nos tribunais contra a família de seu parceiro para ser considerado como herdeiro necessário do patrimônio construído por ambos em anos de convivência. Além de caracterizar uma flagrante injustiça com o parceiro, este tipo de analogia só beneficia parentes do *de cujos* que, na maioria das vezes, não admitiam o estilo de vida escolhida por este último, ou os cofres estatais quando a herança é declarada vacante.

Iniciativas de grupos defensores dos direitos dos homossexuais na Bahia, em Minas Gerais e em São Paulo conseguiram disponibilizar livros específicos nos cartórios para registrar formalmente a união estável entre homossexuais. Este documento legítimo ajuda a comprovar aos magistrados o relacionamento do casal, em casos de separação e partilha de bens, ou mesmo como forma de provar que o parceiro sobrevivente tem direito a ser considerado como herdeiro necessário do falecido. Este documento ainda corrobora para que o companheiro seja dependente do outro devidamente inscrito no INSS desde 1991, em caso de pensão por morte ou auxílio-reclusão, conforme o artigo 16, inciso I da Lei 8.213/91. Este fato inédito até 2000 tem sua força na Ação Civil Pública 2000.71.00.009347-0⁶⁹, proposta pelo Ministério Público para estender os

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Unões Homoafetivas – Uma realidade que o Brasil insiste em não ver**. Porto Alegre, [2003 ?]. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/memorial/RevistaJH/vol2n3/16-Desa_Berenice_Dias.pdf>. Acesso em: 6 set. 2007.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice *apud* SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. cit. p. 85.

⁶⁹ SILVEIRA, João Batista Pinto. Excerto do voto proferido no julgamento da Apelação Cível nº 2000.71.00.009347-0/RS. *In: Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, a. 16, n. 57, 2005, p. 479.

benefícios previdenciários para os parceiros homossexuais, caso contrário seria uma violação dos direitos constitucionais de igualdade, liberdade e isonomia⁷⁰. Assim, o INSS publicou a Instrução Normativa 25/00 e depois a Instrução Normativa 50/01, reconhecendo a união estável dos casais homossexuais, conforme o determinado na Carta Magna. Depois o mesmo benefício foi estendido aos parceiros de mesmo sexo de servidores públicos, de acordo com a Lei 3.786/02.

Nos casos que envolvem crianças e adolescentes, a responsabilidade e a sensibilidade do magistrado devem atender ao fato que nem todos os casais homossexuais podem ser admitidos na lista de espera por uma adoção, na mesma proporção dos casais heterossexuais, sem deixar que limites pessoais discriminatórios não concedam estes direitos, pois o único fator que diferencia a adoção por um homossexual é sua orientação sexual, característica não essencial do instituto da adoção. Assim sendo, o magistrado não poderá se isentar de decidir por impossibilidade jurídica do pedido ou mesmo indeferir a petição inicial tão somente com base na relação homossexual dos candidatos, sem dar uma oportunidade para profissionais mais capacitados possam avaliar as condições familiares do casal candidato. O juiz deverá analisar se estes casais, sejam eles heterossexuais ou homossexuais, atendem aos requisitos exigidos pelo ECA, além de exigir uma cuidadosa avaliação dos assistentes sociais e psicólogos com relação ao cotidiano destes candidatos, num estudo psicossocial, para assim poder proferir uma decisão fundamentada, sem caracterizar nenhum tipo de discriminação quanto aos direitos constitucionais dos pretendentes homossexuais. A concessão do estágio de convivência entre o(s) candidato(s) e o menor também trazem informações preciosas para o magistrado conseguir acertar em seu julgamento, mas o simples acolhimento do pedido de convivência não significa que a adoção será posteriormente deferida, pois tudo dependerá da adaptação das partes, e o resultado da análise psicossocial dos candidatos. E depois de comprovada a adaptação do candidato e o menor, não há motivos para negar a adoção, conforme registrado na seguinte sentença,

Adoção cumulada com destituição do pátrio poder – Alegação de ser homossexual o adotante – Deferimento do pedido – Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos, sente 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

⁷⁰ BRASIL. **Ministério da Previdência Social**. O que você precisa saber sobre a Previdência Social. Rio de Janeiro: Ed. Senac Nacional, 2004. Publicado em parceria com a Secretaria Executiva do Programa de Educação Previdenciária. Disponível em: < http://www.senac.br/cartilha_previdencia/previdencia_social.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2008.

ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é adoção, a ele entregue, fatos 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.** Apelo improvido. (Ac. Um. Da 9ª CC TJRJ – AC 14.332/98 – Rel. Desembargador Jorge de Miranda Magalhães, j. 23.03.1999, DJ/RJ 26.08.1999, p. 269, ementa oficial) (grifo nosso)⁷¹

As mudanças na aceitação de adoção por homossexuais já são visíveis na maioria dos Juizados da Infância e da Juventude e nas Varas de Família, demonstrado pela dedicação dos magistrados no dia nacional da Adoção, instituído pela Lei 10.447/02. Os debates implementados durante este dia, demonstram que a sociedade e o próprio Judiciário estão mais susceptíveis na aceitação deste tipo de constituição familiar, não podendo o candidato ser discriminado pela sua orientação sexual. O mesmo entendimento já foi consolidado no direito previdenciário, sucessório e eleitoral. Essa tendência é confirmada, nos âmbitos do Direito da Criança e do Adolescente e do Direito de Família, pelos casos de deferimento de adoção de crianças e adolescentes por homossexuais, individualmente (mesmo que convivessem em um ambiente familiar biparental), a colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas homoafetivas (através do instituto da guarda), e com algumas decisões pioneiras, permitindo a adoção em conjunto para casais do mesmo sexo, tendo como base a sua analogia às regras previstas para a constituição de união estável. A legislação pátria tem seguido os passos de tribunais alienígenas, além das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica, conforme indicado anteriormente.

Uma decisão trouxe à tona a questão da realidade de crianças que vivem em lares biparentais homossexuais: o caso da guarda de Francisco Ribeiro Eller, o “Chicão”, filho biológico da cantora Cássia Eller, morta em 2001. A decisão do magistrado carioca de conceder a guarda definitiva da criança à Maria Eugênia Vieira Martins, parceira de Cássia por 14 anos, demonstrou que a filiação socioafetiva com aquela caracterizava o melhor interesse do menor, apesar dos avós maternos biológicos também exigirem a guarda. A sensibilidade do magistrado da 1ª Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro constatou não só a realidade familiar

⁷¹ DAHER, Ana Paula Teixeira; OLIVEIRA, Dominique de Castro. **Adoção por homossexuais**. Goiânia, 10 out. 2004. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/366474f7-81c0-40ab-8034-1f2f17679026/Default.aspx>>. Acesso em: 6 set. 2007.

daquela criança, como atendeu aos desejos da mãe biológica falecida, que deixará inúmeros registros indicando que gostaria que sua companheira fosse a guardiã do filho que juntas criaram, além de acordar com o avó que pleiteava a guarda para que este tivesse visitas regulares com o menino, desde que este último estivesse de acordo. Este caso evidenciou uma iniciativa jurisprudencial à favor dos casais homossexuais que tenham prole, por causa da notoriedade dos envolvidos. Assim, os magistrados do Estado do Rio de Janeiro têm deferido inúmeras adoções para casais homossexuais, sendo os mesmos avaliados como se heterossexuais fossem, ou seja, sem nenhuma discriminação.

Os magistrados, principalmente no Rio Grande do Sul, já tendem para este reconhecimento legítimo de direitos iguais para ex-companheiros, como o direito de visita de filhos consangüíneos de só um deles, apesar de só constar no registro de nascimento destes um só nome, após a comprovação que estes ex-companheiros participaram ativamente da criação destas crianças durante o relacionamento com seu genitor. Um caso parecido foi registrado no Estado de Minas Gerais, onde um juiz deferiu que uma menina de dois anos e meio fosse criada por um casal homossexual, sendo esta filha biológica de um deles, e que a mesma fosse registrada com os sobrenomes da mãe, do pai e do companheiro, registro todo efetuado com o consentimento da mãe.⁷²

Mas a decisão que finalmente concedeu direitos iguais aos casais de mesmo sexo na adoção de crianças foi publicada na cidade de São Paulo, quando o juiz admitiu que um casal homossexual, Pedrinho Fernandes e Aldo Sobral, que já viviam em união estável há 18 anos, ganhasse a guarda definitiva de duas meninas, uma de 14 anos e outra de 8 anos, que conviviam com o casal desde bebês, cada uma registrada individualmente por eles. Ambas meninas reconhecem que constituem uma família diferente, pelos pais serem homossexuais, mas ela é harmoniosa e feliz, e mais importante, ambas estão longe das dificuldades econômicas e dos dados estatísticos sobre a população órfã brasileira. Ainda no Estado de São Paulo, na cidade de Catanduva, o casal Vasco Pedro da Gama Filho e Dorival Pereira de Carvalho Junior conseguiram o deferimento em 2004 para que ambos ingressassem na fila de espera como um casal para adotar uma criança, após a suas avaliações por profissionais e assistentes sociais. Esta decisão foi apoiada pelo Ministério Público e teve como base a Resolução 01/99 do Conselho Federal de Psicologia, onde descartava a definição errônea da homossexualidade como uma

