

# **SEXUALIDADE, FAMÍLIA E HOMOPARENTALIDADE: DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS**

**Jacson Gross<sup>1</sup>**

**Paula Pinhal de Carlos<sup>2</sup>**

## **RESUMO**

Este artigo trata da possibilidade de adoção por homossexuais, relacionando-se com os conceitos teóricos de sexualidade e família. Parte-se da mudança substancial ocorrida na noção de família e da constatação do momento no qual passa a ser possível a inserção de homossexuais no arquétipo de família, gerando, também, a possibilidade de reconhecimento da homoparentalidade. Demonstra-se também que a sexualidade não é algo que pertence somente à natureza, devendo ser considerado o papel que a cultura tem sobre ela e sobre a produção do paradigma heterossexual, o que dificulta ou mesmo impede o reconhecimento de famílias homoparentais. Por fim, trata-se do reconhecimento jurídico da homoparentalidade, verificando-se, a partir de dispositivos constitucionais e civis, a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.

Palavras-chave: Sexualidade. Família. Homoparentalidade.

## **SEXUALITY, FAMILY AND HOMOPARENTHOOD: THE POSSIBILITY OF HOMOSEXUAL ADOPTION**

## **ABSTRACT**

This article deals with the possibility of adoption by homosexuals, relating with the theoretical concepts of sexuality and family. The starting point is the substantial change

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pelo Centro Universitário La Salle/RS e aluno do Mestrado em Direito e Sociedade da mesma instituição

<sup>2</sup> Professora permanente do Mestrado em Direito e Sociedade e professora colaboradora do Mestrado em Memória Social e Bens Culturais do Centro Universitário La Salle/RS. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais e Mestre em Direito (área de concentração Direito Público) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS. Doutora em Ciências Humanas (área de concentração Estudos de Gênero) pela Universidade Federal de Santa Catarina.

occurred in the notion of family and the exact time in which it was possible to insert homosexuals into the archetype of family, also generating the possibility of recognizing the homoparenthood. It is also demonstrated that sexuality is not something that belongs only to nature, because should be considered the role that culture has on her and on the production of the heterosexual paradigm, which hinders or even prevents the recognition of homosexual families. Finally, it is about the legal recognition of homoparenthood, verifying, from civil and constitutional provisions, the legal possibility of adoption by homosexuals.

Keywords: Sexuality. Family. Homoparenthood.

## **INTRODUÇÃO**

Com este trabalho, busca-se tratar da questão da adoção por homossexuais. Entende-se que, frente às modificações sociais relativas à família e à crescente legitimação social dos relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, não pode o Direito se esquivar de efetivar direitos garantidos constitucionalmente a uma parcela da população, o que consistiria numa discriminação baseada na orientação sexual.

Para tanto, primeiramente será demonstrada a mudança substancial ocorrida na noção de família e a partir de que momento passa a ser possível a inserção de homossexuais no arquétipo de família, gerando, também, a possibilidade de reconhecimento da homoparentalidade. A seguir, será demonstrado que a sexualidade não é algo que pertence somente à natureza, devendo ser considerado o papel que a cultura tem sobre ela e sobre a produção do paradigma heterossexual, o que dificulta ou mesmo impede o reconhecimento de famílias homoparentais. Por fim, tratar-se-á do reconhecimento jurídico da homoparentalidade, verificando-se, a partir de dispositivos constitucionais e civis, a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.

## **1 FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E HOMOPARENTALIDADE**

Nos últimos séculos, verifica-se uma mudança substancial na noção de família. Para Roudinesco (2003), a família tradicional tinha por objetivo a transmissão do patrimônio, fazendo com que os casamentos fossem inclusive arranjados pelos pais. A família moderna, por sua vez, é baseada no amor romântico, permitindo tal modelo uma maior consideração com a vida afetiva dos cônjuges. Já o padrão contemporâneo de família, verificável a partir

dos anos 1960, é fundamentado na busca de duas pessoas pela construção de uma relação afetiva e sexual, o que faz com que sua durabilidade se torne relativa (BAUMAN, 2004). Sendo pensada como um *locus* de realização pessoal e fundada no afeto, esse último modelo de família pode agregar os casais formados por pessoas do mesmo sexo, antes dele excluídos (FACHIN, L. E., 2003; FACHIN, R., 2001). É essa alteração de sentido das relações familiares que permite que também os homossexuais possam se enquadrar no arquétipo de *família*.

