



# A INTERFERÊNCIA DA IDENTIDADE SEXUAL DOS ADOTANTES NAS DECISÕES JUDICIAIS

GITA WLADIMIRSKI GOLDENBERG\* E STÉFANIE KORNREICH\*\*

O presente artigo é fruto de uma pesquisa interdisciplinar intitulada “*Estudo das Implicações Psíquicas e Jurídicas das Relações de Filiação Decorrentes da Adoção: a Interferência da Identidade Sexual dos Adotantes nas Decisões Judiciais*”, que buscou verificar em que medida a sexualidade dos adotantes poderá intervir na sentença do magistrado, bem como de que forma o saber psicanalítico poderá contribuir para o entendimento aprofundado da diversidade sexual com vistas à proteção da dignidade da pessoa humana.

O estudo da sexualidade torna-se imperativo em matéria de adoção frente ao novo conceito de família previsto pela Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 e diante da proteção constitucional dos direitos fundamentais, em especial o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade.

A família se inclui dentre as garantias institucionais objetivamente tuteladas pela Constituição Federal. Tal proteção não recai apenas sobre a família fundada no vínculo matrimonial, sendo reflexo de uma série de mudanças ocorridas na sociedade ao longo das últimas décadas, que repercutiram significativamente no âmbito do Direito Civil, em especial do Direito de Família.

Se antes o Direito espelhava uma sociedade patriarcal, centrada na figura masculina, hodiernamente consagra o princípio da igualdade, preceituado na Constituição Federal em seu artigo 5º<sup>1</sup>, em especial no inciso I, que tornou inexistentes

diferenças legais entre homem e mulher.

Além disso, foi elencada, dentre os objetivos fundamentais da República, a promoção do bem de todos sem preconceitos quanto à origem, raça, sexo, cor e idade, sendo vedada qualquer forma de discriminação. São, portanto, assegurados o direito à sexualidade e à orientação sexual.

A concepção atual de família, sob o nosso entendimento, compreende prioritariamente as relações de afeto estabelecidas entre seus membros, base fundamental de todo o grupamento familiar, concepção esta que vai ao encontro do pensamento psicanalítico. Assim, novas formas de entidades familiares, como a união estável e as famílias monoparentais, passam a ser reconhecidas.

A alteração da perspectiva familiar na Constituição de 1988 permitiu que o afeto fosse levado em conta para se configurar a estruturação de uma família no lugar da concepção patrimonialista preexistente. A socioafetividade acabou, assim, por consolidar o instituto da adoção.

Atenta-se para o artigo 1584, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que faz menção explícita à afetividade, bem como para o art. 28, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se refere à colocação em família substituta:

Averiguamos uma evolução legislativa na medida em que passou a haver uma preocupação com a afetividade, e não mais somente quanto ao grau de parentesco ou afinidade na questão da proteção da

pessoa dos filhos relativamente à família substituta sob a forma de guarda, tutela e adoção.

Hodiernamente, no que se refere à colocação em família substituta, tem-se um forte preconceito e resistência disfarçados sob um aspecto de moralidade pautando um pensamento desfavorável à adoção por pessoas que não sejam heterossexuais.

O que se questiona juridicamente é se a criança desfrutaria de uma criação saudável no seio de uma família em que se desenvolve uma relação homoafetiva, seja entre dois homens ou entre duas mulheres. É valorizado, em princípio, um modelo de família tradicionalmente aceito, voltado para a heterossexualidade.

Ana Paula Barion (2006), em seu livro “A Adoção por Homossexuais”, discorre sobre a possibilidade ou não de a adoção por homossexuais ser tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro. É apresentado, como ponto de partida, o fato de a Constituição atribuir à família o papel de promoção do indivíduo. Segundo a referida autora, “urge averiguar se os homossexuais estão aptos a desempenhar o papel de pai ou mãe adotivos, de modo a possibilitar o pleno desenvolvimento da personalidade das crianças que venham a perfilhar” (BARION, 2006, p. 103).

Para isso, deveria ser levado em conta se a adoção por homossexuais garantiria aos filhos o direito a ter uma família e a crescer em um ambiente saudável, tendo as suas necessidades fundamentais atendidas, conforme previsto no art. 227 da Constituição de 1988. Se a resposta a essa questão for afirmativa, não haveria por que impedir os homossexuais de adotarem, visto que a adoção atenderia ao melhor interesse da criança.

A sua argumentação se baseia, precipuamente, em relacionar a adoção por homossexuais com o melhor interesse da criança, enunciado no artigo 3º, § 1º, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1990, segundo o qual “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da

criança”.<sup>2</sup>

Lembra-se que o art. 9º, § 1º da mesma Convenção enfatiza, igualmente, o princípio do melhor interesse da criança, e que o mesmo se encontra implícito na Constituição Federal, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo fundamental preservá-lo em todas as esferas do Direito.

Ainda de acordo com o pensamento da autora supracitada, se fosse verificado que a adoção por homossexuais é prejudicial à criança, haveria que se recorrer ao método da ponderação, aplicável a eventuais conflitos entre princípios constitucionais. Mediante o princípio da unidade da Constituição, deve-se buscar harmonizá-los, não existindo uma hierarquia entre os mesmos ou entre estes e as regras. Os princípios constituem comandos de otimização que devem ser sopesados mediante valores e interesses diante do caso concreto em que se dá o embate.