⁷² PERES, Ana Paula Ariston Barion. Op. cit. p. 150.

doença. A menina já estava legalmente adotada por um deles, mas a vontade de exercer a parentalidade conjunta fez com que o companheiro entrasse com uma ação para o reconhecimento de sua filiação com a menina. Após anos de luta e angústia, o casal finalmente conseguiu não só a guarda definitiva e conjunta da menina Theodora, sem oposição do Ministério Público, mas também registrar seus nomes na certidão da menina como seus pais legítimos.⁷³

Outra decisão que marcou o ordenamento jurídico foi um juiz de Bagé, no Rio Grande do Sul, permitisse o estabelecimento de vínculos de filiação pela adoção de duas lésbicas, com dois menores, reconhecendo no âmbito jurídico os laços socioafetivos e a união estável de ambas. A filiação dos dois menores era somente com uma das companheiras. O juiz foi sensível não só a realidade dos menores, como atendeu aos anseios da companheira da mãe adotiva, que queria dividir as responsabilidades legais com esta última para com os menores, apesar do Ministério Público proferir decisão em contrário, ao interpretar literalmente a legislação brasileira e entender que o pedido era juridicamente impossível, conforme decisão abaixo,

Apelação Civil. Sétima Câmara Cível nº 70013801592. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.⁷⁴

Na cidade do Rio de Janeiro, foi a vez de um juiz outorgar a guarda provisória de um menor a um casal de lésbicas, que viviam em regime de união estável há mais de 5 anos, com base no princípio constitucional de igualdade. Elas já brigavam pelo reconhecimento deste direito de parentalidade a mais de 3 anos. Com este grande passo dado, o deferimento da adoção e todos os direitos dela conseqüentes são uma simples etapa, que está muito próxima de se realizar. O

⁷³ ADOÇÃO por homossexuais pode virar lei. **Estado de Minas**. Belo Horizonte, 17 jan. 2007. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/janeiro-2007/adocao-por-homossexuais-pode-virar-lei/>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

⁷⁴ MATSUURA, Lilian. Justiça gaúcha autoriza adoção por casal homossexual. **Revista Consultor Jurídico**. Porto Alegre, 5 abr. 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br//static/text/43339,1>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

magistrado que analisou o caso constatou o amor incondicional entre aquele casal de mulheres e a criança, que tinha sido abandonada em uma instituição. O casal de lésbicas hoje requer que a criança seja registrada com o sobrenome de ambas, uma declaração oficial do vínculo de filiação entre as partes. Neste processo, além da primazia dos princípios constitucionais, o magistrado atendeu aos preceitos do ECA, principalmente no melhor interesse do menor. No início, foi um processo difícil, por causa do preconceito recebido pelas mulheres ao se cadastrarem como candidatas à adoção. E mesmo depois de terem encontrado o menor com o qual se identificaram, inúmeras guardas provisórias foram negadas por um outro magistrado que só discriminava pelo fato do casal ser homossexual, sem se ater ao fato que a criança estava desnutrida e doente naquele abrigo onde se encontrava, ou seja, sem se importar com o melhor interesse da criança com base em convicções pessoais. Somente com o envolvimento da Defensoria Pública que este casal conseguiu este fato inédito no Rio de Janeiro, a guarda provisória conjunta do menor.

Um outro caso de deferimento de guarda provisória em conjunto para um homossexual foi registrado em Riberão Preto, Estado de São Paulo, quando um juiz deferiu a guarda provisória de quatro irmãos biológicos, um menino e três meninas, para um casal de cabeleireiros que conviviam em união estável a mais de 15 anos.⁷⁵ A guarda provisória é deferida por sua medida ser temporária, podendo ser revogada a qualquer momento se o magistrado e os assistentes sociais entenderem que houve desvio de comportamento do menor durante o estágio de convivência, mas apesar desse entendimento, este não deixa de ser um passo grande para o reconhecimento definitivo daquela célula familiar.

