UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

IVÂNIA LUIZ SILVA DE HOLANDA BARBOSA

A ADOÇÃO POR PARES HOMOSSEXUAIS:

Da possibilidade jurídica mediante tutela constitucional aos limites da realidade social

MESTRADO EM DIREITO

Maceió
2010

IVÂNIA LUIZ SILVA DE HOLANDA BARBOSA

A ADOÇÃO POR PARES HOMOSSEXUAIS:
Da possibilidade jurídica mediante tutela constitucional aos limites da realidade social

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Profa. Dra. Olga Juber Gouveia Krell

Maceió
2010

Catalogação na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Maria Auxiliadora G. da Cunha

B238a Barbosa, Ivânia Luiz Silva de Holanda.
A adoção por pares homossexuais : da possibilidade jurídica mediante tutela constitucional aos limites da realidade social / Ivânia Luiz Silva de Holanda Barbosa. – 2010.
134 f. : il.

Orientadora: Olga Juber Gouveia Krell
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito. Maceió, 2010.

Bibliografia: f. 127-134.

1. Evolução das famílias. 2. Princípios do Direito de família. 3. Adoção por pares homossexuais. I. Título.

CDU: 347.633-055.3

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO FINAL

Em sessão pública, no dia quatorze de agosto de dois mil e dez, as oito horas, no mini-auditório da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA / UFAL, deu-se início à Defesa de DISSERTAÇÃO FINAL DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO, com área de concentração em Fundamentos Constitucionais dos Direitos, da aluna IVÂNIA LUIZ SILVA DE HOLANDA BARBOSA, orientanda da profa. Dra. OLGA JUBERT GOUVEIA KRELL, intitulada: **"A ADOÇÃO POR PARES HOMOSSEXUAIS: Da possibilidade jurídica mediante tutela constitucional aos limites da realidade social"** como requisito para a obtenção do título de MESTRE. A banca examinadora foi constituída pelos seguintes membros: prof. Dr. George Sarmento Lins Júnior (UFAL), presidente da banca; profa. Dra. Alessandra Marchioni (UFAL) e como convidado externo, prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares (UFBA). A defesa constituiu de uma apresentação oral de 20 (vinte) minutos, seguida de inquirições de 20 (vinte) minutos para cada um dos examinadores e das respostas; e foi assistida pelas pessoas que se fizeram presentes. Ao final, a Banca Examinadora reuniu-se reservadamente e decidiu em atribuir ao conteúdo do trabalho e à defesa a menção: aprovada, com. nota 8,0 (oito) com base no art. 45 do Regimento Interno do Curso. Nada mais tendo a tratar, deu-se por encerrada a defesa, e para constar, eu, Maria Carolina de Lucena Sarmento _____, Secretária do Curso de Mestrado em Direito da FDA, SIAPE 1730321, lavrei a ATA, que para produzir os efeitos legais, vai por mim assinada e pelos componentes da Banca Examinadora.

Prof. Dr. GEORGE SARMENTO LINS JÚNIOR _____
(UFAL/AL) Presidente da Banca

Profa. Dra. ALESSANDRA MARCHIONI Alessandra Marchioni
(UFAL/AL)

Prof. Dr. RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES Ricardo Maurício Freire Soares
(UFBA/BA)

FDA/UFAL – Maceió/AL, 14 de agosto de 2010.

Sara Regina A. França
Secretária de Mestrado - FDA/UFAL
SIAPE 1940798

DEDICATÓRIA

Aos que buscam a felicidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida e do aprendizado constante.

Agradeço a minha família pelo incentivo e apoio para essa jornada.

Meus pais amados, José Luiz e Maria José, exemplos de retidão de caráter, trabalho árduo e dedicação à família, muito obrigado por tudo, por serem meu ponto de partida e meu porto seguro sempre. O que sou devo a vocês. Perdoem-me as ausências.

Meus queridos sogros, prof. Orlando e profa. Nelma, grandes incentivadores, obrigada pelo carinho e a ajuda de sempre.

Amado marido Felipe, obrigada pela meta imposta. Sempre pronto para me socorrer, o seu companheirismo e compreensão foram fundamentais para que eu prosseguisse nessa jornada. Perdoe-me as horas de convívio furtadas; foram por uma causa grandiosa.

Ao meu querido irmão Ivan, responsável pela minha primeira incursão ao Direito, obrigada pelo apoio incondicional, sempre exigindo o meu aperfeiçoamento.

A minha querida cunhada Joyce, obrigada pela ajuda, paciência e apoio nas horas difíceis.

À sobrinha amada, Letícia — Alegria — de nossa família, obrigada por me fazer rir e iluminar meu dia.

Agradeço aos meus amigos do coração: Alan, Adriana, Altamira, Emmanuelle, Giuliano, Germana, Geniana, Janaina, Marielli, Kummer, companheiros dos momentos de aflição. Obrigada por fazerem parte da minha vida; mesmo longe, sei para onde ir.

Agradecimento especial aos meus alunos. Vários já são amigos, mas para não esquecer algum nome, melhor não arriscar. Obrigada pelo apoio constante, sei que a torcida é grande.

Agradeço a minha querida orientadora, professora Olga Juber Gouveia Krell, pela paciência e observações sempre pertinentes.

Agradeço aos meus coordenadores das faculdades nas quais leciono, pelo incentivo e compreensão nos momentos difíceis.

Agradeço aos alunos da turma 4 do Mestrado de Direito da UFAL. Obrigada pela convivência e amizade de vocês.

Por fim, agradeço aos professores do Mestrado de Direito da Universidade Federal de Alagoas, especialmente, Alberto Jorge, Andreas Krell, George Sarmento, Marcos Mello, Paulo Lôbo, Querino Mallman. Sou grata pelas lições valiosas que contribuíram para o meu aperfeiçoamento acadêmico.

Agradecimento especial à Giovanna, pela torcida. E à Carol, obrigada pela atenção.

Tudo posso naquele que me fortalece.
Filipenses 4:13

RESUMO

A presente dissertação objetiva analisar a possibilidade jurídica de adoção por pares homossexuais fundamentada nos princípios constitucionais. As transformações sociais resultaram em uma diversidade de entidades familiares que são protegidas constitucionalmente e diferem do antigo modelo patriarcal e patrimonialista. O modelo atual, plural e socioafetivo, passa a exercer a função de desenvolvimento dos seus membros, e o afeto torna-se elemento indispensável para caracterizá-las. Com o alargamento do conceito de família, os relacionamentos formados por pessoas do mesmo sexo recebem proteção legal mediante interpretação constitucional, considerando-se a dignidade humana princípio fundamental a ser observado por todos e norteador das relações familiares. Os princípios constitucionais do direito das famílias servem de fundamento para a concessão da adoção por casal homossexual. É importante destacar as mudanças sofridas pelo instituto da adoção até chegar à socioafetividade como fator predominante a ser avaliado, e daí, à permissão da adoção de crianças e adolescentes que convivem com família homossexual e não possuem vínculo jurídico com o companheiro que também exerce a paternidade/maternidade de fato.

PALAVRAS-CHAVES: Evolução das famílias; princípios do Direito de Família; adoção por pares homossexuais.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the legal possibility of adoption by homosexual couples based on constitutional principles. The social transformations resulted in a diversity of family entities that are constitutionally protected and also differ from the old patriarchal and patrimonial model. The pluralistic and socio-emotional current model shall perform the function of development of its members and affection becomes indispensable to characterize them. With the extent of family concept, the relationships formed by same-sex people receive legal protection through constitutional interpretation, considering the human dignity as a fundamental principle to be observed by all and also the guide to family relationships. The constitutional principles of the families rights, serve as the basis for granting the adoption by homosexual couples. It is important to emphasize the changes undergone within the adoption process which have led the socio-affectiveness as a predominant factor to be considered, therefore allowing children and adolescents who live together with homosexual family and have no legal relationship with the partner who also carries on parenting indeed.

KEY WORDS: Evolution of families; Principles of Family Law; Adoption by homosexual couples.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

CAPÍTULO 1**:** A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.....14

1.1. Por uma releitura histórica das relações familiares no Brasil..... 14

1.1.1. Primeiro período evolutivo das relações familiares 14

1.1.2. Segundo período evolutivo das relações familiares 19

1.1.3. Terceiro período evolutivo das relações familiares 26

1.2. Mudança de paradigma: discutindo a homossexualidade 31

1.3. O reconhecimento dos pares homossexuais como família 38

1.4. Resistência à adoção: dos argumentos contrários e favoráveis 47

CAPÍTULO 2: A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR PESSOA OU CASAL HOMOSSEXUAL MEDIANTE TUTELA CONSTITUCIONAL..... 55

2.1. Princípios constitucionais como marco teórico: considerações preliminares 55

2.2. Princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família..... 65

2.2.1. Princípio da dignidade humana 65

2.2.2. Princípio da solidariedade 67

2.2.3. Princípio da liberdade nas relações familiares 67

2.2.4. Princípio da igualdade 72

2.2.5. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente 76

2.2.6. Princípio da afetividade 79

2.3. A posição jurisprudencial avançada: por uma interpretação constitucional do direito de família..... 83

CAPÍTULO 3: A ADOÇÃO E A REALIDADE SOCIAL NO BRASIL 89

3.1. Da evolução histórica e legislativa da adoção no Direito brasileiro..... 89

3.2. Requisitos fundamentais para concessão da adoção..... 100

3.3. Comentários à nova Lei Nacional de Adoção e a sua incompatibilidade com a adoção socioafetiva..... 109

CONCLUSÃO 122

REFERÊNCIAS 128

INTRODUÇÃO

A família tem passado por constantes transformações, apresentando hodiernamente uma pluralidade de entidades familiares, diversamente do que ocorria no passado, quando prevalecia um modelo matrimoniado, com consequências jurídicas para as famílias que não adotassem o modelo imposto pelo Estado. Malgrado a falta de proteção legal, a sociedade não deixou de se modificar ensejando uma mudança no direito de família e, a partir do último século, com normas jurídicas até então indiscutíveis, como a indissolubilidade do matrimônio, permitindo às pessoas a liberdade de escolha.

As modificações foram ocorrendo lentamente durante a história da família brasileira, contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, as relações familiares passaram a ter uma maior proteção da legislação. Através dos princípios constitucionais consagrados no texto constitucional, garante-se às famílias a escolha de como se constituir, matrimoniada ou não, culminando com diversos arranjos familiares, entre eles, a família formada por pessoas do mesmo sexo.

O estudo em tela tem três objetivos centrais: a) demonstrar as mudanças nas relações familiares, b) o papel dos princípios constitucionais na garantia da possibilidade de adoção por casal homossexual, consistindo em forma de se inserir a criança ou adolescente em uma família que possua condições para desempenhar essa função e c) a socioafetividade como fundamento para se reconhecer a adoção pelo companheiro homoafetivo daquele que já possui o vínculo jurídico.

A família deixou de ter a função religiosa, política ou econômica, considerada unidade de produção, o que resultava em uma prole numerosa, para ceder espaço a uma família baseada na afetividade, voltada para o desenvolvimento dos seus membros, que passam a ter mais importância do que a instituição, ao contrário do que ocorria no passado. Hoje, a família passa a ter a função de ser o local de realização das pessoas, independentemente de como é originada, pois é formada pelos laços do afeto.

Dentre os vários arranjos familiares, tem-se a união entre pessoas do mesmo sexo, que deve ser reconhecida como entidade familiar quando presentes os requisitos do afeto e do respeito entre seus membros, e não como sociedade de fato, com apoio na premissa de que a interpretação do art. 226 da CF deve ser realizada de forma extensiva, considerando os modelos explícitos, decorrentes do casamento, união estável e entidade monoparental, como

um rol exemplificativo, para assim concretizar os valores constitucionais ínsitos na atual Carta Magna, apesar de a idéia não ser contemplada com unanimidade.

Reconhecendo-se a existência de entidades familiares além dos modelos previstos explicitamente na CF, permite-se a adoção por pares do mesmo sexo, devendo o operador do Direito se despir de seus (pré)conceitos para enxergar a realidade social e aplicar as normas de acordo com os valores constitucionais positivados.

Portanto, a Constituição vigente fundamenta a possibilidade de adoção seja por pessoa seja por casal com orientação homossexual, adequando a norma infraconstitucional aos princípios constitucionais como forma de concretizar os ditames constitucionais e aproximar a legislação das transformações sociais, resultando em um crescente número de entidades familiares diversas do modelo tradicional. Abandona-se o modelo único legalmente tutelado para se proteger os diferentes arranjos familiares baseados no afeto, seja qual for a sua origem, promovendo, assim, a dignidade da pessoa humana mediante a liberdade de constituição familiar e o tratamento igualitário para as famílias.

A nova ordem constitucional, baseada nos princípios constitucionais como vetor para as normas constitucionais e infraconstitucionais, eleva a dignidade humana como princípio basilar para as demais normas do Estado Democrático de Direito, o que favorece a tutela constitucional de várias entidades familiares, independentemente de sua origem.

Dessa forma, interpreta-se a Constituição em seu art. 226 extensivamente, reconhecendo-se a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, facultando-lhes a escolha de se transformar em família substituta através do instituto da adoção se assim pretenderem e preencherem os requisitos legais impostos a todos os candidatos à adoção, independentemente da sua orientação sexual, com fulcro nos princípios da igualdade, liberdade, afetividade, solidariedade e, principalmente, do melhor interesse da criança.

O instituto da adoção sofreu significativas mudanças até chegar ao princípio do melhor interesse da criança. Inicialmente, a função da adoção era suprir a prole de quem não a possuía para dar continuidade aos cultos religiosos daquela família. Posteriormente, a adoção teve a função de dar filhos às famílias deles desprovidas. Durante o século XX, a legislação se modificou permitindo a adoção também para os que possuíam filhos, mas os direitos inerentes à filiação eram diferentes.

Com o advento da CF/88, a filiação se modifica, garantindo-se igualdade de direitos entre os filhos, que deixam de receber adjetivos, por exemplo, filho adotivo ou ilegítimo, para serem somente filhos. Com o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, seguindo as diretrizes constitucionais, a adoção se modifica, pois passa a privilegiar o melhor interesse da

criança. Antes se buscava uma criança para uma família; com a mudança de pensamento, procura-se uma família para a criança.

Baseado no melhor interesse da criança e do adolescente, deve-se permitir a adoção por casais homossexuais, garantindo a essas pessoas em formação a possibilidade de ter uma família, pois permanecer em um abrigo ou nas ruas não preserva o melhor interesse quando se têm candidatos com orientação homossexual aptos a adotar, que preenchem os requisitos exigidos para todos e sabem da responsabilidade do ato que estão a pleitear.

Destaca-se ainda a socioafetividade como fundamento para a concessão da adoção por um dos parceiros que não apresenta o vínculo jurídico com o menor, que desempenha o papel de pai/mãe juntamente com o companheiro homossexual, constituindo uma família baseada na afetividade. Essa possibilidade garante à criança que já convive em família homoparental o vínculo jurídico para preservação do melhor interesse do menor.

Ressalte-se que os casais homossexuais não devem ter prevalência sobre os casais heterossexuais, mas sim condições de igualdade, garantidas constitucionalmente, quando avaliados no pedido de habilitação.

Desse modo, é de se observar que a orientação sexual não deve servir para a vedação à adoção, cabendo ser analisado o caso concreto e as reais condições de adotantes e adotados, a possibilitar a constituição de uma família socioafetiva em conformidade com a realidade social e as mudanças operadas na família brasileira, agora, família eudemonista.

Assim, o estudo que se segue visa apontar os caminhos para a problemática da adoção por entidades homoafetivas ou homoparentais, com apoio nos princípios constitucionais aplicados ao direito de família.

CAPÍTULO 1

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 Por uma releitura histórica das relações familiares no Brasil: arcabouço jurídico

1.1.1 Primeiro período evolutivo das relações familiares

A família vem passando por grandes transformações, o que para alguns representa uma crise, a desagregação da família. Isso ocorre quando os modelos que são adotados como "normais" são transformados pelos fatos sociais e uma nova realidade se mostra à frente. Ao analisar as entidades familiares, não se pode esquecer de que o conceito de família sofreu várias mudanças até chegar ao modelo atual, ocasionando uma ruptura de paradigmas para o direito de família.

O conceito único de família existente no passado, como conjunto de pessoas unidas pelo matrimônio, deixou de ser suficiente diante das novas organizações familiares que se formaram como reflexos da dinâmica social. Ocorreu uma alteração desses padrões de acordo com os avanços sociais, o que pode ser confirmado pela variedade de arranjos familiares que surgem da história na humanidade, acarretando um alargamento do conceito de família.[1]

O conceito tradicional de família aponta para um conjunto de pessoas que descendem de um tronco comum, ligadas pelo parentesco civil ou pela consanguinidade, compreendendo em um sentido restrito apenas pais e filhos em determinado momento e, em outros, de uma forma geral, englobando todos os parentes, além dos cônjuges.[2] Como a sociedade não é estática, com as grandes transformações ocorridas, principalmente nos últimos séculos, surgiu a necessidade de se adequar a realidade fática já presente no meio social ao modelo de família legal, travessia que durou bastante tempo até chegar ao conceito de família contemporâneo[3].

---

[1] PAULO, Beatrice Marinho. **Em busca do conceito de família: desafios da contemporaneidade.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.(nº 12, out/nov 2009). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM.2009.

[2] MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado.**Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000, p. 205.

[3]TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Expõe: "altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseados no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos-tendo por origem não apenas o casamento- e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros." P. 398.

As teorias sobre a origem da família, a exemplo da teoria da monogamia originária, da promiscuidade primitiva, das uniões transitórias, dos casamentos grupais, e as formas de poliandria e poliginia não serão abordadas neste estudo por uma questão metodológica, partindo-se logo para o modelo monogâmico e patriarcal, que tem a sua origem baseada na transmissão da propriedade aos herdeiros legítimos.