Haveria, então, de um lado, o princípio da igualdade, mediante o qual o indivíduo pode usufruir do direito de proceder à adoção independentemente da opção sexual e, do outro, o princípio do melhor interesse da criança. Afirma Ana Paula Barion que, sopesando ambos os princípios através da aplicação do método da ponderação, prevaleceria o melhor interesse da criança, visto que esta desfruta da condição particular de pessoa em desenvolvimento.

Todavia, partindo da constatação de que a adoção por homossexuais não é prejudicial ao melhor interesse da criança, permitindo o desenvolvimento de sua personalidade, conforme é requerido no art. 43 do ECA e no art. 1625<sup>2</sup> do CC, não haveria por que coibi-la. A proibição violaria os princípios da dignidade humana e da igualdade, encerrados pela Constituição de 1988, representando nada menos que uma discriminação.

Tal fundamentação é enfatizada por Maria Berenice Dias, que compartilha a ideia de que a contrariedade à adoção por homossexuais e inexistência de legislação específica tratando sobre o assunto encontra explicação em um preconceito.

Existe um pensamento que acredita ser essencial

a existência de referências de ambos os sexos para a formação do psiquismo humano, sob pena de ocasionar danos ao seu desenvolvimento. Há, ainda, uma ideia recorrente baseada em um suposto “determinismo psíquico”, mediante o qual a opção sexual dos pais acarretará a formação da opção sexual do filho.

Para Dias (2004), essas questões são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias homoafetivas com prole. As evidências trazidas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães. (...) Também não há registro de dano sequer potencial ou risco ao sadio estabelecimento dos vínculos afetivos. Igualmente nada comprova que a falta do modelo heterossexual acarrete perda de referenciais ao tornar confusa a identidade de gênero. Diante de tais resultados, não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores gere patologias nos filhos.

De acordo com a referida autora, tais evidências comprovariam que a ausência de lei disciplinando a adoção por homossexuais se dá em razão de uma discriminação velada. Ora, não se pode retirar de uma criança desprovida de um lar o direito a uma família que a acolha como filho, permitindo o desenvolvimento de sua personalidade, o que independe da identidade sexual dos adotantes.

O fato de a adoção ser negada apenas levando em consideração a opção sexual do requerente acaba por adquirir um aspecto punitivo, na medida em que não se olha o melhor interesse da criança e sim a sexualidade dos requerentes para indeferir a adoção. Nesse sentido, não se leva em conta o desejo dos homossexuais de adotar um filho, já que eles não possuem outra opção para ser pais, a não ser quando são bissexuais ou recorrem a métodos de reprodução assistida.

A Psicanálise poderá contribuir para o Direito, na medida em que considera a família não apenas como um fato da natureza, mas um fato cultural, pois não se constitui unicamente por um homem, uma mulher

e filhos. A família é, antes de tudo, uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar simbólico, de forma que o indivíduo pode ocupar o lugar do pai ou de mãe, sem que seja necessariamente o pai ou mãe biológicos.

Sob o aspecto psicanalítico, a parentalidade não reside em uma relação de consanguinidade, mas no exercício das funções paterna e materna, que irão estruturar o psiquismo humano. Entende-se a função materna “como sendo a capacidade de poder reconhecer, acolher, conter, decodificar, nomear as necessidades tanto físicas como emocionais da criança” (ZIMMERMAN; COLTRO, 2002, p. 455); a função paterna, por sua vez, seria “a capacidade de poder interditar, dar limites a uma relação mais próxima com a figura de apego, usualmente a mãe, mas não necessariamente, instituindo limites, a lei, o simbólico”<sup>3</sup>. Nesse sentido, um homem poderá exercer a função materna, assim como uma mulher poderá desempenhar a função paterna.

Poderão realizar seus desejos de serem pai e mãe buscando assim a felicidade, visto que inúmeros indivíduos se realizam sendo felizes através do desempenho da função materna e paterna e proporcionando assim carinho e afeto à criança.

Cabe destacar que, diferentemente do entendimento jurídico, para a psicanálise a sexualidade não está sujeita a uma noção estrita de genitalidade, de soberania da zona genital. Enquanto no Direito, a sexualidade é vista como intrinsecamente relacionada à concretude da “conjunção carnal”, a psicanálise defende que a sexualidade faz parte da essência do ser humano, independentemente da opção, sendo compreendida sempre na ordem do desejo, evidente desde os primeiros anos de vida.

Tal observação é pertinente na medida em que, para o pensamento psicanalítico, a sexualidade está presente desde a infância e desempenha um papel decisivo no desenvolvimento do psiquismo. Sigmund Freud, precursor da noção de sexualidade infantil, ensina que a criança, em nível de fantasia, toma ambos os genitores, e particularmente um deles, como objeto de seus desejos eróticos. Na maioria das vezes, “o

incitamento vem dos próprios pais, cuja ternura possui o mais nítido caráter de atividade sexual, embora inibido em suas finalidades” (FREUD, 1910, p. 57-58).