Porém, os Projetos de Lei que transitam no Congresso, como o Projeto de Lei nº 1.151/95, de autoria da ex-Deputada Marta Suplicy, vedam a adoção por homossexuais, ou seja, ao invés de garantir os mesmos direitos a todos os cidadãos, independente da orientação sexual, este projeto, se aprovado, já colocaria em risco inúmeros pedidos que estejam sendo efetuados nas Varas da Infância e da Juventude. O projeto faria retroceder todas as inovações efetuadas pelos magistrados em prol do melhor interesse da criança, e tornariam escassas decisões a favor das famílias homoafetivas, uma afronta aos princípios constitucionais, pilares da sociedade brasileira. Ainda assim, alguns outros projetos que poderiam beneficiar estas minorias – e promover os princípios constitucionais como a dignidade humana – nem são colocadas em pauta para votação no Congresso Nacional, pois os representantes do povo que lá freqüentam não querem se

⁷⁵ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. cit. p. 157, 158 e 159.

comprometer socialmente com seu eleitorado – em sua maioria preconceituosa, escolhendo assim a inércia na aprovação desses projetos cientificamente fundamentados como sendo necessários, e que poderiam contribuir para uma sociedade mais justa, livre e solidária, conforme o artigo 3º, inciso I da Carta Magna, garantindo assim a cidadania de todos os indivíduos – inclusive o seu eleitorado, independente da sua orientação sexual. Esta omissão estatal no Poder Legislativo tem sido suprida no caso a caso pelo Poder Judiciário, exercendo assim supletivamente a função para diminuir a marginalização e as desigualdades sociais entre cidadãos iguais nos direitos e deveres constitucionais e na dignidade.

Assim, apesar de serem poucos os casos registrados no Brasil, a jurisprudência tende a se solidificar e se uniformizar com relação à possibilidade da adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo, tendência verificada em inúmeros encontros nacionais de magistrados para nas Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção de cada Estado. Encontra-se uma solução até que os legisladores decidam regulamentar em lei a realidade que os encara, deixando a hipocrisia de lado e mostrando à sociedade brasileira os novos rumos de sua evolução, ultrapassando velhos moralismos. É, como discursou Maria Berenice Dias,

imperioso que as interpretações dos juízes sejam criativas (...). É um dever da jurisprudência inovar diante do novo (...). Precisam, os juízes, arrostar as novas realidades que lhes são postas à decisão e não ter medo de fazerem justiça para vencer a pecha – que não deve ser a realidade de ser o Judiciário um poder incompetente e sacralizador de injustiças.⁷⁶

5. CONCLUSÃO

Após os esclarecimentos oferecidos ao longo do presente trabalho, demonstrou-se que não existe outra possibilidade a não ser admitir e conceder o pedido de adoção a um casal homoafetivo, desde que comprovada a união estável do convívio familiar e seu ambiente estável para abrigar um menor abandonado e carente de afeto, além do livre convencimento do magistrado e dos profissionais envolvidos no processo que estes candidatos têm aptidão psicológica para exercer com eficácia e responsabilidade os papéis materno e paterno. Os estudos psicológicos comprovaram que os casais homossexuais são tão capazes quanto os heterossexuais de prover este ambiente saudável para as crianças ou adolescentes, e que o desenvolvimento

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice *apud* SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Op. cit. p. 183.

destes não demonstra sinais de prejuízo em qualquer momento de sua avaliação. Permitir aos casais do mesmo sexo a adoção faria com que inúmeras crianças, antes relegadas ao abandono e à marginalidade, possam ter uma chance de constituir uma família, recebendo afeto, amor e carinho. Verificou-se também que esta espécie de adoção não é vedada pela legislação brasileira, atendendo até os princípios basilares da Carta Magna, entre eles, o da primazia da igualdade e da dignidade de qualquer indivíduo. Assim, os homossexuais, querendo adotar individualmente ou em conjunto, não precisariam mentir ou omitir sua orientação sexual com medo da rejeição, porque deverão ser analisados como qualquer outro candidato à adoção, além de preencher as condições legais existentes.

Quanto ao preconceito que esses menores irão sofrer por parte de terceiros, ele é real e inegável, assim como era o preconceito contra crianças adotadas, filhos de mães solteiras ou divorciadas no passado. São preconceitos enraizados na cultura da sociedade, e que precisam ser eliminados, apesar de se ter consciência que é um processo lento. Mas é um processo já iniciado por poucos magistrados e grupos defensores das minorias, que se almeja contagiar a sociedade como um todo.