O modelo patriarcal de origem europeia preponderou desde o período da colonização na história da família brasileira, não se respeitando ou reconhecendo as formas de constituição de família existentes entre os índios que aqui estavam. Durante as três primeiras décadas do século XVI não há registro de famílias europeias no território; a opção da Coroa Portuguesa era a exploração da nova colônia e não o povoamento. Os relacionamentos que ocorriam entre os homens brancos e as índias não poderiam resultar em constituição de família, pois o casamento entre o branco e o gentio era proibido. Logo, a única forma de constituir a família legítima era através do casamento católico, seguindo as regras do direito canônico e das ordenações do Reino.

Para impedir a pirataria que se desenvolvia na costa brasileira, D. João III, após a quarta década do descobrimento, decidiu povoar a nova colônia dividindo-a em quinze capitanias hereditárias e entregando-as às famílias de pequena nobreza de Portugal que se mudaram para a colônia, surgindo, portanto, as primeiras famílias legalmente reconhecidas no Brasil[4]. A vinda dessas famílias para a Colônia formou a sociedade colonial brasileira, constituída por um grande número de pessoas, compreendendo além do casal e dos filhos, outros parentes, afilhados, agregados e empregados.

A família do período medieval apresentava características diferentes daquelas que ocorriam na Grécia e em Roma, e também dos modelos posteriores baseados na afetividade. A família grega tinha como fundamento a religião, esta mais importante do que os direitos consanguíneos ou afetivos que pudessem existir entre seus membros[5]. Havia grande preocupação em perpetuar o culto sagrado, fazendo com que a união entre seus membros decorresse não do nascimento ou do sentimento, mas da religião do fogo sagrado e do culto aos antepassados[6], o que ocorria somente através da linhagem paterna.

---

[4] OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar,** v. 6, n.1,Maringá 2006, p. 80.

[5] PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18.

[6] NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A instituição da família em a cidade antiga. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.) **Fundamentos de História do Direito.** 4 ed., 2 tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 112.

A família da sociedade antiga traduzia um tipo de organização política que possuía como princípio básico a autoridade, representada pelo *pater familias*,[7] presente nos gregos e romanos. Contudo, no "auge do despotismo do varão"[8] em Roma, a figura paterna possuía um poder absoluto, considerada como o sacerdote, o juiz, o senhor daqueles que estavam sob o *pater familias,* de modo que a família romana se traduzia na expressão mais alta do patriarcado[9] e a *affectio* que unia o casal não era "o sentimento romântico moderno, mas algo como a *affectio* dos sócios de uma sociedade"[10], ou seja, a família era tida como unidade produtiva e não como forma de realização pessoal.

Com o surgimento do Cristianismo e o desenvolvimento do direito canônico, a Igreja disciplinou normas para orientar a vida do casal, diminuindo a posição de inferioridade da mulher, que existia no direito romano. No entanto, apesar da tentativa de implantar a igualdade moral entre os nubentes, havia ainda a preponderância do homem[11], o que foi mantido nos períodos posteriores.[12]

A entidade familiar do Medievo manteve a função de produção econômica de todos os membros que participavam dessa produção sob as ordens do chefe da casa. Em virtude das proporções que apresentava, com muitas pessoas residindo na mesma casa, o sentimento de família era diferente do que se encontrou séculos depois.[13] Não havia uma aproximação sentimental entre os pais e os filhos, pois o grande número de pessoas sob o mesmo teto dispersava o sentimento de intimidade e dificultava o surgimento da privacidade familiar e dos elos afetivos[14].

Não se falava em afetividade entre eles, mas havia um completo distanciamento emocional entre os seus membros, o que deu lugar a uma forte hierarquia, estando o homem

---

[7] NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A instituição da família em a cidade antiga. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.) **Fundamentos de História do Direito.** 4 ed. 2 tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.105. A autora considera o *pater famílias* como "chefe político, sacerdote e juiz".

[8] MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado.**Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000, p.173. Consoante o autor: "O marido tem o poder de vida e de morte, de emancipação e de repúdio." Representava o despotismo romano.

[9] GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 39.

[10] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História. Lições Introdutórias.** 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 59.

[11] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira.**O Companheirismo.** 2 ed. São Paulo: Revistos dos Tribunais, 2001, p. 34.

[12] GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14 ed. Rio de janeiro: Forense, 2001, p. 40. Conforme o autor: a posição mais favorável à mulher na sociedade conjugal é decorrência das concepções do cristianismo.

[13] ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família.** Tradução de FLAKMAN, Dora.2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006. Afirma: "A análise iconográfica leva-nos a concluir que o sentimento da família era desconhecido da Idade Média e nasceu nos séculos XV-XVI, para se exprimir com um vigor definitivo no século XVII".

[14] PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de família: desafios da contemporaneidade. *In*: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, nº 12, out/nov 2009. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009.

no ponto mais alto da pirâmide, de modo que o interesse predominante era o do pai, enquanto a mulher e os filhos se subordinavam à vontade dele.

No Brasil do período colonial as normas utilizadas por Portugal eram as Ordenações[15], e por ser um país católico, o direito canônico regia o direito matrimonial, sendo a família legalmente constituída aquela oriunda do matrimônio, o que fez com que o casamento religioso passasse a ser o único reconhecido, monogâmico e indissolúvel.

As famílias que se formavam através da miscigenação das raças ou fora dos padrões morais do Reino e da Igreja Católica, eram consideradas ilegais pelo modelo jurídico português. Apesar da imposição da ordem jurídica portuguesa e do não reconhecimento de um conjunto de regras elaboradas e utilizadas pelos índios[16], as famílias legítimas e ilegítimas não deixaram de se formar.

A situação da família colonial não se alterou durante os dois séculos que se seguiram, entretanto, a chegada da corte portuguesa trouxe uma modificação para a família patriarcal e rural brasileira da época. A forma de poder passava a ser outra; não bastava o dinheiro, era preciso se aristocratizar para participar da vida na corte, e novos modos de viver foram inseridos nesse modelo de família patriarcal.

Os membros da família passaram a ter uma importância diferente da função de produção econômica que esta possuía. Os filhos passaram a ser percebidos no ambiente familiar, com a exibição de suas qualidades para encontrar-lhes um bom casamento. Como exemplo, um filho ou filha saudável e educado poderiam valer mais que muitas terras[17]. Essas mudanças alteraram a relação entre pais e filhos, daí surgindo a necessidade de aprender as regras da civilização europeia, passando a família a dispensar mais cuidados às crianças e os pais a terem mais interesse pelos filhos e pelas esposas, um sentimento de família começa a surgir.

O constitucionalismo, movimento que se desenvolvia como forma de limitar o poder estatal, assegurando a separação de poderes e os direitos fundamentais em oposição ao poder absoluto do monarca, influenciou a primeira Constituição brasileira, outorgada por D. Pedro I

---

[15] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 151. "As primeiras das Ordenações portuguesas foram as *Afonsinas*, publicadas por D. Afonso V (1446); seguidas pelas *Manuelinas*, compiladas no reinado de D. Manuel (1512-1521). Finalmente, quando Portugal passou para o domínio da Espanha, adotamos as Ordenações *Filipinas* (1603), cujos preceitos de Direito Civil, embora profundamente alterados e atualizados, sobretudo graças à Consolidação das Leis Civis elaborada por Teixeira de Freitas, vigoram, no Brasil, até 1916, quando entrou em vigor o nosso atual Código Civil."

[16] TORRES, Aimbere Francisco. **Adoção nas Relações Homoparentais.** São Paulo: Atlas, 2009, p.68.

[17] PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de família: desafios da contemporaneidade. *In*: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, nº 12, out/nov 2009. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009, p. 46.

em 1824, baseada na teoria liberal clássica, como um documento legal e legítimo com normas de organização do Estado e declaração de direitos. A família patriarcal participou da composição política da Constituição, com a prevalência do homem e a exclusão da mulher do processo político nacional, que era baseado na capacidade contributiva dos súditos reais.[18]

Como era uma carta eminentemente política, influenciada pelo liberalismo da época, não abordava a família brasileira, que era tema restrito ao direito civil. Apresentava normas relacionadas à família imperial, mas como forma de sucessão do Poder Imperial e não como núcleo familiar. Os demais aspectos, sociais, econômicos e culturais, não foram abordados, pois eram temas alheios à Constituição não intervencionista do Estado Liberal.

Por outro lado, a numerosa família patriarcal rural que existia no período do Império passou por modificações em decorrência das mudanças econômicas, políticas e sociais. As leis abolicionistas do governo imperial mostraram-se como um duro golpe nessas famílias que até então apoiavam a monarquia, de sorte que, como forma de devolver o tratamento que receberam, aliaram-se ao movimento republicano[19].

Com a queda da monarquia e a implantação da República, a sociedade passou por grandes transformações: as famílias dos senhores de engenho sofreram com a perda da mão de obra escrava; as pessoas começaram a migrar para as cidades, acelerando o processo de urbanização do país. A industrialização se inicia com a fase republicana do país e a promulgação da segunda Constituição brasileira, a primeira da República.

Como as relações familiares eram reguladas pelo direito canônico que perdurou no Brasil por quase quatrocentos anos (1500/1889), cabia à Igreja realizar os atos referentes a registros de nascimentos, óbitos, casamentos por seus sacerdotes e ainda controlar os cemitérios. Com a implantação da República e a imposição de um Estado laico, um dos primeiros atos foi o rompimento com o arranjo político, deixando o direito canônico de comandar as relações de família.[20]

O primeiro período da evolução do direito de família brasileiro, fundamentado no direito canônico e no modelo patriarcal, foi superado para dar azo à segunda fase do direito de família, que compreendeu o período da República (1889) até a Constituição de 1988, período

---

[18]OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo:RT, 2002, p. 29.

[19] OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. *In*: **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n.1,Maringá 2006, p. 94.

"A abolição do trabalho escravo colocou em xeque todo o sistema de trabalho exercido pelo latifúndio agrícola no Brasil, desnorteando a grande família rural e abalando um dos seus principais alicerces." P. 94

[20]GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08, Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 31/32.

este em que se operou a redução da interferência religiosa na vida privada e as alterações do poder patriarcal.[21]

1.1.2 Segundo período evolutivo das relações familiares

Esta nova fase alterou a estrutura tradicional da família, passando a primar pelas relações pessoais e patrimoniais entre seus membros, agora reduzidos aos cônjuges e à prole[22]. O Decreto nº 181, de 1890, do Governo Provisório, regulou o casamento civil e proibiu a celebração do casamento religioso, com pena de seis meses de prisão e multa para o celebrante que o realizasse antes do ato civil.[23]

A Constituição de 1891, sob a influência da Constituição norte-americana de 1787, adotou o sistema de governo presidencialista, a forma de governo republicana, o que favoreceu a ampliação dos direitos civis. Todavia, como seguiu o modelo liberal da época, não foi tão diferente da Constituição de 1824 no tocante às relações familiares, pois apenas retirou o efeito civil do casamento religioso, fazendo com que o único formato legal de constituir família se desse mediante o casamento civil, que passou a ser gratuito como forma de incentivar as pessoas a utilizarem o instituto e diminuir o poder exercido pela Igreja Católica. Nesse contexto, rezava o artigo 74, § 4º: "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita", não mais apresentando nenhum outro tema referente à família.

As duas primeiras Constituições brasileiras, influenciadas pelos ideais da teoria liberal, com a prevalência do individualismo e a não intervenção do Estado na órbita privada, foram tão somente cartas políticas que albergaram o posicionamento predominante daquele tempo, por isso não apresentaram normas sobre as relações familiares pertencentes à seara do direito privado.

O Código Civil de 1916, elaborado sob a vigência da Constituição de 1891, tinha por base a família[24] patriarcal e patrimonializada, e para ser reconhecida era necessário seguir certos padrões, sendo o principal deles o matrimônio. De fato, (...) "a lei sacrificava qualquer verdade das relações e mesmo a dignidade individual, em nome da preservação da harmonia

---

[21] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20/21.
[22] GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14 ed. Rio de janeiro: Forense, 2001, p. 41.
[23] AZEVEDO, ÁlvaroVillaça. **Estatuto da Família de Fato**: de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 126.
[24] MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado.**Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000, p.174. Conforme o autor, o "Código Civil não empregava a palavra 'família' para caracterizar um círculo social. A expressão serve para qualificar um ramo do direito civil: o direito de família." Apenas na CF de 1946 é que aparece a palavra família como instituição social.

conjugal, pois o casamento figurava acima de qualquer outro fator, como valor máximo dentro da família."[25]

Nesse contexto, eram consideradas famílias apenas as que estavam dentro do padrão, aquelas que decorriam do matrimônio indissolúvel, daí por que, a única organização familiar que recebia proteção legal e reconhecimento jurídico era a matrimonializada. As outras formas de constituição de família eram desconsideradas, ignoradas pelo ordenamento jurídico como se não existissem.

Em verdade a grande preocupação do legislador de 1916 era com o patrimônio; o Código possuía vários dispositivos sobre regimes de bens, sucessão, deserdação, entre outros. Para que o dispositivo se tornasse importante deveria versar sobre patrimônio[26]. Essa opção legislativa era reflexo da sociedade economicamente dominante que a inspirou, uma sociedade agrária, patriarcal, hierarquizada, que via como função da família um meio de produção e transmissão da propriedade, conservando ainda o perfil da época colonial. Conforme Fachin, "Era uma família com diversas missões, dentre elas a procriação, a formação de mão-de-obra, a transmissão de patrimônio e de uma primeira base de aprendizado"[27].

Dessa forma, o Código Civil de 1916 visava proteger essa família apresentando como característica predominante o aspecto patrimonial. Há uma excessiva preocupação com o patrimônio em detrimento da pessoa; o aspecto econômico prevalecia ante o afetivo; situações que almejavam proteger a "paz doméstica" tinham como função proteger os bens, a transmissão da propriedade.

Um segundo aspecto que predominou no Código foi a desigualdade de sexo com a superioridade masculina. Mantendo a mulher sob o jugo do marido, esta passava a ser incluída no rol dos incapazes após o casamento e todas as decisões sobre a vida conjugal, como fixar o domicílio do casal, conceder autorização para o casamento dos filhos menores ou a emancipação, entre tantas outras hipóteses, eram atribuídas tão somente ao marido, o chefe da sociedade conjugal que possuía o poder de decisão sobre a vida dos filhos e da esposa.

---

[25] PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de família: desafios da contemporaneidade. *In*: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, nº 12, out/nov 2009. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009, p. 46.

[26] PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de família: desafios da contemporaneidade. *In*: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, nº 12, out/nov 2009. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009, p. 51.

[27] FACHIN,Luiz Edson. **Direito de Família**: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 66.

A legislação assegurava à mulher do início do século a "proteção" e o comando do marido. A libertação econômica através do trabalho estava "relegada à autorização do marido e só era justificada conforme os padrões do momento histórico se houvesse necessidade de auxílio no orçamento caseiro."[28]O Código era reflexo da sociedade hierarquizada, patriarcal e desigual daquela época que reservava como único papel a ser desempenhado pela mulher o cuidado e zelo com os filhos e a casa, ausente da cena pública e política, enquanto ao homem cabia o papel de provedor e chefe da família.[29]

A filiação também sofria com a legislação patrimonialista, pois filhos legítimos eram tão somente os concebidos durante o casamento, já que essa era a única forma de se constituir a família legítima e, portanto, de legitimar a prole. Como adverte Paulo Lôbo: "No que se refere à filiação, a assimetria do tratamento legal aos filhos, em razão da origem e do pesado discrime causado pelo princípio da legitimidade, não era inspirada na proteção da família, mas na proteção do patrimônio familiar." [30] Assim, a desigualdade era fundamentada na proteção do patrimônio e não na proteção da pessoa.

A família patriarcal protegida pela legislação de 1916 apresentava prevalência dos interesses patrimoniais disfarçados de "paz doméstica" para se justificar, consubstanciando uma verdadeira desigualdade jurídica na família, pois os cônjuges eram tratados de forma desigual e a filiação possuía os adjetivos "legítima" ou "ilegítima" de acordo com a origem da família, que deveria ser apenas aquela oriunda do matrimônio; contudo, inúmeras transformações ocorreram na sociedade brasileira, e entidades familiares diferentes da matrimonializada surgiram; mesmo sem o manto protetor da lei, elas se formaram.

Essas transformações fizeram o Estado liberal, visto como modelo ideal, inerte para as atividades dos seus cidadãos, fiscalizador do respeito destes às leis, baseado no liberalismo individualista, liberdade e autonomia individual, resultado das aspirações burguesas e capitalistas, tornar-se insuficiente diante das relações sociais que se modificavam.

Em linhas gerais, a primeira Grande Guerra Mundial (1914/1918); a Revolução Russa que culminou com a queda do governo czarista; um novo regime na Itália, sob a liderança de Mussolini; a Alemanha com sinais de enfraquecimento rumo ao regime nazista; a depressão econômica nos EUA, com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, acontecimento resultante da política liberal, contribuíram para demonstrar que o modelo político do Estado

---

[28] FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do novo milênio.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.52.
[29] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **O Instituto do Parto Anônimo do Direito Brasileiro.** VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, p. 01/02. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=6&anais acesso em 10/03/2010.
[30] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 08.

liberal estava no fim e que "se clamava por uma nova ordem política e econômico-social, em especial que pudesse proteger os mais fracos dos seus algozes, formados por diminuta classe de privilegiados."[31] Assim, o Estado afastou o seu caráter abstencionista e passou a atuar na vida do país, surgindo o Estado social, com o individualismo cedendo força à coletivização.

As mudanças que ocorriam no mundo refletiram no Brasil, pois as duas Constituições anteriores não conseguiram resolver os problemas socioeconômicos, agravados pela crise do capitalismo (1929), pelo fato de que o país era dependente da exportação de produtos primários. A Revolução de 1930, ao buscar uma nova ordem social, findou o período da Primeira República, surgindo a segunda Constituição da República, de 1934, influenciada pela Constituição Weimar de 1919 pelos dos ditames do Estado social, intervencionista na ordem econômica e no bem-estar social.