É importante explicitar que, no âmbito familiar, os pais devem atentar para as necessidades e os desejos dos filhos, bem como ter a capacidade de introduzir-lhes a lei paterna, isto é, inserir o terceiro na relação díade mãe e filho. Somente a partir daí, dar-se-á o fenômeno edípico ou, em outras palavras, o Complexo de Édipo, extremamente significativo para a estruturação da personalidade e a orientação do desejo humano.

Pensamos ser fundamental que o adotante não coloque o filho no lugar do cônjuge ao nível inconsciente. Para isso, torna-se necessário que os pais desejem se relacionar afetivamente com outra pessoa que não seja o filho. Se este desejo vier a faltar, estamos falando de uma verdadeira monoparentalidade<sup>4</sup>, o que para a psicanálise significa a ausência de um terceiro na relação entre os pais e a criança.

Sob esse prisma, as relações familiares teriam características estruturais. A ausência de familiares, ou seja, desses referenciais afetivos que se manifestam independentemente da opção sexual, poderá constituir um fator prejudicial ao desenvolvimento do ser humano.

O denominado Complexo de Édipo é fator essencial para a criança ingressar no mundo da cultura e desenvolver sua própria subjetividade. Permite a atribuição de um significado à criança, de maneira que ela desfrute de sua própria individualidade, distinta daquela dos pais. Por conseguinte, possibilitará a sua estruturação psíquica.

Ressalta-se, ainda, que o Direito se pauta pelo consciente. Na Psicanálise, diversamente, o sujeito rege-se pelas leis do inconsciente. Daí a importância da equipe interprofissional nos processos de adoção para entender o discurso latente, que influencia o discurso manifesto – o consciente – tão relevante juridicamente.

Nesse contexto, podem ser verificadas situações

em que um heterossexual adotante venha a apresentar perturbações psíquicas maiores que um outro adotante, homossexual. Mas se só for levado em conta o manifesto, isso poderá não ser percebido pelo magistrado, caso este entenda o que parte significativa da sociedade considera de que é melhor que a criança seja adotada por um heterossexual do que por um homossexual.

Cabe, por conseguinte, esclarecer o papel da equipe interprofissional, descrito no art. 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Sua atuação deverá se dar em dois momentos: no processo de habilitação e no processo de adoção propriamente dito. O processo de habilitação consiste em fazer um estudo das pessoas que pleiteiam a adoção. O resultado é encaminhado ao juiz. Aqui, não há, ainda, a criança. Já no processo de adoção propriamente dito, será realizado um estudo do estágio de convivência, que se verifica através da guarda da criança com a família a fim de verificar a adaptação da criança à mesma. Observa-se, desta forma, que nesta fase já existe a criança.

O laudo da equipe, composta, geralmente, por assistentes sociais, auxiliados ou não por psicólogos e psicanalistas, dentre outros profissionais de áreas distintas do Direito, poderá contribuir para o livre convencimento do juiz na exarcação da sentença. Aos laudos se aplicam os mesmos princípios das provas judiciárias. O juiz poderá ou não acatar o laudo do perito, que deve verificar se a adoção irá propiciar ao adotando um lugar de filho.

De acordo com o nosso pensamento, a adoção é um instituto fundamental, devendo prevalecer independentemente da opção sexual dos adotantes, desde que se verifique, pelo trabalho da equipe interprofissional, a habilitação dos mesmos para colocar a criança no lugar de filho. A adoção deve ser pautada em motivos que a legitimem. O que se quer evitar é que essa criança seja abandonada nas ruas, em um abrigo ou com pessoas que pleiteiam a adoção por razões perversas, tais como o uso da criança para fins sexuais ou domésticos.

O estudo da equipe poderá contribuir, assim, para

o juiz indeferir o pedido de adoção nos casos em que forem identificadas finalidades prejudiciais ao desenvolvimento da criança naqueles que pleiteiam a adoção ou para decidir favoravelmente às adoções que constituam benefícios efetivos para o adotando.

O presente estudo prosseguiu não apenas a partir de um embasamento teórico, mas, igualmente, através de uma pesquisa de campo por meio de entrevistas com assistentes sociais, psicólogos, psicanalistas, defensores, promotores, juízes e desembargadores atuantes na Justiça da Infância e da Juventude. Nas entrevistas por nós realizadas, percebemos que a opção sexual ainda interfere nas decisões judiciais, apesar dos avanços doutrinários. A título de ilustração, comentaremos algumas ideias relativas à orientação sexual dos adotantes observadas ao longo das entrevistas realizadas com os profissionais mencionados.

Uma opinião compartilhada pelos profissionais do Direito é a de que o amor é um requisito essencial para a adoção, independentemente da orientação sexual. Todavia, além de não explicar o que seria esse amor, ainda demonstram uma certa resistência, mesmo que inconsciente, quanto à adoção por homossexuais, apesar de terem se mostrado favoráveis, em sua maioria.

De acordo com uma das defensoras entrevistadas, houve casos de adoção monoparental por homossexuais na Vara da Justiça da Infância e da Juventude da comarca da capital. É mencionado, ainda, um processo em que dois homossexuais desejam adotar conjuntamente, sendo todos os pareceres favoráveis até o momento da entrevista<sup>5</sup>.