Portanto, com um parecer positivo multidisciplinar dos profissionais que acompanham o processo de adoção, com o preenchimento obrigatório e completo dos requisitos legais para a colocação definitiva da criança ou adolescente em família substituta, e com a aplicação analógica das normas de união estável ao casal homossexual, a jurisprudência gerada pelos Juizados da Infância e Juventude tende a deferir a adoção aos candidatos homossexuais. Estes já não demonstram muitas preferências quanto ao menor que será adotado, facilitando na aceitação de todos aqueles com os quais cria um vínculo socioafetivo, um ponto positivo e válido para a colocação de menores que normalmente os heterossexuais não aceitam.

Estas concessões no Direito de Família têm demonstrado que é possível conferir a um menor um ambiente estável e com pais em comunhão harmoniosa para seu bom desenvolvimento, procurando a primazia da função social do instituto da adoção acima dos ditames jurídicos individualistas. E só uma interpretação inclusiva dos preceitos constitucionais tutela todos os tipos de constituição familiar, sejam estes compostos por membros homossexuais ou heterossexuais, fugindo assim da concepção tradicionalista do significado de uma família socialmente aceitável.

Sendo assim, os princípios que obtêm destaque com estas decisões são os da solidariedade entre os indivíduos, dos vínculos sócio-afetivos e da primazia do amor nas relações familiares. E não se pode esquecer que o melhor interesse do menor deverá se sobrepor a qualquer outro mérito, inclusive dos candidatos à adoção, que deverão comprovar ao magistrado e aos profissionais envolvidos no processo que podem atender a todas as necessidades físicas e emocionais de uma criança ou adolescente, tendo muitas vezes já sofrido com o abandono e o descaso. Pois, para ser um bom pai ou uma boa mãe, não basta a assistência material efetiva, mas é necessária a criação de um laço afetivo com a criança ou adolescente, que contribua para seu correto desenvolvimento mental e psicológico, proporcionando-lhe proteção e afeto. É uma reinvenção do modelo familiar tradicional, em prol dos direitos das crianças e adolescentes ansiosos para participar de um ambiente doméstico, onde serão amados e protegidos. E sobretudo a adoção deverá ser indeferida se não ficar comprovado que os candidatos podem oferecer o ambiente ideal para o menor, não atendendo os requisitos legais ou recebendo um parecer psicossocial negativo de sua índole.

A não concessão do pedido de adoção ou a inabilitação dos candidatos homossexuais, apesar destes indícios, representaria uma decisão fundamentada no preconceito e não na Constituição Federal – e nem nos laços de afeto que unem essas pessoas –, além de não corresponder ao melhor interesse de crianças e adolescentes desamparados em instituições, uma questão social relevante à sociedade, nem aos menores adotados por apenas um homossexual, mas que participam de um ambiente familiar biparental, negando assim um vínculo jurídico familiar mais pleno entre seus membros. Esta situação constitui não só uma ofensa aos direitos constitucionais dos candidatos e do menor a ser adotado, como demonstra a falta de comprometimento do magistrado com sua função social como representante do Estado, que se recusa a enxergar uma realidade benéfica ao menor, com base em convicções pessoais discriminatórias. Neste caso, a omissão estatal também na aprovação de projetos de lei que finalmente tutelariam expressamente estas situações corresponde a um retrocesso social, onde a religião discriminatória ainda influencia as decisões de um Estado Democrático que diz ser livre, solidário e justo, onde todos os seus cidadãos são “iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (artigo 5º, *caput*/CF). É uma viagem de volta aos tempos da Idade Média, onde a Corte não aprovava leis que eram contra seus interesses pessoais, e onde os vassalos não tinham como garantir a sua dignidade e sua igualdade com os membros da Corte. Este desvio de conduta do

Estado Democrático Brasileiro esquece o compromisso da Constituição Federal de 1988 e consequentemente os direitos humanos nela contida. A frase proferida por Albert Einstein em sua visita ao Brasil parece mais atual do que nunca: “Época triste é a nossa em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo”. Espera-se que a sociedade acorde para a realidade que a encara, e cumpra assim sua função como garantidora dos direitos fundamentais de todos seus cidadãos, como poucos já o têm feito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOÇÃO por homossexuais pode virar lei. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 17 jan. 2007. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/janeiro-2007/adocao-por-homossexuais-pode-virar-lei/>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

ADOÇÃO por homossexuais - toda maneira de amor vale a pena? **Ao mestre**, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.aomestre.com.br/cmp/arquivo/103.htm>>. Acesso em: 6 set. 2007.