A Constituição de 1934 foi a primeira a inserir os direitos sociais[32] e a pôr a família sob a proteção especial do Estado[33], iniciando-se "efetivamente a constitucionalização da família jurídica brasileira (...)" [34]. Tratou da forma de constituir a família legítima, pois a sua preocupação não era com os indivíduos que a compõem, mas com a origem dessa família, mantendo o reconhecimento apenas para as famílias oriundas do matrimônio, reconhecendo efeito civil para o casamento religioso, atenuando o rigor da Constituição de 1889.

---

[31]OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo:RT, 2002, p.40.

[32] WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 112. Para o autor a CF de 34, consequência da Revolução de 30, refletiu uma época de mudanças sócioeconômicas, introduzindo pela primeira vez o constitucionalismo social através dos pressupostos herdados da Carta Mexicana de 1917 e da Lei Fundamental de Weimar de 1919, que não resultou como "necessária e espontânea, mas em projetar-se como 'compromisso" estratégico, manobra política e imposição de um Estado oligárquico-patrimonialista com pretensões de modernização."

[33]Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil , 16 de julho de 1934.

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

Art. 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País.

Art. 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juízes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Art. 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

[34] PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23.

O casamento era civil, permitindo-se a celebração religiosa[35] desde que a habilitação fosse realizada anteriormente na autoridade civil. Não havia mais o casamento religioso ao lado do casamento civil, mas efeito civil para o casamento religioso. A indissolubilidade do casamento permaneceu, "seguindo a orientação do direito canônico"[36], não incluindo a possibilidade de divórcio no Brasil.

A Constituição de 1937, decorrente do golpe de Estado realizado por Getúlio Vargas, de inspiração fascista, implantou o autoritarismo corporativista do Estado Novo. A redução das funções dos parlamentares através da ditadura do Executivo concentrou todos os poderes nas mãos do Presidente da República, pois ele poderia intervir nas organizações sociais, partidárias e representativas, com as inevitáveis restrições aos direitos dos cidadãos.[37]

Essa Constituição não apresentou alterações significativas quanto ao casamento, pois manteve a família como constituída pelo matrimônio, que permaneceu indissolúvel, devendo o Estado auxiliar as famílias numerosas, colaborar com a educação, que passou a ser dever e direito dos pais, de forma subsidiária ou principal. A infância e juventude passam a ser objetos de cuidados e garantias especiais, e principalmente a paridade entre os filhos naturais e os legítimos surge pela primeira vez no ordenamento jurídico, em seu artigo 126.

Os efeitos civis do casamento religioso saíram da Constituição e são regulados pela legislação ordinária com a Lei nº 379, de 16 de janeiro de 1937, passando o assunto à seara do direito comum.[38] Em 19 de abril de 1941 é aprovado o Decreto-Lei nº 3.200, que versa sobre a organização e a proteção da família.

Durante a vigência da Constituição de 1937 acontece a Segunda Guerra Mundial. O Brasil lutou com os "Aliados", declarando guerra aos países do "Eixo"(Alemanha, Itália e Japão) e enfrentando as ditaduras nazi-fascistas, o que representou uma grande contradição, porquanto o país que lutou contra os regimes totalitários era um Estado arbitrário com uma Constituição de inspiração fascista. Essa posição de política externa em contraste com a interna deixou Getúlio Vargas em uma situação insustentável, obrigando-o a convocar eleições presidenciais em decorrência da crise política que se formou no país sendo deposto pelas Forças Armadas.

---

[35] MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Tomo VII. Para o autor: "A celebração do casamento era sempre gratuita, quando se tratasse de casamento civil (nada se disse sobre o casamento religioso). Permitiu-se o registro civil de qualquer casamento religioso, desde que o rito(note-se bem: o rito) não contrariasse a ordem pública e os bons costumes." p. 370.

[36] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **O Companheirismo.** 2 ed. São Paulo: Revistos dos Tribunais, 2001, p. 53.

[37] WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 113.

[38] OLIVEIRA, José Sebastião.**Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo:RT, 2002, p.54.

Como consequência da vitória dos "Aliados" vários governos totalitários foram desestabilizados. O pensamento democrático era de repulsa aos regimes que não possuíssem garantias constitucionais, que não assegurassem a liberdade de pensamento[39].

Assim, surge a Constituição de 1946 como reflexo das mudanças ocorridas no mundo pós-guerra e como forma de redemocratização do país em oposição ao Estado autoritário que se implantou desde 1930. Representou um arranjo entre forças conservadoras e grupos liberais reformistas, restabelecendo a democracia formal representativa, uma aparente independência dos poderes e a garantia dos direitos civis fundamentais.[40]

Contudo, uma vez que não trouxe inovações no que concerne à família, o casamento continuou a ser a forma legítima de se constituir a família; o efeito civil concedido ao casamento religioso voltou à Constituição, pois havia sido retirado da Constituição de 1937. Portanto, o vínculo conjugal manteve-se indissolúvel, diferentemente do que ocorreu em alguns países que, em decorrência da Segunda Guerra Mundial e das inevitáveis transformações sociais, passaram a ter o divórcio em sua legislação.

Nesse passo, em 21 de outubro de 1949 foi editada a Lei nº 883, que tratava do reconhecimento dos filhos ilegítimos, alterada posteriormente pela Lei 7.250, de 1984, e revogada pela Lei nº 12.004, de 2009. A Lei nº 1.100, de 23 de maior de 1950, regulamentou os efeitos civis do casamento religioso. Em 5 de janeiro de 1952, a Lei nº 1.542 estabeleceu os dispositivos sobre o casamento de diplomatas brasileiros com pessoas de outras nacionalidades. Em 8 de maio de 1957, a Lei nº 3.133, sobre adoção. A Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965, tratava da legitimação adotiva.

A Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, representou um avanço nas relações familiares. Conhecida como Estatuto da Mulher Casada, retirava a mulher do rol dos incapazes, desempenhando a função de colaboradora do marido no exercício da chefia da sociedade conjugal, que pertencia a ele.[41]

No entanto, o Golpe Militar de 1964 depôs o presidente eleito democraticamente, implantando um regime autoritário no país que perdurou até 1985. Em 1967 uma nova Constituição foi aprovada como forma de institucionalizar e legalizar o regime militar; foi considerada outorgada ou semioutorgada pela forma diferente de aprovação, sendo uma carta constitucional centralizadora, arbitrária e antidemocrática, (...) "cuja particularidade foi

---

[39] OLIVEIRA, José Sebastião.**Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo:RT, 2002, p.55

[40] WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 114.

[41] Antes do Estatuto, a mulher era equiparada ao pródigo, índio, menores de 18 e maiores de 16 anos, deixando a situação de submissão que era imposta pela legislação.

reproduzir a aliança conservadora da burguesia agrária/industrial com parcelas emergentes de uma tecnoburocracia civil militar."[42]

No que concerne à família, a Constituição de 1967 não apresentou modificações, restando o casamento como única forma de legitimar a família e a indissolubilidade. O governo militar não tinha interesse em temas como a família, mantendo os direitos da Constituição anterior, pois sua preocupação com a reforma constitucional era para garantir o exercício do poder político e a sua perpetuação.[43]

A Emenda Constitucional nº 01, que alterava a Constituição de 1967, foi promulgada em outubro de 1969[44] e manteve as mesmas disposições sobre a família. Em 1977, um grande marco para o direito de família, a Emenda Constitucional nº 09 foi apresentada, alterando a redação do parágrafo 1º do art. 175[45], extinguindo o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, com regulamentação através de lei ordinária, Lei nº 6.515, passando o divórcio a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro[46], permitindo às pessoas escolher qual caminho seguir, pois muitas vezes o que unia o casal era a impossibilidade jurídica do fim do vínculo matrimonial.

A tramitação da EC nº 09, para a aprovação do divórcio, gerou muitas críticas e discussões. Para os opositores liderados pela Igreja Católica, juristas conservadores e intelectuais católicos, seria o caos da família brasileira, a falta de respeito entre os casais com o aumento dos casamentos fáceis, uma vez que poderiam ser dissolvidas.[47] Situações essas que não se concretizaram, pois o tempo passou e o divórcio não se mostrou como causa da crise familiar ou como motivo do fim da família brasileira. Desta forma, as pessoas que tiveram liberdade para formar uma família legítima através do matrimônio, também teriam liberdade de desconstituí-la.

O modelo de família legítima começou a mudar na legislação: antes, a única forma de família era a oriunda do casamento; outras uniões que se formassem sem as formalidades do matrimônio eram ignoradas pelo Direito[48]. A implantação do divórcio proporcionou a essas

---

[42] WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 114. O autor atribui essas características à CF de 1967 e à Emenda Constitucional nº 01, de 1969.

[43] OLIVEIRA, José Sebastião.**Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo:RT, 2002, p.67.

[44]OLIVEIRA, José Sebastião.**Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo:RT, 2002, p.118.Afirma: Este se tornou o único fato digno de registro, sob o aspecto do direito constitucional, embora direcionado tão somente à família legítima, na vigência do texto constitucional de 1969.

[45] "O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos".

[46] Antes existia o desquite, que corresponde à atual separação judicial e não extinguia o vínculo conjugal.

[47] SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 72.

[48] MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina.**Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 32.

famílias, unidas pelo matrimônio e separadas pelo afeto, a possibilidade de constituírem ou não novas famílias.[49]

Diante do exposto, observa-se que as Constituições brasileiras até então não inovaram quanto às relações familiares. Houve pequenas distinções entre uma Carta Constitucional e outra, conservando-se sempre o mesmo cerne quanto às relações familiares: a família legítima, decorrente do casamento, e a indissolubilidade do vínculo conjugal, este alterado com a Constituição de 1969.

Apesar de as Constituições e da legislação infraconstitucional não inovarem, a sociedade não deixou de evoluir; novas organizações familiares surgiram, o sentimento de família foi cada vez mais se desenvolvendo para a socioafetividade, o que as unia era o afeto e não mais a impossibilidade de dissolução, a dependência econômica ou a rígida hierarquia patriarcal.

Encerra-se o segundo período evolutivo do direito de família, ainda baseada no modelo patriarcal, que passava por uma mudança de paradigma decorrente das transformações que ocorriam no mundo na segunda metade do século XX. Parte-se agora para a terceira fase do direito de família, "igualitário e solidário"[50], tendo como marco histórico no país a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, cuja tarefa primordial foi a de consolidar a redemocratização do país, desvencilhando-se de um período histórico baseado no autoritarismo, muitas vezes na violência e no desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

1.1.3 Terceiro período evolutivo das relações familiares

A chamada Constituição cidadã surgiu cercada de novas concepções ideológicas, reconstruindo a ordem jurídica democrática através da valorização dos direitos fundamentais do homem. Trouxe em seu artigo 1º, III, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. Tal opção colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu funcionamento, se direciona para a sua proteção.[51]

Apesar das críticas acerca da dimensão e inclusão de temas não rigorosamente constitucionais, a Constituição é o lugar mais seguro para as recentes e esperançosas conquistas democráticas serem depositadas. A Lei Maior refletiu o desejo da sociedade

---

[49] FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.79.
[50] LÔBO, Paulo, **Direito Civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21.
[51] FACHIN, Luiz Edson. **Questões de Direito Civil Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.6.

brasileira de reencontrar-se com a democracia, abandonando os valores patrimoniais herdados do século XIX para dar azo à valorização do homem através da efetividade dos direitos e garantias individuais, e refletir uma sociedade justa e solidária, com efetiva mudança para o direito de família. A esse respeito, importante explicitar a reflexão de Bittar:

> Abandona-se, dessa forma, o neutralismo do Estado antes chamado 'de Direito' pela noção de 'Estado de Justiça', impregnado de valores que lhe cabem defender e perseguir, estes, aliás, declarados solenemente no preâmbulo de nossa Carta e em seus textos iniciais, e que representam os valores mais elevados da própria natureza humana.[52]

Com essa nova concepção ideológica trazida pela Constituição, deixa-se a visão da Constituição do Estado Liberal, individual e patrimonialista, para se ter uma nova visão do Direito, consolidando-se o processo de constitucionalização dos direitos.

O Código Civil de inspiração liberal pretendeu regulamentar todos os aspectos da vida privada. Foi considerado durante muito tempo como o regime das relações entre particulares, já que a Constituição era tida somente como uma Carta Política sem interferência entre os particulares e deixava para o Código Civil essa tarefa, mantendo-se a tradicional dicotomia público/privado.

No entanto, o Código Civil envelheceu e não conseguia mais abranger inúmeras situações que surgiram ao longo do tempo, resultando na edição de leis específicas, formando microssistemas autônomos em relação a ele, a impor uma reformulação do direito civil, que deve ser interpretado à luz das diretrizes constitucionais.[53] Através desse pensamento consubstanciado pela nova Carta constitucional, o direito civil passou por uma releitura, uma constitucionalização. Consoante Paulo Lôbo, um processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, condicionando a observância pelos cidadãos, tribunais e demais legislações infraconstitucionais[54].

A releitura dos códigos passou a ser realizada através da ótica "ideológico-jurídica" das novas Constituições, que trazem em seu texto o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana[55], e assim passam a ser o ponto de partida para se ler o direito em geral,

---

[52] BITTAR FILHO, Carlos Alberto; BITTAR, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional.** 3ª ed São Paulo: RT, 2003.

[53] BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito:** o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 15, n. 58, [s/l], RT, jan.-mar., 2007, p. 150/151.

[54] LÔBO, Paulo **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.

[55] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** Trad. CICCO, Maria Cristina de. 1ª ed. rev. e ampl.Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 4. Conforme o autor, o Código Civil italiano de 1942 apresentava como preocupação a empresa, a atividade produtiva etc., reforçando o produtivismo como a característica principal do ordenamento; contudo, a Constituição adotou uma posição diferente, em que a ótica produtivista não poderia desrespeitar os direitos fundamentais da pessoa humana, forçando à releitura da legislação infraconstitucional a

consolidando a constitucionalização do direito civil. Nas palavras de Paulo Bonavides e Eros Roberto Grau, "ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma".[56]

A Constituição de 1988 implicou inovações para as relações familiares, diferentemente das demais Constituições, pois colocou a pessoa no centro do ordenamento jurídico. Como a principal preocupação da legislação passou a ser o individuo, a nova ordem constitucional trouxe mudanças significativas para o direito de família em face das necessidades de adaptação aos valores consagradas na Carta Magna que incorporou as diretrizes da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

A inclusão dos princípios fundamentais na Constituição e o foco na pessoa humana ocasionaram modificações no direito de família, refletindo a constitucionalização do direito e a família patriarcal, que tinha como intuito a proteção do patrimônio e não a proteção familiar, dá lugar à família constitucionalizada, inspirada na solidariedade e na dignidade da pessoa humana, pondo a pessoa acima do seu patrimônio, havendo assim a *repersonalização das relações civis*, que, nas palavras de Paulo Lôbo, é um "fenômeno jurídico-social que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais."

Nada obstante, a constitucionalização do direito civil, como as relações familiares disciplinadas pelo texto constitucional, não lhe retira a "natureza estritamente civil", apenas sedimenta a escolha legislativa da CF/88 por consolidar o Estado Democrático e Social de Direito ao inserir os fundamentos do direito civil em seu texto como forma de concretizar a justiça social, desvencilhando-se do conteúdo individualista existente anteriormente no modelo de Estado liberal.[57]

Dentre as inovações constitucionais, tem-se a inclusão de outras formas de constituição de família, uma vez que a Constituição incorporou as mudanças sociais, tomando como base não mais a família patriarcal, patrimonializada e rural das Constituições anteriores e do CC/16, mas uma família como instituição a ser protegida e tutelada independentemente da forma como foi constituída, garantindo direitos iguais para todas as organizações

---

partir da Constituição, que passou a ocupar o lugar mais alto na hierarquia das fontes. A partir dela as demais normas deveriam ser interpretadas, verificando-se não simplesmente o artigo de lei, mas os princípios fundamentais do ordenamento jurídico por inteiro.

[56] BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e do Direito Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo(org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 258. Conforme o autor, a primeira parte da frase foi proferida por Paulo Bonavides ao receber a medalha Teixeira de Freitas em 1998 e completada por Eros Roberto Grau ao receber a mesma medalha em 2003.

[57] LÔBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo(org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20.

familiares, preocupando-se com os membros que compõem essa família, protegendo cada indivíduo como ser digno de respeito e consideração.

A família patriarcal, hierarquizada e patrimonialista deixa seu espaço para a família socioafetiva (o afeto vale mais do que o patrimônio), livre (pode escolher qual forma terá, sem a rígida hierarquia do passado) e plural (o modelo protegido deixa de ser apenas o matrimonializado). A sociedade brasileira ganhou opções, passando de um modelo único para vários modelos a serem seguidos com liberdade de escolha, de acordo com as suas conveniências.[58]

Portanto, a evolução apresentada em sede constitucional apenas refletiu a mudança social latente na sociedade brasileira e constitucionalizou valores que já estavam disseminados. Fatos e valores transformaram-se em normas, consubstanciando uma realidade que estava cada vez mais presente na sociedade, uma vez que as relações familiares já haviam mudado e, mesmo sem proteção legislativa, as famílias se formavam, unidas pelo afeto e separadas pela lei. "Albergou-se no plano constitucional o que já se tinha desenvolvido no plano sociológico da família."[59]

Assim, a Constituição de 1988, no *caput* do art. 226, apresenta como forma de constituir a família o matrimônio, a união estável e a entidade monoparental, prevendo essas categorias de organização familiar de forma expressa em seu texto, o que leva alguns juristas a considerar como entidade familiar somente essas três espécies, representando *numerus clausus* o rol do art. 226. Contudo, de acordo com outra parte da doutrina, o rol apresentado é exemplificativo e possui as formas mais comuns, estando as demais entidades familiares também presentes na CF/88, porém de maneira implícita.[60]

O casamento religioso com efeito civil permaneceu; o divórcio, permitido a partir da Constituição de 1969 e regulamentando pela Lei nº 6.515, foi mantido, entretanto com a redução do prazo exigido para a sua utilização, após a separação judicial ou separação de fato. O planejamento familiar é abordado, sendo livre a decisão do casal e cabendo ao Estado prover recursos para o seu exercício.