A referida defensora relata, igualmente, um caso específico de um homossexual que adotou um bebê e, posteriormente, passou novamente pelo processo de habilitação para adotar outro. Ambas as adoções foram deferidas. Neste momento, observou-se uma reação positiva e entusiasmada das outras defensoras presentes de que o adotante cuidaria muito bem das crianças.

Ela comenta, igualmente, que nenhum dos juízes que passaram pela Justiça da Infância e da Juventude

demonstrou nutrir preconceito em relação a homossexuais, ressaltando que todos seriam favoráveis à adoção por homossexuais, ao que recebeu o assentimento das defensoras ao seu redor. É relatado que, apesar de poucas, todas as adoções por homossexuais foram altamente bem-sucedidas, o que pode ser comprovado pelo fato de nenhum homossexual jamais ter tentado devolver a criança.

Houve apenas uma menção à possibilidade de adoção por um transexual<sup>6</sup>, levantada por outra defensora, que se recordou de uma mulher que chegou a requerer a adoção de uma criança da qual já cuidava havia algum tempo, acabando por desistir ulteriormente. Somente mais tarde, a defensora veio a descobrir que não se tratava de uma mulher, mas sim de um transexual.

Em entrevista realizada com um desembargador com experiência na Justiça da Infância e da Juventude, verificou-se uma posição favorável à adoção monoparental por homossexuais, citando já ter havido vários casos. No entanto, seu pensamento é de que, conforme previsto legalmente, não poderia um casal homossexual adotar, opinião esta justificada a partir da ideia de que um homossexual pode mudar mais de companheiros que um heterossexual.

O desembargador narra fato interessante em que pergunta a uma criança o que representava para ela o parceiro do pai adotivo, ao que a mesma respondeu que seria seu tio. Para ele, poderia também ter dito que era seu padrinho ou algo semelhante, mas não poderia ter respondido que seria sua mãe, o que seria algo em desacordo com a realidade e perturbador, pois não pode um homem ser a mãe.

O seu posicionamento encontra fundamento na psicanálise. O companheiro pode exercer a função materna, mas falar que é a mãe, concretamente, é negar o sexo biológico do indivíduo, podendo ser algo perverso. Uma coisa é reconhecê-lo como um ser cuja orientação sexual é homossexual, mas não se pode dizer que se tornou mãe por conta disso.

Vale ressaltar, igualmente, o pensamento da equipe interprofissional da Vara da Justiça da Infância e da Juventude, da comarca de São Gonçalo<sup>7</sup>. É atribuído

significado relevante à necessidade do adotando ocupar o lugar de filho na família. Antes de mais nada, esta deve desejar acolhê-lo, o que independe da orientação sexual dos adotantes. Destaca-se que, para a equipe, os genitores, não necessariamente, constituem mães ou pais, o que se dá apenas a partir do momento em que os adultos se proponham ao exercício da parentalidade.

É relevante citar na íntegra a resposta de uma psicóloga ao questionamento “*Vocês atendem homossexuais?*”: “*Atendemos seres humanos, pouco importa se eles são heteros ou homossexuais, se são comunistas, republicanos, ou conservadores monarquistas. Atendemos gente. Na verdade o que importa não é a opção sexual da pessoas em si, mas quem é essa pessoa*”.

A equipe demonstrou, acima de tudo, que o que importa é como os homossexuais lidam com a sua opção sexual. Quando um homossexual deseja pleitear a adoção, observam se o seu companheiro faz parte do seu projeto parental. Caso seja constatado um relacionamento estável entre eles, é sugerido, então, que ambos participem do processo de habilitação e pleiteiem a adoção conjuntamente, deixando nas mãos do juiz a decisão cabível.

Caso o adotante não concorde com a sugestão da equipe, requer simplesmente que os companheiros compareçam juntos aos encontros de grupo<sup>8</sup> e às entrevistas individuais com a equipe. Para a equipe, é fundamental, mesmo sendo o pedido de adoção monoparental, que o parceiro frequente as reuniões. A equipe da comarca do Rio de Janeiro também se coloca desta forma diante do pleito de adoção monoparental por um homossexual.

É mencionado um caso em que um homossexual confessou sentir-se envergonhado em levar o companheiro nesses encontros. O psicólogo que o entrevistou ressaltou que se ele mesmo se mostrava desconfortável com sua própria condição, era provável que o filho que queria adotar se sentisse da mesma forma. Posteriormente, o adotante optou por levar o companheiro em outra entrevista agendada com o psicólogo.

O referido adotante questionou, ainda, se, caso viesse a se separar de seu parceiro em um momento ulterior, se o psicólogo iria desejar conhecer seu novo parceiro. A resposta que obteve foi negativa. O que é relevante para o psicólogo é saber como aqueles que iniciaram um projeto parental juntos iriam lidar com a separação.

A questão à qual foi dada mais ênfase na entrevista foi a necessidade dos próprios adotantes não nutrirem preconceito em relação à sua opção sexual, fator este determinante para como a criança vai lidar com esta questão, e para o conhecimento desta sobre si mesma de uma forma não conflituosa. Do contrário, poderá o adotando internalizar uma discriminação que partiu dos adotantes sobre os quais ela recai, ocasionado dificuldades em estabelecer relações interpessoais<sup>9</sup>.