ADOÇÃO x homossexualismo. **Cassiaeller.acervo**, Rio de Janeiro, 16 jan. 2003. Disponível em: <http://groups.msn.com/cassiaelleracervo/matrias.msnw?action=get_message&mview=O&ID_Message=3791&LastModified=4675405578798650149>. Acesso em: 6 set. 2007.

AMORIM, Tathiana de Melo Lessa. Incurável discussão: homossexualismo e adoção. Linhas gerais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 624, 24 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6503>>. Acesso em: 6 set. 2007.

ATISANO, Roberta Alves. Generalidades sobre o processo de adoção de menores – requisitos obrigatórios e habilitação para adotar. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 23 out. 2006. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/22821>. Acesso em: 6 set. 2007.

BARBOSA JUNIOR, Jair. **A nova família** - adoção por homossexuais. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/equipe/jairb/noticias-do-inesc/a-nova-familia-adocao-por-homossexuais/>>. Acesso em: 6 set. 2007.

BITTENCOURT, Mona. Juiz dá a gay direito de adotar uma criança. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 07 jul. 1999. Disponível em: <www.cecif.org.br/tt_homossexuais.htm>. Acesso em: 6 set. 2007.

BONANÇA, Paulo. Adoção por casais gays: a relação entre o casal gay e a criança adotada. **Jornal O SEXO**, Rio de Janeiro, 28 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.redepsi.com.br/portal/modules/soapbox/article.php?articleID=93>>. Acesso em: 6 set. 2007.

BRASIL. **Ministério da Previdência Social**. O que você precisa saber sobre a Previdência Social. Rio de Janeiro: Ed. Senac Nacional, 2004. Publicado em parceria com a Secretaria Executiva do Programa de Educação Previdenciária. Disponível em: <http://www.senac.br/cartilha_previdencia/previdencia_social.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2008.

BRASIL. **Programa Nacional de Direitos Humanos**. Brasília: Presidência da República. Secretaria da Comunicação Social. Ministério da Justiça, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PRODHI.HTM>. Acesso em: 9 fev. 2008.

BRASIL. **Resolução n.º 01 de 23 de Março de 1999**. Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Disponível em: <<http://www.armariox.com.br/conteudos/leis/crp.php>>. Acesso em: 6 set. 2007.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n.º 154.857-DF (REG. 97.0081208-1). 6ª Turma. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Distrito Federal, 26 de Outubro de 1998. Disponível em: <<http://www.mpdft.gov.br/Gerais/Publica/87.htm>>. Acesso em: 8 set. 2007.

BUGLIONE, Samantha. **Reprodução e sexualidade**: uma questão de justiça. Teresina, 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1855>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

CANOSSA, Roberta. Com quem deve ficar a guarda dos filhos? **Jus Vigilantibus**, Vitória, 24 abr. 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/24726>. Acesso em: 6 set. 2007.

CHIARNI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Da Adoção por homossexuais**. Minas Gerais, 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4302>>. Acesso em: 6 set. 2007.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Européia dos Direitos do Homem**. Roma: Secretária Geral, 1950. Disponível em: <<http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/cesdh.html>>. Acesso em: 23 mar. 2008.

DAHER, Ana Paula Teixeira; OLIVEIRA, Dominique de Castro. **Adoção por homossexuais**. Goiânia, 10 out. 2004. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/366474f7-81c0-40ab-8034-1f2f17679026/Default.aspx>>. Acesso em: 6 set. 2007.

DEFESA da adoção por homossexuais encerra comemorações do Dia Nacional da Adoção no TJRJ. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 25 maio. 2007. Disponível em: <<http://srv7.tj.rj.gov.br/publicador/exibirnoticia.do?acao=exibirnoticia&ultimasNoticias=3809>>. Acesso em: 6 set. 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção homoafetiva**, Porto Alegre, 03 fev. 2004. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/a_986~p_7~Adocao-homoafetiva>. Acesso em: 9 set. 2007.

_____. **Adoção por homossexuais**. Porto Alegre, 2003. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=813&isPopUp=true>. Acesso em: 9 set. 2007.

_____. **Amor em dose dupla**. Porto Alegre, 2004. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=837&isPopUp=true>. Acesso em: 9 set. 2007.

_____. Amor versus preconceito. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 22 jun. 2003. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/1439>. Acesso em: 6 set. 2007.

_____. Brasil sem homofobia? **Jus Vigilantibus**, Vitória, 17 ago. 2006. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/22254>. Acesso em: 6 set. 2007.