A eliminação da desigualdade entre os sexos na sociedade conjugal é um dos pontos mais importantes para se concretizar o direito de família contemporâneo, pois decisões que cabiam exclusivamente ao marido mudam de posição e passam a ser compartilhadas por

---

[58] OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n.1,Maringá 2006, p. 126.

[59] OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar,** v. 6, n.1,Maringá 2006, p. 129.

[60] LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias**.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

ambos os cônjuges; as responsabilidades cabem agora aos dois, são tomadas em conjunto, visando um projeto familiar comum.[61]

O reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres em deveres e em obrigações, erigido ao *status* de direito fundamental, rompeu todas as normas discriminatórias existentes até então na legislação infraconstitucional.

O papel atribuído ao homem como o chefe da família deixou de existir com a Constituição vigente, passando a chefia da sociedade conjugal a ser exercida por ambos os cônjuges, sempre em comum acordo.

Reflexo da aplicação desse princípio é a aprovação da Lei 11.698/08, que institui a guarda compartilhada, de modo que ambos os pais exercem os mesmos direitos e deveres, não persistindo mais a ideia de que a mãe é a melhor opção para os filhos dos pais separados, avaliando-se o caso concreto para decidir qual dos dois é o melhor para a criança ou adolescente, resultando na igualdade entre os gêneros.

Outra grande transformação sofrida pelo direito de família foi o reconhecimento da paridade entre os filhos, uma vez que o princípio da igualdade não permite o tratamento discriminatório entre filhos, naturais ou adotivos, havidos ou não do casamento. Todas as normas que contrariavam esse comando de igualdade constitucional ruíram perante a nova ordem jurídica. As normas do direito codificado ou extravagante sobre a filiação deixam de ser aplicadas, garantindo-se aos filhos igualdade no tratamento em nível familiar e sucessório, consistindo em evolução para a matéria.[62] Para concretizar essa proteção e garantir esses novos direitos o legislador elaborou a Lei especial nº 8.069/90, instituindo o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com a Constituição de 1988, as relações familiares galgam a um novo patamar. As mudanças sociais foram transportadas para o texto constitucional, que passa a ter como preocupação a pessoa, não mais o patrimônio, reconhecendo as várias formas de famílias que se formam na sociedade, modificando profundamente o direito de família, que agora vê famílias, entidades plurais, pelas inúmeras possibilidades de arranjos familiares que se formam.

Em face das considerações delineadas, a família atual não comporta uma única forma, mas uma pluralidade de formas fundamentadas pelos princípios constitucionais da dignidade

---

[61] PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de família: desafios da contemporaneidade. *In*: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, nº 12, out/nov 2009. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009, p. 52.

[62] BITTAR FILHO, Carlos Alberto. BITTAR, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional.** 3ª ed revista e atualizada da 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 65.

da pessoa humana, solidariedade, igualdade e liberdade de escolha, passando o direito de família por uma releitura, agora: direito das famílias, instituto jurídico da família eudemonista[63].

1.2 Mudança de paradigma: discutindo a homossexualidade

A aceitação da homossexualidade se mostra de formas diferentes, que variam de acordo com os costumes de cada época e o desenvolvimento da cultura de cada povo. Em determinados povos, a prática das relações homossexuais eram consideradas atos normais (dentro dos padrões); em outros, eram repudiadas e até incluídas nas leis penais como crime, quando praticadas.

Nas culturas primitivas, há relatos de relações homossexuais em diversas tribos indígenas, como os Mohave nos EUA, com pares femininos; no Brasil, entre os Nambukwara, com a prática homossexual entre pais e maridos com outros homens; a tribo africana Ubagi, povos do norte da Sibéria, entre outros, apresentam o comportamento homossexual entre seus integrantes[64].

Entre os povos da Mesopotâmia antiga, os assírios tiveram um herói, Gilgamesh, rei da cidade Uruk, que lutou contra Enkidu e após essa luta, descrita no épico[65], A Epopeia de Gilgamesh, uniram-se e passaram a vencer grandes batalhas. Essa seria uma das primeiras manifestações de permissão ou tolerância de relação homossexual da história. [66]No Egito antigo também existem registros da prática homossexual, embora seja difícil abordar a questão da sexualidade desse povo em virtude de grande parte dos documentos que chegaram até os dias atuais tratar sobre funerais e cerimônias religiosas; contudo, algumas evidências confirmam o envolvimento sexual entre pessoas do mesmo sexo entre os egípcios.[67]

---

[63] Relativo ao Eudemonismo, doutrina ética que considera a felicidade, ou a sua busca, como o fundamento da moral. Considera-se que é moralmente justificado o comportamento que conduz a uma existência feliz.

[64]DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no Armário. Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade.** São Paulo: LTR, 2000, p. 12.

[65] A Epopeia de Gilgamesh é considerada a primeira história registrada. "Os dois heróis lutaram na praça, na frente do povo. Ambos eram jovens e fortes, valentes e atrevidos. Enrolaram-se pelo chão, destruindo na luta as grandes portas da cidade. As lascas saltavam pelos ares até que, após uma longa peleja, a ira dos dois contendores se aplacou. Parou a violência e o amor se apossou de seus corações, a amizade se apoderou da vontade de ambos. Se fizeram amigos e se abraçaram. Todo o povo celebrou o abraço de Enkidu e Gilgamesh. E houve festas e convivas na cidade de Uruk." http://www.gilgamesh.com.br/gilgamesh_pt.htm

[66]DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no Armário. Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade.** São Paulo: LTR, 2000, p. 12.

[67]MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva**: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira. Curitiba: Juruá, 2010, p. 284, 285. O autor apresenta a possibilidade da existência de relação homossexual entre os egípcios através de estudos realizados por David Greenberg, William Eskridge e Collin Spence.

A homossexualidade no povo hebreu, por sua vez, apresentava uma situação diferente. Depois de saírem do Egito, necessitavam de uma identidade própria; por serem uma tribo pequena, rodeada de povos que não seguiam Javé como Deus, com hábitos e costumes diferentes, necessitavam se fortalecer e crescer em número, para povoar o território ocupado, resultando assim na proibição das relações homossexuais, pois todas as relações deveriam ser voltadas para a procriação. A Bíblia traz passagens condenando a homossexualidade[68], posição que influenciou o cristianismo tempos depois.

Na civilização grega a homossexualidade ganha maior relevo, sendo comum e incentivada a relação sexual entre homens adultos e jovens rapazes. Considerada como forma de aprendizagem, visava à formação dos jovens, que aprenderiam com os mais velhos. Acreditava-se que através do esperma se passaria o conhecimento, preparando-se para a vida adulta, na qual o homem mais velho exercia a função de modelo de coragem, sabedoria e virtude cívica para o jovem, com o consentimento das famílias, como ritual de passagem para o mundo adulto.[69] Essa relação chamava-se pederastia. Os termos homossexualismos e homossexualidade surgiram muitos séculos depois.

Apesar da aceitação moral que existia, as relações somente poderiam ser praticadas até o jovem atingir uma determinada idade, normalmente a puberdade; após esse período, passava a ser repudiada e ele não mais poderia manter relação sexual como passivo ou com outro homem adulto (entre os adultos era rejeitada), o que demonstrava fraqueza para a vida pública, conduta inadmissível para o cidadão.

Entre os gregos as relações heterossexuais seriam para a procriação, consideradas como inferiores às homossexuais, que estavam relacionadas aos aspectos da ética comportamental[70]. Eram vistas de uma forma diferente, como uma necessidade natural, podendo uma pessoa ser ora heterossexual ora homossexual[71]. Esse comportamento não representava uma degradação moral ou pecado, pois também estava presente entre Deus, os

---

[68]BÍBLIA SAGRADA. Disponível em: http://www.bibliasagrada.com.br/site/ acesso em: 7/1/2010. Leviticus (18, 22).“Não coabitarás sexualmente com um varão; é uma abominação.” (Lv 20, 13) “Se um homem coabitar sexualmente com um varão, cometeram ambos um acto abominável; serão os dois punidos com a morte; o seu sangue cairá sobre eles.” Gêneses (19, 1-11), quando se refere à destruição das cidades de Sodoma e Gomora, na Carta de São Paulo aos romanos(1, 26,27). “Foi por isso que Deus os entregou a paixões degradantes. Assim, as suas mulheres trocaram as relações naturais por outras que são contra a natureza. [27]E o mesmo acontece com os homens: deixando as relações naturais com a mulher, inflamaram-se em desejos de uns pelos outros, praticando, homens com homens, o que é vergonhoso, e recebendo em si mesmos a paga devida ao seu desregramento.”

[69]MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva**: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira. Curitiba: Juruá, 2010, p. 290.

[70] SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do Direito à Paternidade e Maternidade dos Homossexuais.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 53.

[71] DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O preconceito e a justiça.** São Paulo: RT, 2009, p. 35.

heróis e os grandes nomes daquela época, como Sócrates, Platão, Aristóteles e Alexandre, o Grande.

A aceitação da homossexualidade variou entre as Cidades-Estados. A preocupação com a vida pública era uma característica predominante da cidade de Atenas, e em Esparta a permissividade não visava à forma intelectual do homem, mas ao fortalecimento do exército, e consequentemente da cidade. A homossexualidade fazia parte da educação militar; havia o incentivo das relações homossexuais como forma de garantir que durante a batalha o soldado lutasse pela Cidade-Estado e pela vida do seu amante, que lutaria ao seu lado.

A homossexualidade feminina também ocorria, porém com características diferentes. As relações masculinas tinham por objetivo a formação dos jovens para exercer o papel de cidadãos ou para o fortalecimento do exército, o que não ocorria com as mulheres, que não podiam participar da vida pública. A homossexualidade entre elas não era bem aceita, pois estariam representando o papel do homem (cidadão)[72].

Nota-se que os gregos praticavam relações entre pessoas do mesmo sexo. Era uma conduta voltada para a formação dos jovens, permitida pela sociedade, porém com restrições para o polo passivo, que não poderia ser exercido pelos homens ou jovens quando atingissem a puberdade. O que definia a permissibilidade da relação entre pessoas do mesmo sexo era a conduta ativa, exercida pelos cidadãos da Cidade-Estado. Sobre esses relacionamentos vejamos:

> A celebração do amor entre homens, na cultura grega, levou à existência de inúmeras uniões entre pessoas do mesmo sexo, uniões celebradas como forma ideal do amor e como exemplo de ideal ético da relação entre dois indivíduos, elementos que, combinados, atribuíam um valor normativo a essas relações.[73]

Dessa forma, o relacionamento entre as pessoas do mesmo sexo fazia parte do cotidiano do povo grego, enquanto o relacionamento heterossexual era considerado uma imposição social masculina com o papel de reproduzir guerreiros e cidadãos. Há várias obras literárias que indicam a existência desse amor homoerótico no mundo antigo.

Na civilização romana também se encontra alusão à homossexualidade, contudo, de forma diferente do que ocorria na Grécia. As relações homossexuais se davam entre os senhores e os seus escravos, sendo consideradas como normais, e o preconceito estava relacionado ao polo passivo do ato sexual, não sendo permitido para o cidadão romano, pois revelaria sua impotência política. Apenas mulheres, escravos e jovens poderiam ocupar essa

---

[72] FARIAS, Mariana de Oliveira. MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi Maia. **Adoção por Homossexuais. A Família Homoparental Sob o Olhar da Psicologia Jurídica.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 26.

[73] MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva**: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira. Curitiba: Juruá, 2010, p. 294.

posição na relação sexual.[74] Há registros de homossexualidade na nobreza, figurando entre os imperadores, Nero, como uma das personagens mais conhecidas.

Entre os gregos e romanos havia uma diferença para as essas relações; o sentimento que existia entre esses povos não era o mesmo. Para os primeiros seria uma forma de passar conhecimento para os jovens; já entre os romanos havia a dominação do mais forte sobre o mais fraco, uma correlação entre a "conquista militar e a dominação sexual"[75]; assim, somente poderiam os jovens escravos ser forçados a essas relações, que eram proibidas para os jovens livres ou entre homens adultos, uma vez que a prática sexual passiva caberia apenas àqueles que ocupavam uma posição de inferioridade.

A normalidade das relações homossexuais no Império Romano foi alterada com a elaboração de leis e penas para os que as praticassem. Durante o Império de Constantino e Constâncio houve previsão de pena de morte na fogueira para os tivessem postura homossexual passiva, apesar da proibição não houve relatos de casos de aplicação da punição. Com o tempo, a lei foi alterada e passou a incluir também o que ocupasse a postura ativa.[76] Contudo, a grande modificação veio com o advento do cristianismo, passando a ser punida com severas penas.

Justiniano representa o marco da mudança de normalidade dessas relações para a anomalia psicológica[77]. A homossexualidade estava associada ao paganismo e deveria ser combatida pelos seguidores da nova religião. Utilizou o aspecto religioso para findar com a prática homossexual, porém o contexto leva a crer que a intenção era política também: pessoas indesejadas seriam acusadas e afastadas. A baixa expectativa de vida, em torno de 25 anos, comprometia a taxa de fecundação feminina para que a população romana fosse mantida; somavam-se a isso as catástrofes naturais, guerras e uma epidemia de peste bubônica, que reforçavam a necessidade de condenação da homossexualidade não somente pelo quesito religioso, mas por sobrevivência político-social.[78]

Prosseguindo na evolução histórica chega-se ao período de maior perseguição à homossexualidade, durante a Idade Média, sob o jugo do cristianismo, marcada pela intolerância, pela perseguição não apenas dos homossexuais, mas de todos os que

---

[74]DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O preconceito & a justiça.** São Paulo: RT, 2009, p.37.
[75]MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva**: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira. Curitiba: Juruá, 2010, p. 295.
[76] FARIAS, Mariana de Oliveira. MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi Maia. **Adoção por Homossexuais. A Família Homoparental Sob o Olhar da Psicologia Jurídica.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 30/31.
[77]BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos.** São Paulo: LTR, 2000, p. 47.
[78] FARIAS, Mariana de Oliveira. MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi Maia. **Adoção por Homossexuais. A Família Homoparental Sob o Olhar da Psicologia Jurídica.** Curitiba: Juruá, 2009, p.31.

contrariassem os ensinamentos da Igreja, produzindo uma legislação que ganhava espaço diante do enfraquecimento do direito romano, baseada na submissão absoluta aos seus ensinamentos como forma de salvação.

A Europa do Medievo "assistiu implacável perseguição não apenas aos homossexuais, tidos como graves pecadores, contrários aos desígnios divinos e co-responsáveis pelos males do mundo, produto da ira de Deus".[79]Durante esse período a atividade sexual passa a ser admitida somente para a procriação, legitimada pelo matrimônio, e as demais práticas eram consideradas como pecado. Por trás da visão religiosa deve-se avaliar o contexto da época: a expectativa de vida média era de 30 anos e mais uma vez se fazia necessário o povoamento das regiões para o crescimento da humanidade.

Na fase do Renascimento, era costume a refutação dos valores tradicionais e a garantia da liberdade individual, baseada em uma racionalidade oposta ao divino e sobrenatural dos períodos anteriores. Assim, personalidades famosas nas artes e ciências, como Leonardo da Vinci, Miguelângelo, Francis Bacon, entre outros, contribuíram para uma maior liberdade dos homossexuais, com uma redução da pressão social exercida anteriormente, e "a homossexualidade masculina adquiriu nova visibilidade e relativa aceitação"[80]. Porém essa tolerância; variava de acordo com os países e suas legislações, "no século 19, enquanto na França havia tolerância sob o Código de Napoleão, o oposto ocorria na Inglaterra, onde as leis nessa área eram extremamente rigorosas."[81]

Na Idade Contemporânea, a liberdade continuava para os homossexuais. Como reflexo do Iluminismo, em várias áreas o direito penal foi modificado, as penas deixaram de ter caráter divino, representando um avanço para a legislação, porém ainda permanecia contrário à homossexualidade, considerada uma ameaça ao Estado.[82] Na França, em 1791, deixou-se de reconhecer a prática homossexual como crime, passando a ser considerada como mero vício, sexualidade desordenada. Contudo, o direito penal alemão previa como crime a sodomia.

A partir do século XX, o movimento homossexual começa a se desenvolver de forma mais aberta na Europa, entretanto, a Alemanha não aderiu a tais mudanças, existindo a ter várias proibições à homossexualidade, considerada como conduta inaceitável. Diversas

---

[79]DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no Armário. Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade.** São Paulo: LTR, 2000, p. 17.

[80] MATOS, Alderi Souza de. **A homossexualidade no ocidente**: uma perspectiva histórica. Disponível em: http://www.mackenzie.com.br/7146.html. Acesso em 20/4/2010.

[81] MATOS, Alderi Souza de. **A homossexualidade no ocidente**: uma perspectiva histórica. Disponível em: http://www.mackenzie.com.br/7146.html. Acesso em 20/4/2010.

[82]DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no Armário. Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade.** São Paulo: LTR, 2000, p. 18. Para o autor esse posicionamento se contrapunha ao pensamento de Cesare Becaria, que "não via relação entre a prática homossexual e danos a terceiros."

prisões ocorreram, e aumentaram vertiginosamente com o regime nazista, que enviou para os campos de concentração, junto aos demais prisioneiros, os homossexuais. Após a guerra, o número de prisioneiros não pode ser apurado for falta de dados, e os que sobreviveram não queriam se expor.[83]

Nos anos 50, a repressão continuou na Europa e nos EUA, pois eram considerados como pervertidos sexuais e não poderiam fazer parte do governo para não deformar a conduta moral da época, possuíam uma "deficiência". Com a revolução sexual dos anos 60 tem-se algo parecido com a liberdade ocorrida no Renascimento: com os avanços científicos a tese de psicopatologia perde força e passa a homossexualidade a ser considerada uma orientação sexual, partindo-se para uma organização política, surgindo os movimentos organizados durante a década de 70.[84] Os movimentos de libertação dessa época "buscaram mudar a conceituação, tanto social como individual".[85]

Apesar dos avanços das últimas décadas, no início dos anos 80 há uma diminuição dos movimentos organizados, a AIDS surge e inicialmente passa a ser associada como a doença dos homossexuais, desmistificada tempos depois como uma doença que poderia atingir a todos e não somente os homossexuais. Na década de 90 e no novo milênio, busca-se o reconhecimento de direitos e a possibilidade jurídica de constituir uma família.