É descrito, por fim, um relatório feito de uma adoção monoparental em que é relatado expressamente o tipo de relação da requerente, com sua parceira. Ela foi habilitada, e já foi chamada a adotar uma criança, mas decidiu não ficar com a mesma pois notou que esta estava muito vinculada à família que a acolheu antes de ser colocada para a adoção. Este é considerado pela equipe um gesto de altruísmo, pois ela podia legalmente ter tirado a criança daquela família para ficar com ela, mas optou por abdicar da mesma, pois considerou que esta já tinha uma família.

A partir dos relatos supracitados relativamente à adoção monoparental por um homossexual, cabe lembrar que adoção por uma pessoa solteira é admitida pelo ECA no art. 42, mas que ainda encontra obstáculos na subjetividade dos magistrados quando se trata de um homossexual. Não se trata, aqui, de uma questão não tutelada pelo ordenamento jurídico. O Direito permite esta possibilidade.

A maior discussão gira em torno dos casos em que dois homossexuais, homens ou mulheres, desejam adotar conjuntamente. Isso só seria possível se pudesse haver união estável entre homossexuais, pois é o que se requer de dois heterossexuais que desejam adotar, estando ausente o vínculo matrimonial. Os que são contrários à adoção por um “casal

homossexual”, como o desembargador entrevistado, consideram-na inconstitucional, uma vez que o art. 226, § 3º, fala claramente em “união estável entre homem e mulher”.

A parte da doutrina que se mostra favorável admite uma interpretação teleológica do dispositivo, mediante a qual deve ser levada em conta a finalidade do legislador no momento em que o elaborou. Outra hipótese defendida seria a configuração de uma mutação constitucional, isto é, apesar de o texto permanecer o mesmo, teria havido uma evolução histórica que permite interpretá-lo de maneira diferente, inserindo-o em um outro contexto.

Diante desse pensamento, não haveria que se aplicar o dispositivo sob o rígido método gramatical, que impõe uma interpretação literal, mas é defendida uma análise sistemática, levando em consideração o ordenamento jurídico como um todo e, principalmente, os princípios da igualdade e da dignidade humana.

Citam-se, ainda, alguns avanços na jurisprudência na medida em que já há decisões judiciais deferindo a adoção por casais homossexuais: um casal de mulheres no Rio Grande do Sul<sup>10</sup>, e, pela primeira vez, dois homens obtiveram a permissão oficialmente para adotar em São Paulo.<sup>11</sup>

Nesse último caso, não houve um pedido inicial de adoção conjunta. Um dos adotantes já havia obtido anteriormente a adoção de uma menina de cinco anos, que passou a morar com o casal, que já vivia junto há cerca de 14 anos. Somente em um momento ulterior, o parceiro veio a pleitear o reconhecimento de sua paternidade. A criança já convivia há quase um ano com eles, chamando-os igualmente de pai. O pedido de adoção foi deferido após avaliações feitas por psicólogos e assistentes sociais. O parceiro foi considerado apto após passar por todo o processo formal de adoção.

É relevante suscitar algumas desvantagens jurídicas no que concerne à impossibilidade de dois homossexuais adotarem conjuntamente. Pode se cogitar da situação em que um homossexual venha a adotar uma criança, vindo esta a conviver com o

seu parceiro, mas sem possuir quaisquer direitos frente a este.

Na ocorrência de separação, não poderia pedir alimentos, bem como não haveria direito de visitação e guarda para o que não apresenta o vínculo formal da adoção, mesmo se nutrisse igual sentimento de filho para com o adotante e seu parceiro.

Do mesmo jeito, se este vier a falecer, não terá o infante qualquer direito sucessório. Já no caso do falecimento do adotante, não é prevista juridicamente a hipótese do adotando permanecer com a pessoa com a qual conviveu durante tempo significativo, estabelecendo vínculos de afetividade, mas estando ausentes os legais.

Juridicamente, portanto, não haveria liame formal entre o parceiro do adotante e o adotado, apesar de ter se verificado a influência afetiva do parceiro no curso do desenvolvimento da criança.

As questões jurídicas suscitadas estão em evidente dissonância com o princípio do melhor interesse da criança e com a ideia de que instituto da adoção visa à persecução de reais vantagens para o adotando. Não está sendo levado em conta, em nenhuma das situações acima levantadas, o sentimento de afeto da criança para com aqueles que considera seus pais, mesmo desfrutando de vínculo formal com apenas um deles.

A adoção, antes de mais nada, busca conceder uma família a uma criança, o que seria possível caso se verificasse que os adotantes, homo ou heterossexuais, poderiam proporcionar um ambiente familiar digno, nos termos do art. 227 da Constituição Federal.

Defendemos que, independentemente da opção sexual e do estado civil, o importante é verificar se os adotantes irão proporcionar a condição de filho ao adotando, concedendo-lhe primordialmente o direito à afetividade.

O nosso trabalho não se restringiu apenas à possibilidade de homossexuais adotarem, mas se estendeu à investigação de um assunto pouco abordado tanto no âmbito jurídico quanto no campo psicanalítico: a transexualidade.