Considera-se, a partir desse momento, uma pluralidade de famílias, as quais podem incluir as chamadas famílias reconstituídas, quando os cônjuges ou companheiros possuem filhos de relacionamentos anteriores, e as famílias monoparentais, bem como outras formas de agregação de pessoas, tais como a inserção de avós, tios, padrinhos, etc. Logo, transpõe-se o paradigma da família patriarcal e hierarquizada, o que torna possível a consideração da felicidade e do bem-estar das pessoas envolvidas nos arranjos familiares.

A família é um dos institutos que mais sofreu alterações nos últimos anos e várias dessas alterações se deram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual positivou novos tipos de família, trazendo um conceito amplo do instituto e a proteção jurídica de seus entes, processo denominado de personalização do Direito privado, gerado após a Segunda Guerra Mundial, conforme Silva Filho (2003), e que reflete a valorização da temática da dignidade da pessoa humana. A partir de tal entendimento, gera-se a necessidade de consideração do outro em sua alteridade, atendendo-se às suas necessidades fundamentais, dentre as quais se inclui a sexualidade.

Essa personalização faz com que, sejam infinitas as possibilidades de tipos familiares formados a partir da necessidade ou da vontade daquele núcleo. No que tange especificamente aos direitos dos homossexuais, um importante passo foi o reconhecimento como entidade familiar da união de pessoas do mesmo sexo, efetuada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, conferindo interpretação à luz da CF, em seu artigo 3º, inciso IV, que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça ou cor. O relator da ação, Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto, resume: “a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo família nenhum significado ortodoxo”, bem como acrescenta que “não existe família de segunda classe ou família mais ou menos” (BRASIL, 2011b, p. 24 e 29).

No momento em que é publicizado o debate acerca da regulamentação das uniões entre pessoas do mesmo sexo, o que se dá no Brasil muito antes do julgamento citado acima,

a partir da propositura do Projeto de Lei nº 1.151/95, de autoria da deputada federal Marta Suplicy, questões relativas às homossexualidades adquirem grande relevância no âmbito público. Então, os direitos sexuais de gays e lésbicas são postulados não apenas num sentido negativo, de evitar violências, agressões e discriminações, mas também num sentido positivo, ressaltado por Petchesky (1999). Passa-se a interrogar acerca da consideração das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, e não apenas como parcerias civis, o que abre espaço também para a consideração da possibilidade de adoção por homossexuais solteiros ou por casais (GROSSI, 2003). O tema da homoparentalidade<sup>3</sup> adquire maior visibilidade sobretudo com a exposição pela mídia da disputa envolvendo a guarda de Francisco, filho da cantora Cássia Eller, disputada por seu pai e sua companheira, que tinha com o menino uma relação maternal, bem como pela abordagem da adoção por um casal de lésbicas por uma novela veiculada no horário nobre.

No que tange às adoções, cabe ressaltar que, por meio de uma análise juridicamente dogmática, homossexuais solteiros ou que não declarem a vivência de uma relação estável seriam aptos à adoção,<sup>4</sup> já que a orientação sexual do adotante não seria perquirida durante a tramitação do pedido, embora tal dado muitas vezes conste nos processos (UZIEL, 2002; ZAMBRANO, 2006). No caso de casais, está explicitamente disposto que os adotantes devem pertencer a sexos diferentes.<sup>5</sup>

Apesar de a adoção por homossexuais solteiros não estar explicitamente garantida por lei e a adoção por casais homossexuais seja ainda menos contemplada, isso não impede que diversos casais criem filhos adotivos e, num determinado momento, queiram regulamentar sua situação parental. É em virtude disso que passam a ser postulados pedidos de adoção ao Poder Judiciário, o qual adquire suma importância na apreciação e, por vezes, no julgamento favorável de tais pedidos. Em alguns casos, como os de Catanduva/SP e Bagé/RS, noticiados pela imprensa (VELLOSO; SANCHES, 2007), verifica-se que um dos indivíduos já havia adotado a criança ou o adolescente, enquanto solteiro, e que, sua companheira ou seu

---

<sup>3</sup> Embora esse termo possa denotar “a idéia de que há algo de específico no exercício parental, marcado pela orientação sexual dos pais”, ele parece conceder visibilidade à questão (UZIEL; MELLO; GROSSI, 2006).