No passado os termos homossexualismo e homossexualidade não eram conhecidos. Os povos antigos e do Medievo utilizavam as expressões sodomia, pederastia; somente em 1869, atribuído ao médico húngaro Karoly Benkert, tem-se o vocábulo homossexualidade, formado por *homo* (semelhante) e *sexus* (sexualidade semelhante). A forma homossexualismo, incluída como doença, deixa de existir e é eliminada em 1973 da Associação de Psiquiatria Americana, e em 1975 a Associação Americana de Psicologia fez o mesmo. No Brasil essa mudança ocorreu apenas em 1985, sendo retirada do Código Internacional de doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde. Assim, o sufixo "ismo", utilizado para doença (estava no capítulo dos distúrbios mentais), cede espaço para o sufixo "dade", (no capítulo dos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais), designando o modo de ser; portanto, o termo homossexualismo deixa de ser utilizado.

---

[83]DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no Armário. Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade.** São Paulo: LTR, 2000, p. 19/21.

[84]FARIAS, Mariana de Oliveira. MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi Maia. **Adoção por Homossexuais. A Família Homoparental Sob o Olhar da Psicologia Jurídica.** Curitiba: Juruá, 2009, p.31.

[85]DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O preconceito & a justiça.** São Paulo: RT, 2009, p.42.

Mesmo com a mudança do vocábulo os tradicionais livros de medicina legal ainda apresentam o termo "homossexualismo", descrevendo-o como perversão sexual e anomalia[86], aberração sexual[87], como se ainda continuasse no rol de doenças. O Conselho Federal de Psicologia em 1999, através da Resolução nº 001/99[88], estabeleceu normas de atuação para os psicólogos em relação à orientação sexual, como forma de diminuir as discriminações e o estigma de que essa seria uma doença. Há pesquisas científicas que demonstram que os transtornos pelos quais passam os homossexuais são decorrentes da discriminação social e não da alteração sexual[89]. Por si só a homossexualidade não pode ser considerada como perturbação mental, posição defendida em vários estudos. Tanto a abordagem médica quanto a psicológica não podem mais considerar a homossexualidade como inferioridade ou degeneração.[90]

Atualmente, existem vários termos para a homossexualidade[91], como "homoerotismo", "homoessência", "homoafetividade"[92], para definir as relações entre pessoas do mesmo sexo. Desaparece a fase do homossexualismo (doença), posição corroborada pela conscientização dos órgãos de saúde e pesquisas; deixa-se a fase da opção sexual, pois não é uma escolha livre: muitos homossexuais se pudessem optar, prefeririam não o ser; passa-se para a fase da orientação sexual, buscando-se o reconhecimento e a valorização da pessoa, independemente

---

[86] HYGINO, Hércules de Carvalho. **Medicina Legal**: texto e atlas. São Paulo: Atheneu, 2008, p. 476.

[87] CROCE, Delton, CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal.** 6 ed. São Paulo: Saraiva,2009,p.682.

[88] Resolução nº 001/99 estabelece em seu: "art. 3º Os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamento não solicitados.

Parágrafo único. Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades.

Art. 4º. Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica." . Disponível em: http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/ acesso: 15/03/2010.

[89] BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos.** São Paulo: LTR, 2000, p. 47.

[90] RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 47

[91] DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais.** Porto Alegre: Artmed, 2000, p. 221. Vejamos o conceito do autor: "A homossexualidade refere-se à condição na qual o interesse e o desejo sexual orientam-se em direção a pessoa do mesmo sexo. É geralmente um padrão duradouro de organização do desejo sexual, geralmente vitalício. Um grande número de indivíduos homossexuais não são transexuais, estado bem identificados com o seu gênero; apenas desejam sexualmente pessoas do esmo sexo. Um certo número de indivíduos com interesses e práticas homossexuais também tem atividade homossexual, sendo, portanto, nesse sentido bissexuais. A homossexualidade e a bissexualidade não são atualmente, por si só, consideradas transtornos mentais. Apenas nos casos em que elas representam uma fonte de sofrimento significativo par ao indivíduo, a chamada homossexualidade egodistônica, é que a psiquiatria e a psicoterapia buscam algum alívio par tal sofrimento."

[92] DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O preconceito & a justiça.** São Paulo: RT, 2009, p.42. A autora criou o termo homoafetividade em 2000 para "evidenciar que as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são do que vínculos de afetividade."

da sua orientação, como forma de concretizar os princípios constitucionais da dignidade humana, da isonomia e da não discriminação.

Nessa digressão histórica contata-se que a prática homossexual sempre existiu - durante alguns períodos com uma maior liberdade, em outros com uma grande repressão. Hodiernamente não é mais considerada uma doença ou perversão sexual, mas um jeito de ser, procurando-se valorizar a pessoa como ser merecedor de respeito e proteção, almejando-se um tratamento igualitário e a não discriminação.

1.3 O reconhecimento dos pares homossexuais como família: o repensar a partir da Constituição de 1988

Com a evolução social e a mudança de costumes, a busca da realização pessoal dos indivíduos, situações reforçadas por uma nova ordem constitucional. Essa ordem traz entre outros pressupostos a dignidade da pessoa humana, e o abandono de valores patrimoniais e preconceituosos herdados do século XIX. Essa mudança tem trazido como resultados um aumento do número de pessoas com orientação homossexual que procuram a proteção legal para as suas relações, a fim de que sejam respeitadas como pessoas, pois a dignidade não comporta nenhuma discriminação. Para se concretizar esse princípio, deve-se respeitar a orientação sexual e o Estado deve garantir o exercício desse direito[93].

Precisa-se reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar quando elas preencherem os requisitos comuns às organizações familiares: afetividade, estabilidade e ostensibilidade[94], como forma de concretizar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade de escolha.

O conceito de família protegida pela lei foi ampliado com a Constituição de 1988, adaptando-se à realidade social, uma vez que a proteção era conferida apenas à família matrimonializada, contudo, não era a única a existir, a exemplo de tantos arranjos familiares que se formavam mesmo sem tutela legal. Essa ampliação foi uma forma de compatibilizar o conceito de família orieundo da prática social, resultante das transformações sociais.[95] Como a sociedade se antecipa à legislação, a mudança constitucional somente ratificou a realidade

---

[93] PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência.**São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169.
[94]LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias**.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.
[95] KRELL, Olga Jubert Gouveia. **União Estável: Análise Sociológica.**Curitiba:Juruá, 2003, p. 28.

das famílias que se constituíam sem a proteção legal, por outro lado, não retira o preconceito de marginalização de fato inculcado ao longo de décadas.

A alteração apresentada pela última Constituição brasileira, a que mais trouxe normas sobre a família, explícita no *caput* do art. 226: "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", sem fazer menção a qualquer tipo de família. Os parágrafos que se seguem abordam expressamente o casamento, a união estável e a entidade monoparental, o que leva doutrinadores a acreditarem que essas são as únicas organizações familiares protegidas pela Constituição, portanto, não cabe às demais formações serem reconhecidas como entidades familiares, principalmente a união entre pessoas do mesmo sexo!

Os argumentos utilizados para o não reconhecimento das uniões entre pares iguais é que uma união homossexual não é família e não pode ser tratada no direito de família, sendo descabida a sua comparação com o casamento, pois se assim o fosse considerá-lo-ia meramente um contrato. Segundo esse ponto de vista, por mais estável que seja essa união, ela não poderia se configurar como entidade familiar, sendo o principal argumento a função de procriação e de educação; indivíduos do mesmo sexo não podem procriar e educar os filhos por não poderem oferecer a figura de pai e de mãe, papéis distintos e necessários para o desenvolvimento psicológico da família.[96]

Se a falta de dualidade de sexo para configurar família requisito essencial para o casamento, "modo tradicional e jurídico de constituir família", a diferença de sexo também é exigida pela Constituição para a união estável[97], o que enfatiza a necessidade desse item para a concepção antropológica de família, que não pode ocorrer na união homossexual. [98]

Mesmo que a relação homossexual tenha características idênticas à união estável, que os conviventes sejam desimpedidos, convivam há certo prazo com a intenção de constituir família, ainda faltaria a diversidade de sexo; Nesse sentido a expressão "entre o homem e a mulher" não teria sido posta ao acaso no texto constitucional, mas opção do legislador de 88, negando o reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo e que esse tratamento diferente não constitui discriminação, pois é feito justificadamente e tem como base para tal a sexualidade considerada normal, aquela entre homem e mulher, forma de perpetuação da

[96]CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre à Luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96.** Curitiba: Juruá, 1996, p.172.
[97]CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre à Luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96.** Curitiba: Juruá, 1996, p.172.
[98]BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos.** São Paulo: LTR, 2000. A autora nega reconhecimento às relações homossexuais, seja como casamento ou união estável.

espécie, merecedora da proteção estatal, ainda que a realidade fática apresente essa mudança tem trazido como resultados outras práticas sexuais.[99]

Além da falta de diversidade de sexo, do impedimento da função de procriação e educação da prole, outros argumentos se somam para o não reconhecimento jurídico da união homossexual como entidade familiar, e um dos argumentos mais utilizados como entrave é o regime de princípios morais e religiosos, critérios altamente subjetivos, resultado de uma imposição de comportamento que considera "normal" apenas as prática heterossexuais.

Desse modo, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo é repudiado por algumas pessoas por ofender a moralidade, pois ainda o consideram como opção sexual (como se pudessem escolher ser diferentes do padrão "normal") ou até mesmo perversão sexual que merece ser tratada (pensamento refutado pelas pesquisas médicas e psicológicas, como já foi abordado: não é mais uma doença, mas um jeito de ser). Essa visão limitada gera conflitos na sociedade, baseados na intolerância, no preconceito e na discriminação, comportamento que deve ser trabalhado pelas diversas áreas do conhecimento, não sendo cabível ao aplicador do Direito tais atitudes, não devendo confundir questões jurídicas com questões morais e religiosas.[100]

O argumento religioso não deve prevalecer. Por ser o país um Estado laico, não pode permitir a interferência da religião no não reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, pois pela evolução histórica descrita no item anterior viu-se que as práticas homossexuais sempre foram refutadas por opção política. Entre os hebreus, romanos, durante o domínio da Igreja Católica na Idade Média, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo eram proibidos por ser necessária a procriação e o fortalecimento daqueles povos.

Com a mudança ocasionada pelas novas Constituições não se pode admitir que argumentos herdados de um passado preconceituoso e patrimonialista ditem as regras de uma nova ordem jurídica, esta baseada na proteção da pessoa humana, na valorização do ser, no respeito à dignidade de cada um. Portanto, um Estado laico não pode ter como fonte material do direito (pré)conceitos religiosos quando eles contrariam a ordem constitucional.

Assim, o fundamento religioso não deve ser aplicado como justificativa para o não reconhecimento dessas uniões entre homossexuaiscomo entidades familiares, pois a imposição de princípios religiosos compartilhados somente por um segmento social contraria a laicização do Estado brasileiro e os demais valores albergados no texto constitucional.

---

[99]GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Companheirismo: uma espécie de família.** 2ª ed ver e atual e am.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.546/547.

[100]DIAS, Maria Berenice. LARRATÉA, Roberta Vieira. A Constitucionalização das Uniões Homoafetivas. **Revista de Direito Civil e Processo Civil**, nº 32, set/out/2009, p. 08.

Vários doutrinadores não reconhecem a união entre pessoas do mesmo sexo por acreditarem que apenas o casamento é a forma de legitimar a união sexual entre as pessoas, e a procriação a única forma de constituir a família, o que não pode ocorrer nas relações entre pares iguais em razão de a união não os conduzir à reprodução.[101]

Em relação à função procracional apresentada acima como ponto contrário à possibilidade de reconhecimento da união como entidade familiar, não tem sentido, pois essa função da família deixou de ser essencial, já que não são mais parte de uma unidade de produção, como ocorria no passado, em que havia a necessidade de uma família numerosa. Há um bom tempo essa função deixou de ser primordial para que configure uma família.

Se a procriação fosse imprescindível para a proteção da união estável ou do casamento, o que dizer das pessoas estéreis ou de idade avançada que resolvem casar ou conviver em união estável? Estariam elas excluídas do rol de entidades familiares reconhecidos pela legislação? Se o Estado não proíbe o casamento dessas pessoas em virtude da falta de condições para gerar a prole comum, também não pode utilizar esse argumento como forma de impedimento para regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo.

Atualmente vários casais, por livre escolha ou por outras variáveis, optam po não ter filhos e não deixam de ser considerados uma família pela legislação[102], cabendo ao Estado preservar a autonomia desses casais, reconhecendo que a procriação não é ponto principal para se constituir uma família, o que é consubstanciado pelo princípio da liberdade de escolha dessa família.

A adoção jurídica de crianças e adolescentes que estão em abrigos ou a adoção fática dos filhos frutos, de relacionamento heterossexual anterior, somando-se às modernas técnicas de fertilização dirimem a função procracional como empecilho para o não reconhecimento da entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo.[103]

Quanto à imposição legal da dualidade de sexo para configurar entidade familiar, o que não é possível na união homossexual e exigido para o casamento, não está prevista na Constituição como condição para o matrimônio, e no Código Civil não figura entre impedimentos essa exigência. Os artigos que mencionam homem e mulher, os artigos 1.514,

---

[101]MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira.** Curitiba: Juruá, 2010, p. 333.

[102] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.3., 69.

[103]DIAS, Maria Bernice. **União Homoafetiva. O preconceito e a justiça.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 128. Para a autora: "Como a prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que o relacionamento de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica deixar ao desabrigo do conceito de família a convivência entre pessoas do mesmo sexo."

1.517 e 1.565[104], "não condicionam o casamento à heterossexualidade do par"[105], não apresentam o casamento como exclusivamente entre um homem e uma mulher, mas tratam da idade núbil para homens e para mulheres, da manifestação de vontade do homem e da mulher perante a autoridade celebrante e que são responsáveis pelos encargos da família.[106]Portanto, o requisito apontado como essencial para o casamento e óbice ao reconhecimento da união entre pares iguais como família torna-se irrelevante, o que é reforçado pela legislação de direito comparado na qual vários países já reconhecem o casamento entre homossexuais.

A respeito do art. 226, § 3º, da CF/88[107], que reconhece a união estável como entidade familiar, não representa uma vedação à união entre homossexuais, mas uma norma de inclusão, e representa a positivação da realidade fática, reconhecendo legitimidade às uniões que se formavam mesmo sem a proteção da lei, implicando uma conquista da sociedade que poderia, a partir de então, escolher qual tipo de entidade familiar irá formar sem ficar à margem da legislação.

Alguns tribunais brasileiros vêm exigindo como requisito para o reconhecimento da entidade familiar a dualidade de sexo, representando esta elemento central para a configuração e consistindo em ato jurídico inexistente caso não esteja presente a exigência. Todavia, outros tribunais já vêm reconhecendo como características elementares o companheirismo e a dependência, e não a dualidade de sexo, para se constituir a entidade familiar[108]. O afeto entre os seus membros é que deve ser apontado como elemento central e definidor da família.

As mudanças sociais influenciaram a alteração legislativa, decorrente do clamor da sociedade, do desejo de ver essas entidades familiares que se formavam e se reconheciam como família tratadas legalmente como família, equiparando a concubina (a partir de então, companheira) à esposa. Longo foi o caminho percorrido por essas organizações familiares não oriundas do casamento para a legalização, que veio a ocorrer com o artigo supracitado,

---

[104]Art. 1.514. "O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados."

Art. 1.517. "O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil."

Art. 1565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de constes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família."

[105]DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O preconceito e a justiça.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 135.

[106] Idem.

[107]Art. 226, § 3º: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

[108] MOREIRA, Adilson José. **União Homoafetiva**: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira. Curitiba: Juruá, 2010, p. 341.

representando assim a evolução dos valores sociais que convergiram para "um redimensionamento das relações familiares e a humanização das mesmas." [109]

Pela trajetória da união estável, a norma constitucional que a protege "não pode se vislumbrar uma restrição — e uma restrição preconceituosa — de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia."[110]Desta forma, a expressão homem e mulher, contida na Constituição no que se refere a união estável, não pode ser estendida às uniões homossexuais como forma de impedimento para o reconhecimento de entidade familiar entre estes. Essa norma veio para libertar as famílias antes aprisionadas a um modelo único de família, o matrimonial, possibilitando a livre escolha de qual modelo de organização familiar querem ter, não podendo ser aplicada norma restritiva para outras formas de constituição familiar.

Para o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar deve-se utilizar a interpretação extensiva do art. 226, visando declarar a possibilidade jurídica de outros arranjos familiares que não foram contemplados expressamente pela CF, mas que estão protegidos pelos princípios constitucionais da igualdade, liberdade de constituição familiar e dignidade da pessoa humana.

Há os fatos sociais (as relações homoafetivas se formam) e não existe regra jurídica para esses casos (que não deixam de se formar). O que se deve fazer? Continuar a ignorá-los? Fechar os olhos para a realidade, como foi feito com a união estável durante muito tempo? Essa parece ser a opção do legislador[111], porém tal fato não pode ocorrer com os operadores do Direito; dessa forma, com a omissão legislativa, forma-se uma lacuna na legislação que deve ser preenchida através da integração do direito[112], mediante a aplicação analógica das regras da união estável às uniões homoafetivas.[113]

A trajetória dos casais homossexuais hodiernamente tem sido a mesma percorrida pelos concubinos antes do reconhecimento da união estável pela legislação, ou seja, com a

---

[109]KRELL, Olga Jubert Gouveia. **União Estável: Análise Sociológica.**Curitiba:Juruá, 2003, p.75.

[110]BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais. O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Disponível em: www.lrbarroso.com.br, acesso em: 29/1/2010.