_____. **E agora, Chicão?** Araraquara, 23 jan. 2002. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=66&isPopUp=true>. Acesso em: 9 set. 2007.

_____. **Famílias homoafetivas**. Porto Alegre, 2003. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1023&isPopUp=true>. Acesso em: 9 set. 2007.

_____. **Filhos do afeto**. Santa Maria, 18 nov. 2003. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=383&isPopUp=true>. Acesso em: 9 set. 2007.

_____. **Filiação homoafetiva.** Belo Horizonte, 25 set. 2003. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=387&isPopUp=true>. Acesso em: 9 set. 2007.

_____. **Manual de Direito das famílias.** – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O direito a um lar. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 14 jul. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/16148>. Acesso em: 6 set. 2007.

_____. **Paternidade homoparental.** Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=399&isPopUp=true>. Acesso em: 9 set. 2007.

_____. **Um é pouco.** Porto Alegre, 2003. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1047&isPopUp=true>. Acesso em: 9 set. 2007.

_____. Um voto para a homoafetividade. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 19 out. 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/2229>. Acesso em: 6 set. 2007.

_____. **União homossexual:** o preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Unões Homoafetivas** – Uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Porto Alegre, [2003 ?]. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/memorial/RevistaJH/vol2n3/16-Desa_Berenice_Dias.pdf>. Acesso em: 6 set. 2007.

DIREITO de ser papai garantido. **O Dia**, Rio de Janeiro, 05 mar. 1999. Disponível em: <www.cecif.org.br/tt_homossexuais.htm>. Acesso em: 6 set. 2007.

DOURADO, Mona Lisa. Meu pai é gay. **Jornal do Comércio**, Recife, 13 ago. 2000. Disponível em <http://www.cecif.org.br/tt_homossexuais.htm>. Acesso em: 6 set. 2007.

FRANÇA. **Código Civil Francês.** Versão consolidada até 1º de Janeiro de 2008. Paris, 2008. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080121>>. Acesso em: 23 mar. 2008.

GAYS que querem adotar crianças devem esconder orientação sexual. **Abalo**. São Paulo, 07 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.abalo.com.br/adocao/adocao.html>>. Acesso em: 6 set. 2007.

GOBBO, Edenilza. **Adoção por casais homossexuais.** São Miguel do Oeste, [2001 ?]. Disponível em: <www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-1258476700>. Acesso em: 6 set. 2007.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Homossexuais precisam de uma legislação própria. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 31 ago. 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/28011>. Acesso em: 6 set. 2007.

GOODE, Erica. Adopção e Parentalidade Homossexual. **Público Online**, Portugal, 04 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.ex-aequo.web.pt/forum/index.php?topic=10618.15>>. Acesso em: 20 set. 2007.

GRIGOLETO, Juliane Mayer. Aspectos conjunturais da adoção de crianças por homossexuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 624, 24 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6502>>. Acesso em: 20 set. 2007.

HOLANDA dá direito de adoção a casais gays. **O Globo**, Rio de Janeiro, 19 dez. 2000. Disponível em: <http://www.cecif.org.br/tt_homossexuais.htm>. Acesso em: 6 set. 2007.

JUSTIÇA – Homossexual habilitado a adotar uma criança. **Zero Hora**, Porto Alegre, 05 fev. 1999. Disponível em: <www.cecif.org.br/tt_homossexuais.htm>. Acesso em: 6 set. 2007.

KÜMPEL, Vitor Frederico. Breves reflexões sobre o homossexualismo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 625, 25 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6498>>. Acesso em: 6 set. 2007.

LEITE, Gisele. A situação jurídica da criança e do adolescente. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 14 ago. 2003. Disponível em <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/340>. Acesso em: 6 set. 2007.

_____. Ponderações sobre a guarda de menor. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 30 mar. 2004. Disponível em <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/732>. Acesso em: 6 set. 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 6 set. 2007.

_____. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301-STJ(1). **Jus Vigilantibus**, Vitória, 03 jan. 2006. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/19605>. Acesso em: 6 set. 2007.

_____. Princípio da igualdade e o Código Civil. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 17 jan. 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/177>. Acesso em: 6 set. 2007.

_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Vigilantibus**, São Paulo, 30 dez. 2002. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/151>. Acesso em: 6 set. 2007.