<sup>4</sup> De acordo com o Código Civil, é a pessoa sujeito da adoção, (art. 1.618), não sendo necessário que se trate de um casal. Logo, não haveria impedimentos legais à adoção por indivíduos homossexuais.

<sup>5</sup> Por meio de uma análise apenas da *letra* do ordenamento jurídico civil, a adoção por duas pessoas só é permitida se se tratar de marido e mulher ou de pessoas que vivam em união estável (art. 1.622). Apesar disso, a partir de uma interpretação jurídica calcada em preceitos constitucionais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos à liberdade e à igualdade, é possível compreender a possibilidade de adoção por casais homossexuais, embora não seja este um dos objetivos deste trabalho.

companheiro busca judicialmente a adoção legal daquela ou daquele que já é faticamente sua filha ou seu filho.<sup>6</sup>

Assim, cabe ao Poder Judiciário brasileiro a consideração acerca da inserção desses *novos* arranjos no conceito de família, da apreciação do melhor interesse da criança, das condições dos adotantes para o exercício da maternidade ou paternidade, etc.<sup>7</sup> Logo, é o Poder Judiciário também o responsável pela *legitimação* (WOLKMER, 2003) ou não das famílias constituídas por homossexuais, bem como aquele que produz e reproduz critérios que caracterizarão ou não a *normalidade* dessas uniões, o que poderá permitir a consideração de que os indivíduos que dela fazem parte estejam aptos à criação e educação dos filhos adotados.

## 2 FAMÍLIA, SEXUALIDADE E HOMOPARENTALIDADE

Neste item procura-se trazer a visão de alguns teóricos acerca da sexualidade. Busca-se demonstrar que a sexualidade é uma construção social. Primeiramente, cabe referir, com Louro, que a sexualidade é uma constituinte do sujeito. As identidades sexuais constituem-se através da forma com que a sexualidade é vivida: com parceiros do sexo oposto, com parceiros do mesmo sexo, com parceiros de ambos os sexos ou sem parceiros (1997, p. 25-27).

Há uma tendência muito forte de creditar as diferenças referentes à sexualidade às diferenças biológicas. Segundo Vance, não é possível referir aqui que os instintos sexuais possam ser inexistentes, mas apenas que aquilo que é aceitável, ou seja, aquilo que é considerado normal ou natural, é variável conforme a época, o local e a cultura. A sexualidade seria, portanto, como uma espécie de massa de modelar sobre a qual a cultura trabalha (1995, p. 18).

Para Foucault, a sexualidade não pode ser concebida como uma espécie de dado da natureza, mas deve ser vista como um dispositivo histórico.<sup>8</sup> O filósofo francês, em sua obra

---

<sup>6</sup> Em Catanduva/SP, um casal de gays teve seu pedido de adoção de uma menina julgado definitivamente. No caso de Bagé/RS, o casal de lésbicas realizou a adoção de dois meninos. Em ambos os casos, um dos indivíduos já havia adotado as crianças, sendo a adoção pelo casal homossexual verificada no momento em que o outro postula judicialmente a parentalidade.

<sup>7</sup> Para o Código Civil, a adoção só é admitida se constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625). O Estatuto da Criança e do Adolescente vai além, ao dispor que a adoção deve apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em “motivos legítimos” (art. 43).

<sup>8</sup> Segundo Foucault, “não se deve concebê-la [a sexualidade] como uma espécie de dado da natureza que o poder é tentado a pôr em xeque, ou como um domínio obscuro que o saber tentaria, pouco a pouco, desvelar. A sexualidade é o nome que se pode dar a um dispositivo histórico: não à realidade subterrânea que se apreende com dificuldade, mas à grande rede da superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres,

*História da Sexualidade*, busca demonstrar que as concepções sobre a sexualidade são mutáveis. Os outros autores trazidos aqui partilham da mesma opinião.