Para proceder a tal investigação, torna-se importante esclarecer a diferenciação entre homossexuais e transexuais. Os transexuais possuem a sua identidade sexual psíquica em desacordo com os seus caracteres sexuais físicos. Seu sentimento é de repulsa em relação ao órgão sexual, não sentindo prazer com o mesmo. O transexual deseja retirá-lo para adequar sua sexualidade biológica à psíquica, buscando meios de se parecer com o sexo oposto, ao qual se sente pertencer.

Os homossexuais, como os transexuais, sentem desejo de se relacionar com o mesmo sexo, sem que, para isso, haja a necessidade concreta de uma cirurgia de redesignação sexual. Diferentemente dos transexuais, todavia, o homossexual é efeminado, e não feminino. Ele aprecia seu órgão sexual, utiliza-o para sentir prazer e não deseja perdê-lo.

Tanto as mães dos transexuais quanto as dos homossexuais desenvolvem relações de maior proximidade e superproteção com seus filhos. O que diferencia ambas é o grau de intensidade e a duração das mesmas. Na transexualidade, a relação mãe-filho é mais simbiótica e incessante, continuando acentuada após a infância.

Outrossim, a figura paterna é, geralmente, ausente em termos psíquicos no desenvolvimento tanto dos homossexuais quanto dos transexuais, mas, em relação a estes, o pai é ainda menos presente, o que favorece ainda mais a simbiose intensa entre mãe e filho.

Robert Stoller, psicanalista especialista na experiência transexual, foi o autor principal de nosso estudo interdisciplinar sobre a transexualidade. A sua pesquisa consistiu em uma investigação clínica, uma vez que acompanhou tanto crianças como adultos ao longo de um processo psicanalítico, por entender que a experiência sexual está além da ocorrência ou não de uma operação de mudança de sexo. Assim, ele analisou não apenas transexuais adultos, mas meninos que se comportavam como meninas, dotados de um vínculo intenso com suas mães, e até mesmo as mães destes ou dos transexuais propriamente ditos, concentrando-se na transexualidade masculina.

O eminente psicanalista verificou certas características comuns à maioria das mães de transexuais, como a presença de traços de masculinidade atrelados aos de feminilidade na sua infância, às vezes tão significativos que se poderia acreditar que elas mesmas cresceriam como transexuais. Pode-se, ainda, encontrar nessas mães a presença de forma mais acentuada de uma bissexualidade e de uma depressão, que levam-na a construir uma relação simbiótica demasiado intensa e infundável com o seu filho, prejudicando o desenvolvimento da masculinidade do mesmo.

Stoller descreve que a maioria das mães analisadas tinha o hábito de carregar o filho nu ou vestido junto ao seu corpo durante muitas horas ao dia, além de levá-lo para dormir ao seu lado. O contato físico torna-se, assim, bastante intenso, ocorrendo em maior intensidade que aquele verificado quanto aos homossexuais. Ressalta, ainda, que a mãe do transexual nutre uma intensa admiração pela aparência de seu filho, acima do que sentem as demais mães.

Observou-se, por conseguinte, que o relacionamento entre mãe e filho se dá de forma tão estreitamente emaranhada que a mãe trata seu filho como uma parte de seu próprio corpo e a criança, por sua vez, considera-se como sendo parte do corpo dela, como mulher.

É relatado, ainda, o comportamento do pai do transexual que, por sua vez, não contribui como referência masculina, mas apenas reforça o sentimento da mãe frente à beleza do seu filho. Ausente, ele aceita passivamente os cuidados acentuadamente femininos da mãe em relação ao filho. Aquela, inclusive, não incentiva a participação paterna na criação deste.

Na verdade, ambos os pais, mas principalmente a mãe, acabam por encorajar o comportamento feminino que o filho vem a demonstrar, incentivando atos como vestir-se de menina ou partilhar interesses femininos. Assim, a masculinidade da criança é interrompida, não começando mesmo a se desenvolver.

O presente trabalho não objetiva alçar um

posicionamento estanque quanto à possibilidade ou não de um transexual adotar. O fato é que os pais constituem, conforme verificado, fator determinante para que o curso dos acontecimentos conduza a um comportamento transexual.

No entanto, diante das evidências apresentadas por Stoller de que os transexuais não apresentam traços psicóticos relacionados à simbiose na primeira infância, atentamos para a importância de analisar o caso concreto. Nesse sentido, homo, hetero e transexuais devem passar pela equipe interprofissional, devendo ser analisadas pelo magistrado as circunstâncias verificadas caso a caso, de forma a efetivar a equidade.

Vale mencionar que tanto as mães de transexuais como as mães de psicóticos conduzem uma intensa simbiose no relacionamento entre seus filhos. Não caberia, neste trabalho, aprofundar a dimensão do mecanismo psicótico, mas o excesso de simbiose na relação dual mãe-filho é uma semelhança observada entre a psicose e a transexualidade.

A partir dessa constatação, entendemos que não seria aconselhável, em princípio, a adoção por pessoas que tenham personalidade semelhante à de uma mãe de um transexual que, conforme observado, não propicia espontaneamente ao filho o desenvolvimento de sua subjetividade, e a diferenciação da pessoa que dele cuida. O transexual empreende um esforço muito maior para a formação de sua individualidade. O ideal é que o indivíduo siga as etapas de sua vida sem grandes conflitos e perturbações.