[111] DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O preconceito e a justiça.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 152. Conforme a autora: "(...)o silêncio constitucional e a omissão do CC não impedem que se extraiam efeitos jurídicos das uniões de pessoas do mesmo sexo. Apesar da ausência de regulamentação expressa à união e ao casamento homoafetivo, como não há qualquer proibição, o juiz tem o dever de julgar as lides que lhe são trazidas a julgamento."

[112]LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias**.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.68/69.Para o autor não é necessária a equiparação entre a união estável e a união homossexual, por serem entidades familiares diferentes; contudo, por não ter uma legislação própria e ser a entidade familiar que tem maior aproximação, podem por analogia aplicar-se as regras da união estável.

[113]BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais. O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** www.lrbarroso.com.br, acesso em: 29/1/2010.

ausência de tutela legal busca-se o Judiciário e este, mais uma vez, tem acompanhado a evolução social, ao contrário do legislador, que insiste em não disciplinar essas relações.

Mesmo com a ausência de lei sobre essas uniões, não pode o juiz deixar de julgar, devendo buscar mecanismo no Direito para suprir a lacuna[114] existente na lei. A entidade familiar mais próxima da homoafetiva é a união estável, contudo não são iguais, como também não o é o casamento, ainda que com fundamento comum, ou seja, o afeto que as une como família e os demais requisitos exigidos pelo Código Civil: convivência pacífica, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família.

A analogia passa a ser admitida porque a Constituição não proíbe expressamente a união homoafetiva e prevê três tipos de entidade familiares expressamente, que são os mais comuns, estando a união entre pessoas do mesmo sexo não expressamente na CF, vejamos: "Apesar da falta de norma específica, o reconhecimento dessa quarta modalidade seria imposto pelo conjunto da ordem jurídica e pela presença dos elementos essenciais que caracterizam as uniões estáveis e as entidades familiares."[115]

Como último argumento contrário à união entre pessoas do mesmo sexo tem-se que as entidades familiares protegidas pela Constituição se restringem aos modelos: decorrente do casamento, da união estável e a família monoparental (formada por um dos pais e filhos), constituindo *numerus clausus,* e os demais arranjos familiares não estariam albergados no texto constitucional.

O *caput* do art. 226 da CF não faz referência a nenhum tipo de família; nos seus parágrafos aparecem as três entidades de forma expressa porque são as mais corriqueiras, formas familiares mais encontradas na sociedade, o que fez merecer referência expressa[116], contudo, não significa que sejam as únicas a existir e a ser protegidas pela CF. Por conseguinte, o art. 226 é norma de inclusão das entidades familiares, um conceito aberto e não norma de exclusão, o que contraria a hermenêutica constitucional por não considerar as demais organizações familiares como famílias protegidas constitucionalmente.

A união entre homossexuais deve ser reconhecida como entidade familiar, não se interpretando o art. 226 de forma restritiva, limitando o conceito de família. Deve-se

---

[114]MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** Rio de Janeiro: 2006, p. 160. Para o autor ,na aplicação da analogia, "(...)se a circunstância comum aos dois casos, com as conseqüências que da mesma decorrem, é a causa principal de todos os efeitos; o argumento adquire a força de uma indução rigorosa."

[115]BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais. O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** www.lrbarroso.com.br, acesso em: 29/1/2010. O autor expõe a analogia como um tese acessória para o reconhecimento das uniões homoafetivas, sendo a principal: "um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécies em relação ao gênero."p. 02.

[116]LÔBO, Paulo.**Direito Civil:** Famílias**.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.61.

interpretá-lo de forma extensiva, alcançando-se os direitos fundamentais, principalmente o direito de igualdade[117], de liberdade de escolha e dignidade da pessoa humana.

Dessa forma a Constituição protege não apenas as famílias enumeradas no artigo acima, mas uma pluralidade de famílias, bastando que elas apresentem os requisitos afetividade, ostensibilidade e estabilidade para que sejam consideradas entidades familiares independentemente da orientação sexual dos seus componentes ou da origem (biológica ou socioafetiva) ou decorrente do casamento ou da união estável ou da monoparental ou da família recomposta[118] ou mosaico ou das variadas composições resultantes da livre escolha das pessoas, sem a imposição estatal de um modelo único a ser adotado e protegido.

Alguns juristas se posicionam pelo reconhecimento da união homoafetiva como uma sociedade de fato: "a união civil entre pessoas do mesmo sexo é matéria que não se põe no âmbito do direito de família, devendo as questões dela decorrentes ser solucionadas estritamente dentro da portada do direito das obrigações."[119]. Posicionamento que ainda hoje encontra adeptos, como se as relações homoafetivas pudessem ser resolvidas na vara civil comum, atribuindo apenas a partilha do patrimônio constituído com o esforço comum, entretanto, há uma mudança de pensamento e as ações decorrentes dos relacionamentos homoafetivos estão sendo direcionadas para as varas de família na maioria dos Tribunais de Justiça, posição essa que condiz com a repersonalização das relações familiares, em que o patrimônio deixa de ser o principal foco de atenção e a pessoa passa a ser a principal preocupação do Direito.

Com a repersonalização e a constitucionalização do direito civil através da inserção dos princípios constitucionais como balizas para a atuação do legislador ordinário e do intérprete da lei, é incabível se discutir relações de afeto, sejam homo ou heterossexuais, nas varas cíveis, como se o patrimônio fosse a única coisa existente nessa relação, caminho que já foi trilhado pela união estável no passado.

Os Tribunais Superiores têm ampliado o conceito de entidade familiar com decisões inovadoras reconhecendo arranjos familiares até então excluídos do rol de entidades familiares no direito brasileiro; os tribunais inferiores também apresentam decisões no mesmo sentido.

---

[117]RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 121.

[118]LÔBO, Paulo. .**Direito Civil:** Famílias. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73: são "as que se constituem entre um cônjuge ou companheiro e os ilhós do outro, vindo de relacionamento anterior."

[119]LIRA, Ricardo César Pereira. Breve Estudo sobre as Entidades Familiares**.** *In:* **Repensando o Direito de Família**, Anais do I Congresso de Direito de Família, (cord.)PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 88.

O STJ[120] decidiu pela impenhorabilidade de um imóvel por considerá-lo bem de família e como tal protegido pela Lei nº 8.009/90[121]; contudo, essa proteção foi conferida a uma pessoa sozinha (*single)*[122], equiparando-a à entidade familiar através da interpretação teleológica e da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana concedido a pessoa em qualquer situação: estando solteira, viúva, separada ou divorciada será protegido pela legislação.

Outro julgamento importante no STJ que reflete essa ampliação é o RE nº 100.888/BA, que reconhece a coexistência de duas famílias concomitantemente com o fracionamento da indenização securitária entre a esposa e a concubina, ou seja, considera como famílias as duas partes que estavam em litígio.

Na seara previdenciária o STJ julgou em 2005 a concessão de pensão por morte ao companheiro homossexual de segurado, entendendo ser cabível a pensão à entidade familiar homoafetiva existente entre eles. Seguindo o modelo da união estável e estando caracterizado o relacionamento, aplica-se o direito à igualdade. RE 395904/RS julgado pela Sexta Turma.

Na esfera eleitoral, através do TSE, reconheceu-se a união homoafetiva entre duas mulheres, Acórdão nº 24.564, negando-se o registro da candidatura à prefeitura de Viseu-PA à deputada estadual Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes, companheira da prefeita do mesmo município.

O TSE declarou a inelegibilidade reflexa para concorrer a um cargo político, baseado no art. 14, §7º, da CF, vedação constitucional atribuída aos entes de uma mesma família. Assim na área eleitoral, a união entre duas pessoas do mesmo sexo configura entidade familiar.

Essa decisão representou novo paradigma para a extensão do conceito de entidade familiar, utilizando o TSE interpretação que corresponde "a efetiva aplicação da lei e atende ao anseio de justiça".[123] Com essa decisão visou-se impedir a perpetuação no poder de uma mesma família mediante o reconhecimento da união homoafetiva existente.

E, por fim, o STF ao julgar ação direta de inconstitucionalidade, ADIN nº 3300 MC/DF, em fevereiro de 2006, na qual a Associação Parada da Organização Gay contestava a

---

[120] REsp 182223 / SP RECURSO ESPECIAL 1998/0052764-8, SEXTA TURMA.

[121] A lei prevê em seu art. 1º: "O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei."

[122] LÔBO, Paulo. **Entidades familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus.** Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552, acesso: 23/9/2008

[123] SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. **O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade.** Disponível em : http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=396, acesso em: 5/5/2010.

definição legal de união estável. Por impossibilidade formal o mérito não foi apreciado, entretanto o Ministro Celso de Mello teceu comentários sobre a possibilidade de as uniões homossexuais serem reconhecidas como entidade familiares.

Em seu voto deixou claro que o reconhecimento reflete as transformações sociais, e o Judiciário, como em tantas outras vezes, não poderia se fechar a essas mudanças, mesmo que ainda não estejam disciplinadas pelo legislador, que parece andar na contramão da realidade da sociedade ao não reconhecer as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares. O ministro indicou o meio processual adequado para se discutir a constitucionalidade dessas entidades familiares no STF, ou seja, através da Ação de descumprimento de preceito fundamental, ADPF.

Assim, constata-se um alargamento do conceito de família. Antes havia previsão constitucional apenas para a matrimonializada; com a Constituição de 1988 as demais entidades familiares que se constituíam e ficavam à margem da lei passaram a ter proteção legal, representando a Carta Magna brasileira as mudanças operadas na sociedade, a inclusão de uma pluralidade de famílias, baseadas não mais no patrimônio, mas no afeto como delimitador dessas relações: "a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, por laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional."[124]

1.4 **Resistência à adoção: dos argumentos contrários e favoráveis**

O posicionamento contrário à adoção de criança ou adolescente por pessoa homossexual deve ser tratado sob dois enfoques: primeiro, a adoção individual realizada por uma pessoa com orientação homossexual, e segundo, a adoção por casal homoafetivo, objeto deste trabalho.

É comum, entre as pessoas com orientação homossexual que pretendem adotar, candidatar-se sozinha, tornando o sonho de constituir família mais fácil, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente permite a adoção individual independentemente do estado civil e, como não há no processo de habilitação pesquisa sobre a orientação sexual do candidato, basta que ele esconda a sua orientação e, se preencher os demais requisitos, poderá adotar sem grandes problemas.

[124]FARIAS, Cristiano Chaves. Direito à Família**.** *In:* **Direitos Constitucionalizados**. Coordenadores LEÃO, Adroaldo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 92.

O procedimento descrito parece bem simples, pois, desde que a homossexualidade não apareça, não haverá problemas. Contudo, se a pessoa assume sua homossexualidade, os percalços começam, pois se assumir passará por uma avaliação criteriosa da equipe interdisciplinar (que deve ocorrer em todos os casos, candidatos homo ou heterossexuais), pelo parecer do membro do Ministério Público e pela decisão do magistrado.

Até metade dos anos 90, as adoções individuais eram concedidas quanto o candidato não revelava a sua orientação homossexual, já que o preconceito era grande e a maneira mais fácil para conseguir a adoção era não assumir, porém as mudanças sociais foram ocorrendo e as relações homossexuais receberam maior aceitação, uma vez que estudos científicos retiraram o caráter de doença ou de desvio como visto anteriormente.

Diante dessas transformações, os candidatos no processo de adoção passaram a não esconder a sua orientação homossexual, exigindo do Judiciário a aplicação dos requisitos exigidos pelo ECA com o respeito dos princípios constitucionais. O empecilho era apenas de ordem social, pois juridicamente não havia impedimento para adoção de pessoa que se candidatava sozinha. A doutrina se posicionava favorável, a exemplo de Czajkowski[125], com uma visão bem particular, admitindo a adoção por solteiro ainda que "potencialmente homossexual", desde que a vida sexual não chegasse ao ambiente doméstico e fosse concedida estabilidade material e psicológica ao adotado, preenchendo os requisitos prescritos para homo ou heterossexuais igualmente.

Embora alguns promotores e juízes sejam contrários à adoção quando a homossexualidade é assumida, cada vez mais decisões vão surgindo no sentido de possibilitar a adoção de criança ou adolescente por pessoa com orientação homossexual, pois não há impedimento legal para não concedê-la em razão da orientação sexual do candidato, sob pena de ofensa à Constituição.

Consoante Brito[126], há possibilidade jurídica de adoção de uma única pessoa homossexual, uma vez que não há impedimento no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, mas algumas pessoas ainda são contrárias, entre eles, operadores do Direito e de diversas áreas que lidam com a criança e o adolescente. Assim, alguns candidatos, por receio de não conseguirem adotar, preferem não assumir a homossexualidade e muitas vezes adotam sozinhos mesmo quando possuem um relacionamento duradouro e estável, com projeto de vida em comum, por medo da recusa do Estado-juiz.

---

[125] CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre à Luz da Lei 8.971/95 e da Lei 9.278/96.**Curitiba: Juruá, 1996, p. 186.

[126] BRITO, Fernanda de Almeida. **União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos.** São Paulo:2000, p. 55. A autora concorda somente com a adoção individual, discordando da possibilidade jurídica para o casal homossexual.

As adoções concedidas aos homossexuais vêm aumentando, mas quando se fala em adoção conjunta, muitos são os obstáculos apresentados, baseados principalmente no preconceito. Há o medo do novo, o medo do diferente, a exemplo do que ocorria com o divórcio, que era tido como um "monstro" que acabaria com o casamento. Seguindo esse raciocínio, a proteção à família homoafetiva não vai acabar ou pôr em risco a família "normal"; irá, sim, dar soluções jurídicas para aquele que precisa de maior proteção, que é a criança ou o adolescente que convive com casais homoafetivos ou que está em abrigo e poderiam ser adotada.

Os argumentos apresentados para a não concessão da adoção ao casal homoafetivo são vários, entre eles: que os filhos venham a sofrer violência sexual por parte dos adotantes; prejuízo ao desenvolvimento sadio com a influência do modelo homossexual; que sejam vítimas de discriminação social; a incapacidade por parte dos homossexuais em serem bons pais e, por fim, a questão moral e religiosa.

O posicionamento contrário em razão da possível violência de que as crianças ou adolescentes possam ser vítimas não prospera, pois em pesquisa relatada por Dias[127], em que não há registro de abuso sexual praticados por pais homossexuais, a violência sexual é cometida em grande parte por homens heterossexuais: 69% pelo pai biológico, 29,8% pelo padrasto e 0,06% pelo pai adotivo.

Um dos argumentos mais utilizados é quanto ao desenvolvimento sexual do filho, que, conforme Czajkowski[128], será influenciado pelos pais homossexuais, que não são considerados como bom referencial para o adotado, influenciando e condicionando o comportamento do filho em razão da sua conduta sexual.

Afasta-se esse argumento com as pesquisas[129] apresentadas sobre a influência homossexual dos pais sobre os filhos. As pesquisas apresentam desenvolvimento normal das famílias homossexuais com o mesmo nível de ajustamento encontrado nas heterossexuais. De fato, os filhos adultos de pais homossexuais são em sua grande maioria heterossexuais, o que refuta o pensamento discriminatório que as pessoas têm, sendo certo que os filhos de pais

---

[127] DIAS, Maria Berenice. **A Justiça e a Invisibilidade do Incesto.** http://www.mariaberenicedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt, acesso em: 9/6/09.

[128] CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre à Luz da Lei 8.971/95 e da Lei 9.278/96.** Curitiba: Juruá, 1996, p. 180, 181.

[129] BAILEY, M. **Sexual Orientation of adult sons of gay father developmental psychology**, v. 31, nº 1, 1995, 124. O autor apresenta em seu estudo a questão científica: saber se filhos de pais *gays* e lésbicas são especialmente propensos a se tornar homossexuais. Constatou o autor que a maioria dos filhos de homossexuais são heterossexuais e que a influência do ambiente de pais *gays* na orientação sexual dos filhos não é grande, sugerindo em seu estudo que a permissão para *gays* manterem a custódia de seus filhos não aumenta substancialmente a probabilidade de que os filhos se tornem adultos *gays.*

homossexuais não possuem maiores probabilidades de se tornarem homossexuais do que os filhos de heterossexuais.

O sujeito homossexual não irá influenciar a orientação sexual do filho, pois as pesquisas comprovam que a convivência dessas famílias[130] terá os mesmos problemas que as famílias heterossexuais, as crianças e os adolescentes não terão mais problemas do que aqueles que são comuns à idade.[131] Existem vários casos, de conhecimento público, de pessoas que foram criadas por homossexuais, desenvolveram-se normalmente e não tiveram sua sexualidade influenciada pela orientação homossexual do(s) pai(s).

Os estudos comprovam que a falta de referência da dualidade de sexo não irá por si só influenciar o comportamento homossexual do filho. A falta de referencial (pai e mãe) é suprida por outros modelos que participam da vida daquela criança, como avó(ô)s, tio(a)s, professore(a)s e pais/mães dos amigos e, muitas vezes, dentro do próprio núcleo familiar, porque um dos parceiros homossexuais tem o comportamento oposto ao do seu sexo.

Com efeito, mesmo em várias famílias heterossexuais, os papéis masculino e feminino são invertidos sem que a orientação homossexual esteja presente. A figura da mãe, na visão patriarcal, está associada ao cuidado com os filhos, à conversa e compreensão, enquanto o pai estaria responsável pela sustentação, pela firmeza de comportamento, pelo "não" aos filhos. Contudo, um certo número de famílias apresenta as figuras invertidas, a mãe sendo mais dura, mais exigente com os filhos, é quem diz o "não", e o pai é compreensivo, responsável por outras tarefas, sem que essa situação deflagre o comportamento homossexual nos filhos.

Quando se fala em adoção por pares homoafetivos, muitos colocam como grande empecilho o tratamento diferente que essa criança ou adolescente terá no meio social, o comportamento "anormal" em ter dois pais ou duas mães em sua própria casa, ao contrário da figura "normal" de um pai e uma mãe, o que traria grandes consequências prejudiciais ao desenvolvimento psicossocial dessa criança discriminada pelos demais.