Sobre a necessidade de compreender a sexualidade como construção social, assim descreve Weeks:

[...] só podemos compreender as atitudes em relação ao corpo e à sexualidade em seu contexto histórico específico, explorando as condições historicamente variáveis que dão origem à importância atribuída à sexualidade num momento particular e apreendendo as várias relações de poder que modelam o que vem a ser visto como comportamento normal ou anormal, aceitável ou inaceitável (2001, p. 43).<sup>9</sup>

Louro refere que “a sexualidade não é apenas uma questão pessoal, mas é social e política, [...] a sexualidade é ‘aprendida’, ou melhor, é construída, ao longo de toda a vida, de muitos modos, por todos os sujeitos”. A sexualidade não é algo que possuímos naturalmente, como se fosse inerente ao ser humano. Pelo contrário, é por meio dos processos culturais que é definido o que é ou não natural. As possibilidades da sexualidade são socialmente estabelecidas e codificadas. Dessa forma, as identidades sexuais são definidas pelas relações sociais, sendo moldadas pelas redes de poder de uma sociedade. A sexualidade seria, então, uma invenção social, constituída historicamente, a partir de diversos discursos reguladores sobre o sexo (1997, p. 11 e 12). Também Giddens credita às relações de poder a forma com que é elaborada a sexualidade. Segundo ele, “a sexualidade é uma elaboração social que opera dentro dos campos do poder, e não simplesmente um conjunto de estímulos biológicos que encontram ou não uma liberação direta” (1993, p. 33).

A tentativa de biologização da sexualidade possui ainda mais força devido ao fato de que o corpo biológico é tido como o seu local. No entanto, ela é mais do que simplesmente o corpo, devendo ser relacionada, ainda, às nossas crenças, ideologias e imaginações. Logo, a sexualidade, para Weeks, deve ser compreendida como uma construção social, já que os corpos não têm nenhum sentido intrínseco. A sexualidade pode, então, ser definida “como uma descrição geral para a série de crenças, comportamentos, relações e identidades socialmente construídas e historicamente modeladas” (2001, p. 38 e 43).

As identidades sociais, constituídas não só pelas identidades sexuais, mas pelas identidades de gênero, raça, nacionalidade, classe etc., são definidas nos âmbitos histórico e cultural. Portanto, assim como as identidades sociais, as identidades sexuais possuem um

---

a incitação ao discurso, a formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas estratégias de saber e de poder” (FOUCAULT, 1988, p. 100).

<sup>9</sup> Podemos utilizar como exemplo a legitimação das práticas homoeróticas entre homens na Grécia Antiga.

caráter fragmentado, instável, histórico e plural (LOURO, 1997, p. 12). Sendo assim não podemos afirmar que sejam naturais e, conseqüentemente, imutáveis.

Compreendido que a sexualidade é construída socialmente e, portanto, mutável de acordo com a época e o local, cabe agora analisar como se dá a construção da sexualidade homossexual. Poder-se-á perceber, ainda, a imposição cultural de uma matriz heterossexual, entendendo-se que as formas *desviantes*, dentre as quais encontra-se a homossexualidade, são imprescindíveis para a construção daquele padrão.

Para Welzer-Lang, foi no momento em que se passou a definir os indivíduos não mais por meio do aparelho genital, mas a partir de uma categoria psicológica que é o desejo sexual que foi gerada uma contribuição para a imposição do paradigma da heterossexualidade como uma forma natural de sexualidade. O autor salienta também que é essa naturalização da heterossexualidade que fundamenta o heterossexismo, o qual pode ser conceituado como “a discriminação e a opressão baseada em uma distinção feita a propósito da orientação sexual”. Ele seria a promoção da superioridade do padrão heterossexual e, conseqüentemente, da subordinação da homossexualidade (2001, p. 467 e 468).

Também Butler relaciona à existência de um padrão heterossexual a necessidade de invisibilidade da homossexualidade: “para que a heterossexualidade permaneça intacta como forma social distinta, ela exige uma concepção inteligível da homossexualidade e também a proibição dessa concepção, tornando-a culturalmente ininteligível (2003, p. 116).<sup>10</sup>

Segundo Louro, esse paradigma heterossexual traz consigo um paradoxo: ao mesmo tempo em que delimita os padrões a serem seguidos, fornece a base para as transgressões. Os desviantes, que ficariam à deriva, também paradoxalmente ao seu afastamento, fazem-se mais presentes:

Suas escolhas, suas formas e seus destinos passam a marcar a fronteira e o limite, indicam o espaço que não deve ser atravessado. Mais do que isso, ao ousarem se construir como sujeitos [...] de sexualidade precisamente nesses espaços, na resistência e na subversão das “normas regulatórias”, eles e elas parecem expor, com maior clareza e evidência, como essas normas são feitas e mantidas (2004, p. 17 e 18).<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> A autora aduz que “o ‘impensável’ está assim plenamente dentro da cultura, mas é plenamente excluído da cultura dominante. A teoria que presume a [...] homossexualidade como o ‘antes’ da cultura, e que situa essa ‘prioridade’ como fonte de uma subversão pré-discursiva, proíbe efetivamente, a partir de dentro dos termos da cultura, a própria subversão que ela ambivalentemente defende e à qual se opõe” (BUTLER, 2003, p. 116).