De qualquer forma, em nosso estudo, verificou-se ser pouco frequente o desejo de adotar entre os transexuais. A transexualidade é uma estrutura dotada de enorme complexidade, o que serve de obstáculo ao desejo de colocar uma criança no lugar de filho. Esclarecemos que os transexuais nutrem, como questão principal, a busca pela mudança de sexo, de modo que este se adeque à sua identidade sexual.

Stoller não menciona nenhum caso de manifestação do desejo de ter filhos entre os transexuais após terem se firmado como tal. Observa-se que, conforme anteriormente citado, só houve nas

entrevistas por nós efetuadas um comentário relativo a um transexual que desejou adotar, mas que desistiu antes de completar o processo.

Destacamos não ser importante a orientação hetero, homo, ou transexual do adotante, mas se este vai ou não transmitir afeto para a criança, viabilizando a construção de uma relação simbiótica e, ao mesmo tempo, possibilitando a saída dessa relação dual. O exercício das funções paterna e materna representa fator determinante para formar, paulatinamente, a individualidade da criança.

Diante desta reflexão psicanalítica, pensamos que o juiz, ao aplicar a lei nas decisões judiciais da adoção, deve levar em consideração o caso concreto bem como o laudo dos peritos, que poderá auxiliá-lo na sua melhor compreensão.

Sobre os direitos dos transexuais, deve-se fazer referência a duas questões principais: a mudança de nome e a cirurgia de mudança de sexo. O ordenamento jurídico brasileiro não contempla dispositivo específico acerca da possibilidade de alteração do nome de transexuais, mas a Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73) admite a mudança na hipótese do nome causar constrangimento à pessoa, o que serviu de lastro para algumas decisões judiciais favoráveis à alteração do prenome dos transexuais.

Já no que diz respeito à operação para a mudança de sexo, verifica-se a Resolução nº. 1.482, do Conselho Federal de Medicina, segundo a qual só será executado o referido procedimento cirúrgico mediante análise psicoterapêutica dos transexuais masculinos que verifique a ausência de alternativa que não a operação para permitir a inserção social e sentimento pessoal de dignidade do indivíduo.

Por outro lado, há quem sustente se tratar de exigência médica a operação, pelos motivos enquadrados no parágrafo anterior. Outro argumento nesse sentido é de que se estaria retirando a dignidade do indivíduo que não pudesse adequar o seu sexo biológico ao seu sexo psíquico mesmo diante de todos os tratamentos exigidos para que se permita a cirurgia. Outrossim, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 199, § 4º, acata a possibilidade da operação.

O transexual, de acordo com tudo o que foi visto até o momento, também poderia desfrutar do direito de adotar, por conta dos princípios da igualdade e da dignidade humana, desde que não implicasse danos ao desenvolvimento do infante e contribuísse para gerar reais vantagens para o adotando.

Cabe ressaltar que, conforme abordado anteriormente, o primordial é sempre o melhor interesse da criança e não o direito de adotar. O instituto da adoção visa, em primeiro lugar, a conceder uma família à criança e não o contrário. O que deveria ser levado em consideração, desta forma, é a afetividade dos requerentes concentrada no desejo de ter filhos, independentemente de serem ou não heterossexuais. Tal constatação permitirá à criança desfrutar do lugar de filho na família que a venha acolher, propiciando, assim, a formação de sua personalidade.

O pensamento psicanalítico torna-se relevante para o Direito, na medida em que ensina que a família está além de laços biológicos e formais, estando fundada nas relações de afeto. Não é necessário haver um pai e uma mãe para se constituir um grupamento familiar que é, na realidade, uma estruturação psíquica, na qual cada indivíduo desempenha um lugar simbólico. Sob esse entendimento, dois homens ou duas mulheres poderiam criar uma criança de forma a proporcionar que ela cresça em um ambiente saudável, cercada de afeto, e a propiciar a constituição da sua subjetividade.

Concluímos que, apesar dos avanços jurídicos, há ainda um posicionamento contrário à adoção por pessoas que fogem ao padrão social de normalidade, de forma que a identidade sexual dos adotantes ainda interfere nas decisões judiciais. Observou-se, a partir do estudo de jurisprudências e no trabalho de campo, a interferência da subjetividade dos magistrados nas decisões concernentes à adoção, apesar de um discurso com ênfase no afeto e na importância da ausência de discriminação.

Vale, por oportuno, ressaltar que os juízes, ao julgar em matéria de sexualidade, estão, em verdade, interferindo nas relações de afeto do cidadão. E, para

tanto, partem de suas concepções, preconceitos e limites, isto é, de toda a sua ínsita subjetividade, por mais que o julgador deva ser neutro e imparcial.

Impõe-se, por força do nosso ordenamento jurídico, a ampla proteção do indivíduo e o resguardo do inerente direito ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, eis que ao Estado incumbe zelar por todos os valores constitucionais fundamentais inerentes à dignidade humana. A tutela dos direitos da personalidade influencia para que seja facultado ao homossexual e ao transexual a igualdade e a dignidade humana, cabendo-lhes os mesmos direitos de uma pessoa heterossexual, se isso não intervier no melhor interesse da criança.