Segundo esses argumentos, o menor não teria condições para suportar o tratamento diferenciado que terceiros fariam sobre a família dele; "o preconceito, a condenação, a

---

[130] PERRIN, Ellen C. **Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex parents** . Pediatrics, Feb 2002; 109: 341 - 344. Disponível em: http://www.pediatrics.org/cgi/content/full/109/2/341. O estudo conclui que não há diferença sistemática entre pais *gays* e não *gays* na saúde emocional dos filhos, nas atribuições parentais e atitudes dos pais em relação aos filhos.

[131] GARTRELL, Nanette; BOS, Henny. **US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents.** Disponível em: http://www.pediatrics.org, publicado *on line* em 7 de junho de 2010. O Estudo comprova através dos relatos de pediatras ao atendimento de família lésbicas que os adolescentes criados por essas famílias apresentam ajustamento psicológico saudável.

represália por parte de vizinhos, de conhecidos, da escola etc., representa um risco ao bem-estar psicológico do adotado que não se pode ignorar".[132]

As dificuldades apresentadas para a inserção dessa criança na sociedade, consideradas como intransponíveis, não são exclusivas das famílias homossexuais. De fato, nas escolas todos os que não se encaixam no "perfil" dos grupos são discriminados: o gordinho, o feio, o baixinho ou o alto, ou magro, o negro ou o muito branco, os que estudam muito e os que não estudam nada, todos sofrerão por algum tipo de discriminação. Nem por isso terão a sua personalidade modificada. Assim, esses acontecimentos devem ser tratados pela escola e pela família com o apoio da psicopedagogia.

No passado recente os filhos de pais separados também sofriam discriminação, mas esse fato mudou e continua a mudar; há escolas que não tem o dia dos pais ou o dia das mães, mas o dia da família. A sociedade vem se modificando e o Direito não pode deixar de amparar quem precisa de tamanha proteção como as crianças e os adolescentes. Aquele que se propõe a adotar e está apto para isso, merece toda a proteção e apoio do Estado e da sociedade.

Não permitir a adoção por casais homossexuais por medo do tratamento que as pessoas darão a essas crianças é inconcebível, uma vez que a discriminação é uma constante na sociedade[133]. Essas ideias foram empregadas no passado para impedir casamentos inter-raciais, a segregação entre brancos e negros, a adoção diversa da cor dos pais[134], posições que devem ser combatidas e não acirradas, principalmente em um Estado que tem como objetivo fundamental uma sociedade livre, justa e solidária, mostrando-se que se devem respeitar as diferenças e conviver de modo harmônico com a diversidade aceitando todas as pessoas sem preconceito e discriminações infundadas.

A família homoafetiva terá problemas como todas as outras famílias têm, o preconceito está na sociedade e não irá desaparecer de imediato — os filhos terão mais perguntas do que em outras famílias, porém com as respostas corretas não se importarão com a orientação do pais, pois o amor e o afeto recebidos são bem maiores do que o preconceito. Os problemas escolares podem ser contornados, basta dar explicações corretas e ensinar a quem está aprendendo a viver que o que mais importa na vida é ter respeito por todos e amar as pessoas pelas suas características pessoais.

Em outra sede, a questão religiosa também se apresenta como óbice em várias partes do mundo para o reconhecimento dos relacionamentos homoafetivos como entidades

---

[132] CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre à Luz da Lei 8.971/95 e da Lei 9.278/96.**Curitiba: Juruá, 1996, p. 182.
[133] SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do Direito à Paternidade e Maternidade dos Homossexuais.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 138.
[134] RIOS, Roger Raupp. **Homossexualidade no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 143.

familiares, pensamento este que reflete na adoção de crianças e adolescentes por pessoas com orientação homossexual. A Igreja Católica opõe-se claramente ao casamento homossexual ou a sua equiparação com a concessão de direitos equivalentes ao do matrimônio, pois não possuem condições para a procriação e sobrevivência da espécie, e a utilização de eventuais técnicas como a fecundação artificial ou a adoção ofende o respeito à dignidade humana. Vejamos as considerações sobre a adoção:

> Como a experiência confirma, a falta da bipolaridade sexual cria obstáculos ao desenvolvimento normal das crianças eventualmente inseridas no interior dessas uniões. Falta-lhes, de facto, a experiência da maternidade ou paternidade. Inserir crianças nas uniões homossexuais através da adopção significa, na realidade, praticar a violência sobre essas crianças, no sentido que se aproveita do seu estado de fraqueza para introduzi-las em ambientes que não favorecem o seu pleno desenvolvimento humano. Não há dúvida que uma tal prática seria gravemente imoral e pôr-se-ia em aberta contradição com o princípio reconhecido também pela Convenção internacional da ONU sobre os direitos da criança, segundo o qual, o interesse superior a tutelar é sempre o da criança, que é a parte mais fraca e indefesa.[135]

Através desse documento a Igreja conclama os políticos católicos a não aprovarem leis que permitam as uniões homossexuais. As demais igrejas têm posicionamentos parecidos com o da Católica no sentido de não reconhecer entidade familiar homoafetiva e, por conseguinte, a adoção de crianças. Conforme Silva Júnior, não cabe às instituições religiosas, além das questões de fé que lhes são próprias, diante da evolução científica atual, tratar uma realidade factual e incontestável de modo tendencioso e incoerente, propondo à sociedade e aos poderes públicos seus antigos dogmas e crivo ideológico-interpretativo da Bíblia.[136] Não aceitar as relações homoafetivas não fará com que elas não se formem, e regulamentar por questões religiosas é incabível diante do contexto atual de Estado laico, separado da religião, que deve seguir a racionalização para se ter uma sociedade livre, justa e solidária.

O Estado não pode permitir a interferência da religião quando da elaboração e aplicação das leis, pois já foi demonstrada a possibilidade jurídica da união homoafetiva como entidade familiar e os obstáculos de ordem religiosa não podem prosperar como impedimento para a constituição dessa família que busca um filho como forma de se completar.

---

[135] RATZINGER, Josefh Card; AMATO, Ângelo. **Congregação para a Doutrina da Fé — Considerações Sobre os Projetos de Reconhecimento Legal das Uniões entre Pessoas Homossexuais.** Disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_po.html, acesso em: 15/2/10.

[136] SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais.** Curitiba: 2008, p. 118.

Nesse sentido, cumpre registrar que várias questões religiosas já foram contrariadas pela legislação, como a posição de inferioridade que ocupava a mulher ante o marido[137], apoiada por preceito bíblico que hoje não é mais aceito, corroborado pelo princípio jurídico da igualdade. A instituição do divórcio na legislação também contraria a Bíblia, no entanto está presente no ordenamento jurídico. [138]

Se essas questões foram ultrapassadas pelo legislador, demonstrando a laicização do Estado e a opção da Constituição por garantir a dignidade humana e a igualdade de todos, nada impede que através dos próprios princípios inseridos no texto constitucional se reconheça a possibilidade de adoção por casais homossexuais quando preencherem os mesmos requisitos exigidos para os heterossexuais. Portanto, o argumento religioso não pode ser óbice à adoção homoafetiva e impedir a concretização dos princípios constitucionais, confirmando que direito e religião são áreas estanques.

O argumento contrário à adoção baseado na ofensa à moral e aos bons costumes é um dos mais frágeis de se sustentar. A moral muda de acordo com as mudanças sociais; cada época, cada lugar, terá uma moral diferente, e não serve como argumento jurídico, representando uma subjetividade preconceituosa e discriminatória. Hodiernamente, a sociedade vem aceitando cada vez mais o indivíduo homoafetivo. Por que não aceitar a possibilidade de ter filhos? Por que é difícil aceitar que para ser pai ou mãe não é necessário ter opção sexual, mas ter afeto e respeito pelos filhos? Considerar amoral, contrária aos bons costumes, uma criança vivendo com um casal homoafetivo é somente preconceito e deve ser evitado, pois atitudes que contrariavam a moral em determinadas épocas hoje são consideradas normais, a exemplo do casamento entre pessoas de raças e classes sociais diferentes, as famílias não constituídas através do matrimônio, a segregação dos filhos dos que se separavam, dos que praticavam uma religião diferente da majoritária, são todas condutas antes perniciosas, agora, permitidas e garantidas pela lei.

Outro posicionamento que deve ser combatido é o de que as pessoas com orientação homossexual somente poderiam adotar as crianças ou adolescentes que estão institucionalizadas e sem chances de ser adotadas por candidatos heterossexuais[139], por não

---

[137]BÍBLIA SAGRADA, Efésios (5: 22-24): "Vós, mulheres, submetei-vos a vossos maridos, como ao Senhor; porque o marido é a cabeça da mulher, como também Cristo é a cabeça da igreja, sendo ele próprio o Salvador do corpo. Mas, assim como a igreja está sujeita a Cristo, assim também as mulheres o sejam em tudo a seus maridos."

[138]CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **A união homoafetiva sob o enfoque dos direitos humanos.** http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4902, acesso em: 26/5/09.

[139] SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do Direito à Paternidade e Maternidade dos Homossexuais.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 138.

terem o perfil desejado, seja por não terem a cor ou a idade pretendida seja por terem alguma doença.

Esse pensamento é preconceituoso em relação aos homossexuais, que teriam um tratamento diferenciado, não permitido conforme foi demonstrado. Logo, fere o princípio da igualdade, devendo receber os mesmos direitos conferidos aos candidatos heterossexuais. Quanto às crianças e adolescentes, a situação de segregação é ainda pior, pois os que foram excluídos da possibilidade de adoção por heterossexuais em razão de cor, origem ou doença, ou seja, crianças que ninguém quer[140], que são rejeitadas, poderiam ser adotados por quem também é rejeitado pela sociedade e receberia o adotando não por representar a melhor família para a criança ou adolescente, mas porque "ninguém mais quer"; seria a "adoção de excluídos por excluídos", formando uma casta de cidadãos de menor categoria, o que é inadmissível em uma sociedade que se pretende livre, igualitária, pluralista, fraterna e solidária."[141]

Muitos são os obstáculos apresentados, mas, uma vez fundados no preconceito e na discriminação, não se sustentam e não devem prevalecer. Assim, não conceder a adoção por puro preconceito é um ato que deve ser evitado, contrário ao preceito constitucional previsto no artigo 227 da Constituição Federal, que traz como dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito, entre outros, à convivência familiar, à liberdade, à dignidade, à proteção contra a discriminação. Esse comando normativo deve ser respeitado, conhecido pelas pessoas e aplicado pelos operadores do Direito, como veremos a seguir.

[140]DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva:o preconceito & a justiça.** 4ª ed São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 212.
[141] SAPKO, idem, p.138.

CAPÍTULO 2

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR UMA PESSOA OU CASAL HOMOSSEXUAL MEDIANTE TUTELA CONSTITUCIONAL

2.1 Princípios constitucionais como marco teórico: considerações iniciais

Através da constitucionalização dos direitos surgiram novos paradigmas, principalmente para o direito de família, nessa matéria, a Constituição Federal consagra uma carga principiológica que ultrapassa a patrimonialização até então presente nas relações familiares, surgindo princípios, como da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da afetividade, do melhor interesse da criança, como norteadores para as questões que envolvem a adoção e tantas outras situações ainda não contempladas pelo legislador ordinário.

Se a sociedade se modifica, as normas jurídicas também têm de se modificar. Essas situações somente podem ser solucionadas com a utilização dos princípios inseridos na Constituição Federal, entre eles a dignidade da pessoa humana que protege a pessoa, portanto, deve proteger todas as entidades familiares, não havendo justificativa para privar de proteção essa ou aquela entidade familiar.

A nova ordem constitucional tutela outras entidades familiares além daquela originada pelo casamento, uma vez que a preocupação passa a ser com os indivíduos que a compõem e não mais com a entidade em si, representando uma mudança de paradigma como reflexo das transformações sociais.

Com o advento da Constituição de 1988, a vida privada seguiu o fluxo de desenvolvimento da sociedade contemporânea com importantes alterações para o comportamento das pessoas. A busca pela felicidade e pela realização pessoal passa a ditar as regras de convivência familiar e social[142].

Malgrado não estarem inseridas no texto constitucional de forma expressa, as diversas entidades familiares estão protegidas pelos princípios constitucionais que espelham uma nova ordem jurídica, pondo a Constituição no centro do ordenamento jurídico e a pessoa humana como foco das suas preocupações. Efetivamente, as legislações infraconstitucionais devem

[142] GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais.**Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.32.

passar por uma releitura, ou seja, devem ser interpretadas à luz das regras e princípios da Constituição.

Nesse contexto, os princípios passam a ter uma aplicação diferente da que existia, passando os princípios a ser considerados normas jurídicas imperativas e cogentes, irradiando a sua força normativa para a elaboração e a aplicação da legislação infraconstitucional, que tem como ponto principal a proteção da pessoa humana.

A transformação pela qual vem passando a teoria do direito reflete no papel desempenhado pelos princípios na ordem jurídica, em contraponto ao momento anterior à constitucionalização dos direitos, momento em que não possuíam força normativa, desempenhando papel secundário e supletivo durante o positivismo jurídico[143].

Com a nova forma de ver o direito e o papel que ele deve desempenhar na sociedade, em resposta aos acontecimentos que influenciaram essas transformações, as Grandes Guerras Mundiais, a mudança do Estado liberal e as intricadas relações de um mundo globalizado do século XXI, as Constituições contemporâneas deixaram de ser apenas normas de organização estatal para pôr em seu texto um extenso rol de direitos fundamentais, passando a ser o centro do ordenamento jurídico e a pessoa o centro de suas preocupações, o que pode ser percebido facilmente, no direito brasileiro, pela opção do poder constituinte em colocar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental em seu artigo 1º, à frente de outras disposições constitucionais.

Por conseguinte, a mudança de paradigma, começando pela opção legislativa brasileira, o desenvolvimento da doutrina constitucionalista, influenciando os demais ramos com a constitucionalização dos direitos, fez os princípios terem um relevante papel a ser desempenhado nesse mundo novo, mundo diferente daquele da metade do século XX e décadas seguintes. Com os princípios a desempenharem tão nobre função, considerados "a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição"[144], impôs uma reformulação da teoria dos princípios, que deixa de ser uma forma supletiva de aplicação do direito para ser o ponto fundamental da nova interpretação constitucional.

Nessa nova fase os princípios saem dos códigos para os textos constitucionais, compondo um número reduzido de princípios infraconstitucionais que não estão presentes na Constituição, diversamente do que ocorria antes da constitucionalização dos demais ramos do

[143] Essa premissa pode ser constatada observando disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual somente em caso de omissão, o juiz, depois de esgotados os outros instrumentos de integração, utilizaria os princípios.

[144] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 24ª ed 2ª tiragem.São Paulo: 2009, p. 294.

direito como o direito civil e o direito administrativo. Na visão de Marcos Bernardes de Mello, os grandes princípios jurídicos, como os da irretroatividade das leis, da universalidade da capacidade jurídica, da incolumidade da esfera jurídica, da sucessão *mortis causa* entre privados, não eram tratados em âmbito constitucional, mas em leis ordinárias.[145]

Hodiernamente, os princípios assumiram uma normatividade, sedimentando uma teoria normativa dos princípios. Para expor a teoria dos princípios como normas jurídicas constitucionais, faz-se necessário abordar alguns pontos relevantes, como: os princípios como normas jurídicas, a identificação dos princípios jurídicos e a aplicação da ponderação.

1) Princípios como normas jurídicas

Diante da normatividade adquirida pelos princípios jurídicos, que influenciaram o pensamento jurídico contemporâneo, compondo uma nova fase para a teoria do direito, teremos vários conceitos para os princípios, primeiramente como ideia inicial ou origem de algo, passando em seguida para um conceito de princípio jurídico. Nesse sentido, colaciona-se a conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello, que considera princípio jurídico como:

> mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido.[146]

Os princípios como mandamentos fundamentais consubstanciam os valores[147] consagrados de uma sociedade e servem como ponto de partida para as demais normas que devem refletir essa carga axiológica, seja na elaboração, seja na aplicação da norma jurídica. Os valores são positivados na Constituição, em geral, através dos princípios constitucionais, representando os expoentes das aspirações e desejos de um povo. Tem-se uma acepção filosófica com Miguel Reale[148]

> Princípios, são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundamentos da validez de um sistema particular de conhecimento com seus pressupostos necessários.

Princípios, portanto, são o ponto culminante do ordenamento jurídico, ocupando o ponto mais alto da pirâmide hierárquica das normas jurídicas, estabelecendo um conjunto de

---

[145] MELLO, Marcos Bernardes de.**Notas sobre o caráter normativo dos princípios.**,Texto cedido pelo autor.
[146] MELLO, Celso Antônio Bandeira de**. Curso de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: 1994, p. 450.
[147] Os valores indicam aspirações de um povo, metas a serem perseguidas e que vão servir como diretrizes para a interpretação do sistema jurídico.
[148] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva.1991, p.59.

ideias de uma sociedade que irá atuar como irradiador desses valores para as demais normas jurídicas. São mandamentos nucleares e fundamentais de um sistema jurídico, a partir da constitucionalização ou positivação dos princípios no mais alto grau. Ao receberem uma carga valorativa máxima, conferida às normas inseridas na Lei das Leis, os princípios se convertem em normas das normas.[149]

A natureza jurídica dos princípios é outro ponto relevante que gerou muita divergência, pois seu caráter normativo não era reconhecido pela doutrina e principalmente pela jurisprudência, que os consideravam apenas como vetores, programas, definições de valores coletivos ou simples recomendações. Contudo, esse entendimento se modificou e atualmente predomina o caráter normativo, o *status* de norma jurídica que reconhece aos princípios a sua positividade e vinculatividade.[150]

Essa normatividade foi reconhecida a partir das mudanças das correntes jusfilosóficas, jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo[151] ou neoconstitucionalismo [152], resultando na alteração de localização dos princípios, que antes estavam inseridos nos códigos e passaram a fazer parte das Constituições, fundamentando a ordem jurídica e irradiando a sua carga axiológica para a legislação infraconstitucional.