<sup>11</sup> Louro acrescenta que “o viajante interrompe a comodidade, abala a segurança, sugere o desconhecido, aponta para o estranho, o estrangeiro. Seus modos talvez sejam irreconhecíveis, transgressivos, distintos do padrão que se conhece. Seu lugar transitório nem sempre é confortável. Mas esse pode ser também, em alguma medida, um lugar privilegiado que lhe permite ver (e incita outros a ver), de modo inédito, arranjos, práticas e destinos sociais aparentemente universais, estáveis e indiscutíveis” (2004, p. 24).

Conforme a autora, é a partir da concepção binária do sexo (feminino e masculino) e do desenvolvimento da sexualidade também de forma binária, sendo direcionado ao sexo oposto, que a heterossexualidade torna-se “o destino inexorável, a forma compulsória da sexualidade”. Assim, as transgressões passam a ser vistas como incompreensíveis ou patológicas. Para garantir que tal característica é desviante, são formuladas normas regulatórias, as quais indicam os limites, dentre outros, da legitimidade e da moralidade (LOURO, 2004, p. 81 e 82).

Bourdieu demonstra a forma de dominação simbólica, a qual impõe a invisibilidade, de que os homossexuais são vítimas. A partir do conceito de *dominação simbólica*, ele procura explicitar que “o dominado tende a assumir a respeito de si mesmo o ponto de vista dominante” (2003, p. 144). Assim, isso levaria homossexuais a invisibilizar sua experiência sexual, vivenciando-a envergonhadamente:

A opressão como forma de “invisibilização” traduz uma recusa à existência legítima, pública, isto é, conhecida e reconhecida, sobretudo pelo Direito, e por uma estigmatização que só aparece de forma realmente declarada quando o movimento reivindica a visibilidade. Alega-se, então, explicitamente a “discrição” ou a dissimulação que ele é ordinariamente obrigado a se impor (2003, p. 143 e 144).

É possível perceber, diante do exposto, que a sexualidade é construída culturalmente, que os padrões que são produzidos e reproduzidos atualmente num exercício simbólico podem ser explicados e que são mutáveis. Assim, eleva-se a discussão acerca da sexualidade a um outro patamar: passa-se do reducionismo biológico, da naturalização, à mutabilidade dos padrões instituídos, a partir do processo de *dar-se conta* de como eles são produzidos.

Revela-se, ainda, que a forma com que a matriz heterossexual é imposta e legitimada culturalmente necessita da subordinação da homossexualidade. Essa subordinação faz com que sexualidade homossexual deva ser invisibilizada, pois tal padrão só serviria como um exemplo ao contrário, como algo que não deve ser seguido, que não é legitimado (embora seja também produzido, ainda que com esse propósito). Trata-se, conforme já dito, de um código binário, o qual será imprescindível também à constituição da entidade familiar, já que esta também é fundada no padrão heterossexual.

### **3 O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA HOMOPARENTALIDADE**

A homoparentalidade tem sido menos invisibilizada e até mais aceita, o que se coaduna com o reconhecimento da pluralidade dos modelos de família e com uma maior

abertura relacionada às identidades sexuais. A homoparentalidade auxilia também na quebra do paradigma do biologicismo relativo à família, trazendo, com mais velocidade, a nova família para o campo do afeto. É o que L. E. Fachin (2000) propõe ao mencionar que há diferença entre ser pai e ser ascendente biológico, devendo sobrepor-se os vínculos sócio-afetivos ao caráter biológico ou consanguíneo da origem genética.

Seja pela adoção conjunta, ou pela adoção posterior, a homoparentalidade ainda não está disciplinada no nosso ordenamento jurídico trazendo com isso inúmeros problemas, mantendo a polêmica em torno da lacuna<sup>12</sup> existente no tocante a esse tema. A lei da adoção (Lei nº 12010/2009), o ECA (Lei 8069/1990) e os artigos 1.618 e 1.619 do Código Civil (CC) disciplinam o tema. Entretanto, nem sequer margeiam a possibilidade da adoção por casais homossexuais, gerando interpretações diversas. Toda adoção exige a intervenção do Poder Judiciário através de ação própria. Como vemos, o legislador omitiu-se ao não tratar diretamente a possibilidade da adoção homoparental.