A família, no cerco constitucional, encontra-se, da mesma forma, essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, devendo-se interpretar o ordenamento jurídico como um todo de forma a garantir o pleno alcance da garantia constitucional de ampla proteção e realização do desenvolvimento da personalidade humana, o que abrange o direito à opção sexual e à identidade sexual.

Conforme verificado, o pressuposto de que a adoção por pessoas outras que não heterossexuais é nociva ao menor denota um grande preconceito diante da ausência de argumentação jurídica ou psicanalítica procedente. Um sentimento discriminatório, velado ou não, poderá vir a retirar ou a limitar os benefícios visados pelo instituto da adoção à criança, vindo a afetar a tutela constitucional dos que desfrutam da condição de pessoa em desenvolvimento.

Apenas a opção sexual de um indivíduo não é fator determinante para ensejar o desempenho insuficiente de paternidade ou maternidade. Desta forma, um homossexual ou um transexual poderá contribuir de forma benéfica para o desenvolvimento da personalidade do infante, viabilizando uma boa formação psíquica.

Do mesmo modo, a adoção por um heterossexual, ou mesmo por um casal constituído entre homem e mulher, pode se mostrar prejudicial à criança.

Torna-se fundamental, assim, a análise do caso concreto pela equipe interprofissional e pelo

magistrado para averiguar quando a referida adoção estará de acordo com o melhor interesse da criança, ou seja, se os pais se mostrariam capazes de desempenhar as funções materna e paterna fornecendo um ambiente familiar adequado para a estruturação psíquica da criança e que pretendam a adoção por motivos legítimos, estando psicologicamente aptos a assumir integralmente a condição de pai e/ou mãe de uma criança. Ihe proporcionando assim afeto.

## NOTAS E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

\*Prof<sup>a</sup> Adj. da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Prof<sup>a</sup> da Faculdade de Direito da UERJ, Psicanalista pela SPRJ, Doutora em Psicologia pela FGV.

\*\*Graduanda em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, bolsista de Iniciação Científica.

<sup>1</sup> Art. 5º, da Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

<sup>2</sup> Art. 1.625, do Código Civil de 2002: “Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando”.

<sup>3</sup> Op. cit. p. 455.

<sup>4</sup> O terceiro não corresponde necessariamente a uma pessoa concreta, mas pode representar a imposição de limites na relação dual que se forma na infância. Ele pode ser introduzido pela própria palavra dos pais, quando demonstram que o filho não é a única pessoa por quem nutrem afeto.

<sup>5</sup> Não houve, até a presente data, decisão judicial.

<sup>6</sup> A questão da transexualidade, que se diferencia da homossexualidade, será abordada mais adiante no presente artigo.

<sup>7</sup> Entrevista realizada por um participante da pesquisa, Felipe Sobral.

<sup>8</sup> Encontros promovidos pela Vara da Infância e da Juventude entre as pessoas que desejam pleitear a adoção. A título de ilustração, vale mencionar o “Café com Adoção”, realizado pela comarca do Rio de Janeiro.

<sup>9</sup> É levantado um caso de uma menina criada a partir dos oito meses de idade por duas mulheres que nutriam profundo preconceito em relação à própria homossexualidade, afirmando, inclusive, não deixar entrar em sua casa pessoas homossexuais, às quais se referiam como “entendidas”. Ao atingir a adolescência, a menina começou a se relacionar sexualmente com vários rapazes para mostrar que não era homossexual como a sua família.

<sup>10</sup> Processo: REsp. 889852/RS

RECURSO ESPECIAL 2006/0209137-4

Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma

Data do Julgamento: 27/04/2012

Data da Publicação/Fonte: DJe 10/08/2010

<sup>11</sup> Processo: 234/2006

Ação de Adoção

Juíza de Direito: Sueli Juarez Alonso

Órgão Julgador: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Catanduva - SP

Data do Julgamento: 30/10/2006

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n.12.010, de 03/08/2009. Nova lei nacional de adoção.

CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIAS, Maria Benice Dias. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *Adoção homoafetiva*. 2004. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 08 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. *Filiação homoafetiva*. 2004. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 08 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREUD, Sigmund. *Cinco Lições de Psicanálise, Leonardo da Vinci e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1910. v.11. (Coleção Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud).

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Família não fundada no casamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 89, n. 771, pp. 51-76, jan. 2000.

GOLDENBERG, Gita; GONÇALVES, César. Estudo psíquico-jurídico das relações de filiação decorrentes de separações conjugais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 806, p. 35-43, dez. 2004.

HAMAD, Nazir. *A criança adotiva e suas famílias*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PLASTINO, Carlos Alberto. *O primado da afetividade*. Rio de

- Janeiro: Dumará, 2001.
- SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. Direitos Humanos e Orientação Sexual: a efetividade do princípio da dignidade. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.22, 2005.
- STOLLER, Robert J. *Masculinidade e feminilidade: apresentações do gênero*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993. p. 38-46.
- \_\_\_\_\_. *A experiência transexual*. Rio de Janeiro: Imago, 1982.
- ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos nas práticas jurídicas*. Campinas: Millennium, 2002.
- WINNICOTT, D. W. *A família e o desenvolvimento individual*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.