MAGNO, Ana Beatriz e POZZEMBOM, Wanderlei. Tudo sobre minha mãe: a vida dos travestis brasileiros que educam os filhos com sensibilidade maternal. **Correio Brasiliense**, Brasília, 18

de Jul. 1999. Disponível em <http://www.cecif.org.br/tt_homossexuais.htm>. Acesso em: 6 set. 2007.

MASCHIO, Jane Justina. **A adoção por casais homossexuais**. Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764>>. Acesso em: 6 set. 2007.

MATSUURA, Lilian. Justiça gaúcha autoriza adoção por casal homossexual. **Revista Consultor Jurídico**. Porto Alegre, 5 abr. 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br//static/text/43339,1>>. Acesso em: 23 jan. 2008.

OLIVEIRA, Adriane Stoll de. **União homossexual, família e a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana**. Vitória, 31 jul. 2004. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/2085>. Acesso em: 6 set. 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Viena: Assembléia Geral, 1948. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/udhr/lang/por.htm>>. Acesso em: 9 fev. 2008.

PARAVISO, Ivana Gonçalves. Adoção por homossexuais. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, 10^a ed., Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/002.doc>>. Acesso em: 6 set. 2007.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Flavia Ferreira. **Adoção por homossexuais**. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2669>>. Acesso em: 20 set. 2007.

RIBEIRO, Thaysa Halima Sauáia. Adoção e sucessão nas células familiares homossexuais. Equiparação à união estável. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3790>>. Acesso em: 6 set. 2007.

REUTERS. Pesquisa mostra que 22% de famílias gays nos EUA têm crianças. **Boletim On-line**, Rio de Janeiro, 02 maio. 2000. Disponível em <http://www.cecif.org.br/tt_homossexuais.htm>. Acesso em: 6 set. 2007.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família: volume 6**. – 28. ed. rev. e atual. Por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2004.

SACERDOTE, Juliane. Metade dos noruegueses aceita adoção por gays. **Agência Brasil**, Brasília, 03 maio. 2005. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2006/09/29/materia.2006-09-29.8193629994/views>>. Acesso em: 6 set. 2007.

SILVA, Ana Paula Rocha e; TAVARES, Maria Terezinha. **Adoção por homossexuais no Brasil**. Minas Gerais, [2006 ?]. Disponível em:

<<http://www.horizontecientifico.propp.ufu.br/include/getdoc.php?id=275&article=93&mode=pdf>>. Acesso em: 6 set. 2007.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de adoção por casais homossexuais.** – 3ª Ed. – Curitiba: Juruá, 2007.

_____. Decisões judiciais favoráveis a adoção por gays. **Gay Brasil.com**, São Paulo, 01 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.gaybrasil.com.br/noticias.asp?Categoria=Idigital&Codigo=2987>>. Acesso em: 6 set. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** – São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Mario Bezerra da. União homossexual e a Justiça. **Jus Vigilantibus**, Vitória, 15 maio 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/25242>. Acesso em: 6 set. 2007.

SILVEIRA, João Batista Pinto. Excerto do voto proferido no julgamento da Apelação Cível nº 2000.71.00.009347-0/RS. *In*: **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, a. 16, n. 57, 2005.

TELLES, Márcia. Igreja condena decisão judicial. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 09 jul. 1999. Disponível em: <www.cecif.org.br/tt_homossexuais.htm>. Acesso em: 6 set. 2007.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta de Direitos Fundamentais da União Européia.** Nice: Parlamento Europeu, 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2008.

VELLOSO, Beatriz. A minoria vai à luta. **Revista Época**. Rio de Janeiro, 18 jan. 1999. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/edic/19990118/socied1.htm>>. Acesso em: 6 set. 2007.

VIANNA, Maria Cláudia Ribeiro. Adoção Gay: Melhor deixar crianças abandonadas? **GLSPLANET.COM**, Rio de Janeiro, 23 jul. 2003. Disponível em: <<http://glsplanet.terra.com.br/ativismo/falaserio11.shtml>>. Acesso: 20 set. 2007.

_____. Adoção por homossexuais. **GLSPLANET.COM**, Rio de Janeiro, 15 ago. 2002. Disponível em: <<http://glsplanet.terra.com.br/trilegal/trilegal02.shtml>>. Acesso: 20 set. 2007.

WERNECK, Gustavo. Decisão inédita. **Correio Brasiliense**. Brasília, 27 out. 2001. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/2001-10-27/mat_18213.htm>. Acesso: 20 set. 2007.

ZAMBRANO, Elizabeth. **Parentalidade “impensáveis”:** pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 set. 2007.