Aduz Daniel Borrillo (2007, p. 32), que

o direito não confunde a procriação e a filiação, os argumentos que irrompem contra a homoparentalidade frequentemente fazem referência ao melhor interesse da criança, entendido como o direito desta a ter pais de sexos diferentes ou à manutenção da ordem simbólica, sem que esses pressupostos estejam realmente justificados, pois a orientação sexual não é condição *sine qua non* para um estabelecimento de um elo de filiação, uma vez que os homossexuais não pedem autorização da lei para procriar, assim com o é facultado aos homossexuais solteiros a possibilidade da adoção.

Ainda nessa seara Borrillo (1999, p.40), ressalta:

Se a maior parte da doutrina e da jurisprudência francesas se pronunciou contra a extensão do casamento ao casal de mesmo sexo, foi em razão de argumentos que provêm mais da ordem religiosa ou moral que de uma análise estrita da *ratio* jurídica. Com efeito, depois da Revolução, o casamento é considerado um contrato *sui generis*, laico e único. As características religiosas, morais ou simbólicas a ele atribuídas, enganosamente representam elementos residuais de seu passado canônico. Livre dessa dimensão sacramental, o casamento republicano tem uma vocação para a extensão aos casais independentemente da orientação sexual dos parceiros.

Cabe registrar que a conjugalidade homossexual, crescente na contemporaneidade, bem como seus desdobramentos, tais como a filiação, seria algo incômodo e por vezes tida como uma ameaça aos valores tradicionais da família, como a perda de sua função como base

---

<sup>12</sup>Para Luiz Regis Prado, “a lacuna caracteriza-se quando a lei é omissa ou falha em relação a determinado caso. Em uma palavra, há uma incompleição do sistema normativo” (1997, p.162).

da sociedade. Além disso, para os críticos dessa busca dos homossexuais, isso tornar-se-ia um contrassenso, já que representaria o desejo de integração a uma instituição por eles mesmos repelida em razão de seu caráter opressor. A família responsável por um passado de perseguição estaria sendo redescoberta pelos homossexuais que, em um dado momento, passaram a desejá-la, acentuando uma (supostamente indesejável) crise, iniciada com a ruptura do modelo patriarcal. (ROUDINESCO, 2003).

A não aceitação da possibilidade da adoção por homossexuais ofende a CF, principalmente no tocante ao princípio da dignidade humana – que é um princípio de inclusão, e não de exclusão -, e a própria constituição do ser humano priorizando a família como forma de realização pessoal e de felicidade do indivíduo. Paulo Luiz Netto Lobo (2002, p. 43), afirma o seguinte: “consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada”.

Muitas vezes, a situação fática já é existente, só faltando a proteção estatal que se mostra ausente. Acerca dessa inércia do legislador, reforça Marco Túlio M. Garcia (2003, p. 33), que:

o legislador intimida-se na hora de assegurar direitos a minorias alvo de exclusão social. A omissão da lei dificulta o reconhecimento de direitos, sobretudo frente a situações que se afastam de determinados padrões convencionais. Tudo isso faz crescer a responsabilidade do juiz. Preconceitos e posições pessoais não devem fazer da sentença meio de punir comportamentos que se afastam dos padrões aceitos como normais.

Outra roupagem da família moderna é o das famílias reconstituídas, chamadas também de rearranjadas, com seus cônjuges trazendo de relacionamentos anteriores seus filhos, emanando dessas novas relações realidades e necessidades jurídicas ainda não enfrentadas pelo Direito pátrio. Questões alimentares, de Direito sucessório, atribuição de nome, de visita e guarda em face dos padrastos e madrastas, os novos vínculos de parentesco, entre outras, fazem-se presentes aqui. O Código Civil só reconhece para efeito de impedimento matrimonial a relação padrasto, madrasta e enteados, que passam a ser parentes por afinidade sem dissolução em tempo algum. E as novas relações afetivas que surgem desses convívios, os novos vínculos? E, ainda, quando o segundo relacionamento é homoafetivo, trazendo para a relação filhos de um casamento heterossexual anterior? A situação fática posta é de um casal homoafetivo educando uma criança ou adolescente, o que mais uma vez prova que não há impedimento fático à adoção por casais homossexuais.

Roger Raupp Rios (2001, p. 139, 140, 143), aduz que:

Exposto o estágio atual do debate científico a respeito da homossexualidade, não há como justificar vedação, em Princípio, da adoção de crianças por homossexuais. Isto porque, enquanto modalidade de orientação sexual, não se reveste de caracteres de doença, morbidez, desvio ou anormalidade em si mesma, não autorizando, portanto, a sustentação de uma “regra geral” impeditiva da adoção.

Conclui-se, portanto, que a proibição de adoção fundada exclusivamente na homossexualidade revela ausência de fundamentação racional suficiente para a imposição de um critério discriminatório, proceder que afronta, gravemente, o Princípio constitucional da igualdade.

Com efeito, as discriminações verificadas em matéria de adoção, fundadas tão-somente na orientação sexual do adotante, por constituírem preconceito infundado, revelam-se arbitrárias e sujeitam-se à decretação de nulidade jurídica, por ofenderem diretamente o Princípio constitucional da igualdade.

Diante de todas essas novas roupagens familiares, qual o empecilho jurídico, ou social da aceitação da adoção por casais homossexuais, tendo estes o mesmo tratamento jurídico de casais heterossexuais? A negativa certamente consistiria na não efetivação de princípios basilares do Direito pátrio, como o princípio da igualdade e o da não-discriminação por orientação sexual.

Nessa linha enfatiza Edenilza Gobbo (2000, p. 54-55):

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que regula a adoção de menores, não faz restrição nenhuma, seja quanto a sexualidade dos candidatos, seja quanto a necessidade de uma família constituída pelo casamento como requisitos para a adoção... É evidente que a adoção por homossexuais é possível e também justa. Não se pode negar, principalmente àqueles que são órfãos, o direito de fazer parte de uma família, de receber proteção e amor, e esses atributos são inerentes a qualquer ser humano, seja ele hétero ou homossexual.

Entendemos ser plenamente possível e necessário o reconhecimento jurisdicional dessa “nova” roupagem da adoção e, quando presente, que ele garanta todos os reflexos jurídicos pertinentes ao instituto da paternidade. Isso se dá por meio da adequada leitura dos princípios jurídicos, especialmente os da dignidade e do melhor interesse do menor, à luz da sociedade e da família contemporânea.

Em julho de 2004, a *American Psychological Association* (APA), depois de larga pesquisa em todo território estadunidense, posicionou-se publicamente a favor do exercício da parentalidade por casais homoafetivos:

não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e de lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo em relação às crianças de pais heterossexuais. Realmente, as evidências sugerem que o ambiente promovido por pais homossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os promovidos por pais

heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento 'psicológico das crianças'. A maioria das crianças em todos os estudos, funcionou bem intelectualmente e 'não demonstrou comportamentos egodestrutivos prejudiciais à comunidade'. Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, autoestima, habilidade de liderança, egoconfiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstravam diferenças daqueles encontrados com seus pais heterossexuais. (PATTERSON, 2004).

Comenta Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 209) sobre essas novas famílias:

desapareceram suas funções política, econômica e religiosa, para as quais era necessária a origem biológica. Hoje, a família recuperou a sua função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.

Devemos tirar a venda dos olhos da justiça a fim de caminharmos para uma valorização do mundo da vida, deixando um pouco à margem as ficções e tradições jurídicas e algumas verdades tidas como absolutas. O questionamento sobre as leis postas é essencial à democracia e à função da lei, que é a de emanar justiça. Novas configurações se formam e se formarão ao longo do tempo, e ao Direito cabe proteger e tutelar suas existências e suas relações na sociedade em que se inserem.

Emprestamo-nos das palavras do desembargador Rui Portanova, TJ-RS, na apelação cível 70004129185, em julgado de 23 de maio de 2002, que bem resume o momento do Direito de Família:

Não se pode perder de vista que direito é fato, valor e norma. Principalmente no direito de família, a lei não contém todo o direito, nem compreende toda a dimensão normativa do direito. Para além da lei, na dimensão normativa, temos também o costume e os princípios gerais do direito, por exemplo. Uma decisão, para ser jurídica, jamais pode deixar ao desabrigo a investigação da dimensão fática e axiológica, indispensável e essencial para uma visão completa do que seja direito.

Diante de tudo o que foi exposto, afirmamos que não há empecilhos jurídicos, ou psicológicos, como demonstram os estudos já citados pela APA, para que o Direito não abarque a adoção homoparental como fato jurídico e social. Além disso, tal diferenciação em relação à adoção heteroparental está tolhendo de um cidadão, direitos fundamentais e o discriminando quanto à sua sexualidade e ainda afastando a possibilidade de crianças que necessitam de um lar de o tê-lo.

Entendemos ser plenamente possível a adoção por casais homossexuais, da mesma forma que é feita por casais heterossexuais, gerando todos os direitos e obrigações advindos dessa paternidade, assento no Registro Civil, direitos sucessórios, hereditários, bem como à

prestação de alimentos, como reza o artigo 1.696 do CC (“o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A norma constitucional, que se encontra acima de qualquer legislação, alberga entidades familiares não expressamente previstas e os princípios reconhecem essas entidades familiares. Assim, não somente o casamento tradicional determina o relacionamento, mas também o afeto entre seus componentes. A legislação brasileira ainda é omissa no que tange à adoção por homossexuais. No entanto, verifica-se que a Lei da Adoção e o ECA não trazem empecilhos a esse feito.

Os direitos de cidadania do grupo LGBTTIS são, de fato, deixados de lado pelo legislador que intimida-se na hora da formulação de leis que defendam essas minorias, por questões religiosas, morais, e que podem trazer reflexos eleitorais. Ressaltamos que é importante que a legislação acompanhe as mudanças sociais, uma vez que, já provada a inexistência de empecilhos jurídicos ou qualquer outro de natureza psíquica que prejudique a criança adotada por parceiros homoafetivos, que é uma das principais reivindicações. Logo, o Estado deve reconhecer o direito dos homossexuais constituírem família com a devida proteção estatal.

## **REFERÊNCIAS**

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BORRILLO, Daniel. **Homosexuels quels droits?** Paris: Dalloz, 2007.

BORRILLO, Daniel. O casamento homossexual: homenagem da heresia à ortodoxia? In: FÈDIDA, P. e BORRILLO, D. (Org.). **A sexualidade tem futuro?** Rio de Janeiro: Loyola, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 3.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. **ADI nº 4277** (2011a). SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI %2F4277](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277)>. Acesso em 02 set. 2013.

\_\_\_\_\_. **ADPF nº 132 /RJ** (2011b). SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 02 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 set. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm)> Acesso em 02 set. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 02 set. 2013.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GARCIA, Marco Túlio Murano. União Estável e concubinato no Novo Código Civil. **Revista brasileira de Direito de Família**, São Paulo, SP, a. 5, n. 20, out.- nov. 2003.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1993.

GOBBO, Edenilza. In: **A adoção por casais homossexuais**. Revista Consulex, n. 47, São Paulo: 2000.

GROSSI, Miriam Pillar. Gênero e parentesco: famílias gays e lésbicas no Brasil. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 21, p. 261-280, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. Petrópolis: Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. **Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

PATTERSON, Charlotte J. *Lesbian and gay parenting*. Disponível em: <<http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting-full.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2013.

PETCHESKY, Rosalind Pollack. Direitos sexuais: um novo conceito na prática política internacional. In: BARBOSA, Regina Maria & PARKER, Richard (orgs.). **Sexualidades pelo avesso**: direitos, identidades e poder. Rio de Janeiro: IMS; UERJ; São Paulo: 34, 1999, p. 15-38.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Transformações jurídicas das relações privadas. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 143-195.

UZIEL, Anna Paula. **Família e homossexualidade**: velhas questões, novos problemas. 2002. 210 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, [2002].

\_\_\_\_\_; MELLO, Luiz; GROSSI, Miriam Pillar. Dossiê conjugalidades e parentalidades de gays, lésbicas e transgêneros no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 481-487, 2006.

VANCE, Carole S. A antropologia redescobre a sexualidade: um comentário teórico. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 7-31, 1995.

VELLOSO, Beatriz; SANCHES, Mariana. Uma família brasileira: casais gays lutam pelo direito de adotar filhos. **Época**, São Paulo, 22 jan. 2007, p. 80-87.

WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). **O corpo educado**: pedagogias da sexualidade. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. 2.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2001, p. 47-64.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 2, p. 452-468, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. *Horizontes antropológicos*, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 123-147, jul./dez. 2006.