Apesar das divergências que surgiram a respeito do caráter normativo dos princípios, eles apresentam os pressupostos necessários para que sejam reconhecidos como normas jurídicas. Segundo a lição de Marcos Bernardes de Mello, eis as exigências essenciais para esse reconhecimento: "(i) uma formal, referente à completude de sua estrutura proposicional, que deve conter, essencialmente, a descrição de um suporte fático e a prescrição de um preceito; (ii) outra de natureza material, concernente ao poder de incidência, em decorrência da qual as condutas previstas ficam vinculadas a seus comandos".[153]

Para Marcos Bernardes de Mello, os princípios apresentam sim as características exigidas acima, possuindo a descrição do suporte fático e a prescrição de um preceito, mesmo em caso de indeterminação, aparecendo também a segunda característica de uma norma

---

[149] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 24ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 259.

[150] SILVA, Ivan Luiz da. **Introdução aos princípios jurídicos.** *In.* Ano 40, nº 160, out/dez/2003.Revista de Informação Legislativa: Brasília, 2003, p.271. O entendimento predominante na doutrina atual é o caráter normativo dos princípios, o que não ocorria no início dos estudos teóricos.

[151] O neoconstitucionalismo surge como um teoria transformadora do Direito que deixa de lado a velha dicotomia direito positivo *vs.* direito natural, passando a Constituição a ser o centro do ordenamento, com seus princípios indicando um novo caminho a seguir.

[152] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição.** São Paulo: Método, 2008, p.18. Consoante o autor, neoconstitucionalismo é a teoria que abrange e explica essa linha comum de pensar o direito contemporâneo, surgindo como uma nova teoria do direito, na qual "passamos de um direito em que as normas ditam o que fazer para um direito em que os princípios indicam o que se pode fazer."

[153] MELLO, Marcos Bernardes de.**Notas sobre o caráter normativo dos princípios.**,Texto cedido pelo autor.

jurídica, ou seja, o poder de incidir, resultando em uma força vinculante para as condutas a que se referem.[154]

Mesmo utilizando outra linha de raciocínio sobre os elementos que compõem a norma jurídica, como hipótese, mandamento e sanção, também se reconhece o caráter normativo, conforme podemos ver em Eros Grau:

> a norma jurídica prescreve os efeitos enunciados na estatuição ou injunção em relação à situação objetiva que prevê possa vir a se verificar, desde que ela se verifique. Por isso é dotada de caráter logicamente hipotético: enuncia hipótese que produz conseqüências jurídicas. O caráter formal das proposições jurídicas é expresso na conexão entre uma hipótese e uma estatuição de conseqüência jurídica. [155]

Assim, vê-se que os princípios atendem às características exigidas para serem alçados à categoria de normas jurídicas, inclusive com a imposição de condutas de comportamento quando o suporte fático for configurado, até porque estão os princípios presentes na Constituição e não se pode considerar que ela possuia enunciados desprovidos de caráter normativo. Portanto, revela-se indiscutível o reconhecimento do caráter normativo dos princípios jurídicos. [156]

Ponto importante na teoria dos princípios é a identificação através da necessária distinção entre regras e princípios, reconhecendo-se que as normas jurídicas são pertencentes a essas duas espécies[157], constituindo dessa forma uma das bases da dogmática constitucional que será abordada nas visões de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Segundo Dworkin[158], as regras seriam aplicadas ao modo do "tudo ou nada", com a utilização da subsunção. Enquanto os princípios conteriam fundamentos que ajudariam na aplicação através da gradação; quando em colisão, aplicar-se-iam os pesos em que um princípio se sobrepõe a outro. O princípio de maior peso decide sem tornar o outro princípio inválido. Já que em relação às regras observa-se que se a regra é válida a outra não será. No mesmo sentido, Eros Grau no critério do "tudo ou nada":

> As regras são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra

---

[154] MELLO, Marcos Bernardes de.**Notas sobre o caráter normativo dos princípios.**,Texto cedido pelo autor.

[155]GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 108.

[156]SILVA, Ivan Luiz da. **Introdução aos princípios jurídicos.** *In.* Ano 40, nº 160, out/dez/2003.Revista de Informação Legislativa: Brasília, 2003, p.273.

[157]SILVA, Ivan Luiz da. **Introdução aos princípios jurídicos.** *In.* Ano 40, nº 160, out/dez/2003.Revista de Informação Legislativa: Brasília, 2003, p.276.

[158]DWORKING, Ronald. *Los Derechos em serio.* 2º Ed. Trad. De Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989, p. 75 e 76.

> se refira (...) se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada.[159]

No que diz respeito aos princípios, a sua aplicação de forma automática não ocorrerá; mesmo presentes as características para a sua incidência, eles não serão necessariamente aplicados ao caso concreto, porém a sua não aplicação não caracteriza a exclusão do ordenamento.[160]

Quanto ao critério do peso, as regras diferem dos princípios. Quando a colisão ocorrer entre princípios, o de maior peso deverá prevalecer sem contudo invalidar o outro princípio; já quanto às regras, o conflito entre elas levará para a aplicação de uma e para a invalidade da outra[161], ou seja, somente uma regra será considerada válida.

Daniel Sarmento dispõe no mesmo sentido: para a dimensão de peso presente nos conflitos de princípios diferentes que incidem sobre determinado caso concreto, constatando-se o peso relativo desses princípios para assim verificar qual princípio cederá em face do outro.[162]Assim, no conflito entre os princípios diante do conflito gerado por uma circunstância concreta, incidirá o de maior peso sem que implique em exclusão do outro princípio.

A segunda distinção entre regras e princípios será abordada na visão de Robert Alexy, que reconhece as duas espécies como normas jurídicas: "tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição."[163]

Segundo Robert Alexy, princípios "são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes" [164.] São chamados de "mandamentos de otimização", caracterizados pela aplicação em graus variados, dependendo das condições fáticas e jurídicas; estas são determinadas pelo conflito entre princípios e regras.

---

[159] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 89,90.

[160]SILVA, Ivan Luiz da. **Introdução aos princípios jurídicos.** *In.* Ano 40, nº 160, out/dez/2003.Revista de Informação Legislativa: Brasília, 2003, p.276.

[161] DWORKING, Ronald. *Los Derechos em serio.* 2º Ed. Trad. De Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989, p. 77,78.

[162]SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 45.

[163]ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. SILVA, Vírgilio Afonso. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

[164]ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. SILVA, Vírgilio Afonso. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

Por sua vez, as regras são normas que podem ser cumpridas ou não; se forem válidas devem ser aplicadas no que elas exigem, nem mais nem menos.[165] Para as regras as determinações serão no âmbito do fático e do juridicamente possível.[166] Destarte, ambos são consideradas normas, sejam regras ou sejam princípios, e irão apresentar uma diferença qualitativa entre elas.

Outro critério comentado por Robert Alexy para a diferenciação entre regras e princípios é quando da colisão de princípios, pois a maneira de solucionar o conflito será diferente.

Quando o conflito for de regras "somente pode ser solucionado caso seja introduzido uma em das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida."[167]Nesse caso a regra será inválida e a outra válida e aplicada, resolvendo-se o conflito pela dimensão da validade da norma.

Já para a colisão entre princípios a solução é diversa. Um princípio se sobrepõe ao outro quando, diante de determinadas condições, um princípio tiver de ceder sem que ele seja declarado inválido ou possua uma cláusula de exceção, e "sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso que se quer dizer quando se afirma que, nos caos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência."[168]

A colisão entre princípios dar-se-á através da ponderação, quando os interesses opostos serão sopesados no caso concreto, incidindo o princípio de maior peso, consistindo na "relação de precedência condicionada", ou seja, precederá o princípio que apresentar maior peso em relação ao outro, diante das condições postas.[169]Destarte, os princípios diferem das regras quando da sua aplicação; diante do caso concreto a ponderação será utilizada para solucionar a colisão entre princípios opostos, enquanto para as regras não há essa possibilidade; elas são resolvidas através da dimensão da validade e não do peso, como nos princípios.

---

[165]ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. SILVA, Virgílio Afonso. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.
[166]ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. SILVA, Virgílio Afonso. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.
[167]ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. SILVA, Vírgilio Afonso. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.
[168]ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. SILVA, Vírgilio Afonso. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.
[169]SILVA, Ivan Luiz da. **Introdução aos princípios jurídicos.** *In.* Ano 40, nº 160, out/dez/2003.Revista de Informação Legislativa: Brasília, 2003, p.278.

3) Aplicação da ponderação

Ao abordar a teoria dos princípios não se pode deixar de mencionar o tema da ponderação como forma para resolver a colisão entre princípios, com o sopesamento do que tiver maior peso, prevalecendo este em face do outro. Não obstante os defensores do positivismo jurídico criticarem duramente a ponderação, a exemplo de Dimitri Dimoulis que chega a chamá-la de "opção metodológica irracional"[170], o pensamento dominante no neoconstitucionalismo ou pós-positivismo é a pela utilização da ponderação.

Conforme Ana Paula de Barcelos, "a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês *hard cases*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado".[171] A ponderação será utilizada para os casos que a hermenêutica tradicional não consegue resolver, e para alguns autores, como Eduardo Ribeiro Moreira, somente poderá ser aplicada para os casos concretos.[172]

Consoante Jane Reis Gonçalves Pereira, ponderação "significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias o caso, qual deverá prevalecer".[173]Assim temos como ponderação o sopesamento dos princípios em conflito quando, diante do caso concreto, não foram solucionados pelos métodos tradicionais de interpretação.

Com a utilização da ponderação, a subsunção não deixa de ser aplicada, porque inicialmente o intérprete deverá verificar quais as normas que cabem naquele caso, para em seguida realizar a ponderação. Havendo conflito entre as normas aplicáveis ou a existência de mais de uma norma, deverá ser feita uma hierarquização dos bens e valores a ser protegidos.

Para Ana Paula de Barcelos, há duas espécies de ponderação, a saber: uma em abstrato e outra em concreto. Aquela serve como modelos pré-fabricados com utilização para casos semelhantes, esta seria aplicada no caso concreto com uma nova ponderação para uma situação real, devendo-se, no entanto, estabelecer parâmetros para o controle desse processo.

---

[170]DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.**São Paulo: Método, 2006, p. 43.

[171]BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *In:*. BARROSO, Luís Roberto. (org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55.

[172] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição.** São Paulo: Método, 2008, p 99.

[173]PEREIRA, Jane Reis Gonçalves.**Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 261.

Nesse contexto, a ponderação possui três fases: adequação, necessidade e proporcionalidade estrita, que devem ser seguidas para racionalizar o uso e dar mais segurança jurídica. A primeira etapa é uma avaliação sobre a finalidade que se pretende atingir. O direito invocado está sendo utilizado para tutelar aquela finalidade para a qual o princípio foi estabelecido. "O objetivo pretendido pela Constituição – e verdadeira causa da existência do princípio – deve estar presente no uso do princípio pretendido pela parte".[174] O princípio utilizado deve ser adequado para a situação que pretende tutelar.

Conforme Wilson Steinmetz, a adequação "ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida." [175] É a adequação dos meios para os fins pretendidos. É a análise daquele meio como o mais adequado a realizar aquele fim.

Existindo a adequação, passa-se para a segunda fase, a necessidade, observando-se se o meio empregado é realmente necessário para tutelar aquele direito diante do caso concreto. Havendo outro meio para proteger aquele direito, o princípio pretendido será afastado com base no princípio da não lesividade ou vedação de excessos ou da necessidade. Essa fase é também chamada de princípio da exigibilidade ou de princípio da indispensabilidade.

Wilson Steinmetz, por sua vez, define-o como aquele que "ordena que se examine se, entre os meios de restrição disponível e igualmente eficazes para atingir o fim pretendido, o escolhido é o menos restritivo, isto é, menos prejudicial ou gravoso – aos direito(s) fundamental(is) em questão."[176]Deve-se verificar a necessidade da utilização daquele meio como forma para solucionar a lide, certificando-se de que aquela medida é necessária e indispensável para tutelar aquele direito.

Na última fase, relacionada à proporcionalidade, deverá ser analisado o quanto um princípio afeta o outro, qual o bem mais prejudicado quando à frente daquele princípio, análise que deve ser realizada no caso concreto. Eduardo Ribeiro Moreira diz serem os direitos sopesados entre os meios arguidos e os fins propostos. Para Alexy, quando ocorrer o conflito entre princípios antagônicos, deve ser realizado o sopesamento para se chegar a uma

---

[174] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição.** São Paulo: Método, 2008, p. 102.

[175]STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais**.** *In:*. SILVA, Virgílio Afonso. (org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40.

[176]STEINMEETZ, STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. *In:*. SILVA, Virgílio Afonso. (org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40.

decisão; uma vez que os princípios têm aplicação obrigatória, há tal necessidade quando eles colidirem.

A ponderação deve ser recurso aplicado para os princípios e não para as regras. Havendo a colisão entre princípios constitucionais, por não haver hierarquia entre eles, a ponderação tem se mostrado a melhor solução para o conflito. Isso não deve ocorrer em caso de regras, que não devem ser ponderadas; vale aqui a aplicação do tudo ou nada: ou a regra é aplicada ou não, diferentemente do que acontece com os princípios, nos quais na visão de Robert Alexy, "um dos princípios tem prevalência em face do outro sob determinadas condições"[177], sofrendo assim uma gradação quando aplicados ao caso concreto.

Confirmando a precedência da regra constitucional ao princípio constitucional, Eduardo Ribeiro Moreira expõe: "deve-se cuidar para que não haja ponderação entre direito fundamental e regra constitucional, o que levaria ao fim da regra, por interpretação disvirtuadora"[178]. As regras já foram ponderadas pelo poder constituinte.

Não se pode olvidar que a aplicação da regra infraconstitucional contrária a um princípio constitucional não é caso para usar a ponderação, mas a declaração da inconstitucionalidade daquela regra.

Quando o conflito ocorrer entre direitos fundamentais e norma constitucional, mesmo não havendo hierarquia entre as normas constitucionais, a ponderação deve ser pelos direitos fundamentais, em virtude da opção do legislador constituinte em ter a pessoa no centro da Constituição, portanto, uma prevalência da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Conforme Ana Paula de Barcelos, "é absolutamente consensual na doutrina e na jurisprudência que a Constituição de 1988 fez uma opção material clara pela centralidade da dignidade humana e, como uma decorrência direta, dos direitos fundamentais."[179]

A ponderação se mostra a melhor alternativa para solucionar os conflitos decorrentes da colisão de princípios, o que não deve ocorrer quando se tratar de regras constitucionais, pelo que já foi exposto acima. A ponderação, utilizada através dos parâmetros desenvolvidos pela doutrina, aplicação das três fases pelo julgador e a sua fundamentação, irá fazer com que a melhor solução seja dada ao caso concreto e para a sociedade a sensação de que a justiça

---

[177] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. SILVA, Vírgilio Afonso. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

[178] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição.** São Paulo: Método, 2008, p.98.

[179] BARCELLOS, BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**.** *In:*. BARROSO, Luís Roberto. (org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.108.

pode ser alcançada, refletindo no direito de família moderno como uma outra fase na interpretação do direito de família, calcada em uma nova realidade sóciocultural, com a dignidade da pessoa humana como valor primordial para *ver um futuro diferente disso que aí está.*[180]

2.2 Princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família

Pela importância dos princípios constitucionais como norteadores para um novo direito das famílias, passamos a analisar os seguintes princípios: da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da liberdade, da igualdade, do melhor interesse da criança e do adolescente, e da afetividade. Os princípios examinados serão os que estão expressos ou implícitos[181] no texto constitucional, que tenham aplicação específica para o direito das famílias, embora alguns sejam considerados como princípios gerais com aplicação nos demais ramos do Direito, e outros, princípios fundamentais estruturantes.[182]

2.2.1 Princípio da dignidade humana

A família vem passando por mudanças significativas durante os novos tempos, o que torna impensáveis as decisões legislativas e judiciais dissociadas dessas mudanças, baseadas no patrimonialismo que dominou o direito civil dos últimos séculos e contrárias ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que está expresso no texto constitucional, pondo a pessoa como foco da Constituição e centro do ordenamento jurídico, irradiando seus efeitos para os demais ramos do Direito. *In verbis:*

> Um dos grandes desafios para o novo Direito Civil é adequar o direito à realidade, que só se atingirá com o respeito da dignidade humana, princípio este que vem expresso na Constituição em seu art. 1º, III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, não sendo demais repisar que o princípio da dignidade humana tem sua juridicidade no seu mais alto grau, que deve ser observada pela sociedade estatal, como verdadeira norma que regula a vida do indivíduo e da sociedade.[183]

---

[180] FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 14.

[181] LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias**.** 2ª Ed. Saraiva: São Paulo: 2009, p. 36. Para o autor, princípios constitucionais implícitos são os que podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas, como exemplo a afetividade.

[182] LÔBO, Paulo. *Op. cit.* 2009, p. 36, 37.O autor divide, para efeitos didáticos, os princípios do direito de família em: princípios fundamentais (dignidade da pessoa humana e solidariedade) e princípios gerais (igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança).

[183] FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 14.

Esse princípio ou superprincípio está relacionado à repersonalização dos direitos, passando a pessoa humana a estar acima do patrimônio, a ser o centro do direito, condição esta indispensável para que o fundamento constitucional seja adequado à realidade social.

A inserção desse princípio no texto constitucional é decorrência das preocupações da comunidade internacional no período do pós-guerra, contraponto à forma de Estado puramente legalista, no qual se autorizou a prática de crimes contra a humanidade em nome de uma política de governo que era aceita por uma comunidade, gerando atrocidades baseadas na estrita legalidade.

As legislações do pós-guerra passaram a inserir os direitos fundamentais como forma de proteger o cidadão contra os arbítrios do Estado, pensamento consubstanciado pela consagração da Declaração Universal dos Direitos do Homem como forma de proteção às pessoas, que passam a ser portadoras de valores essenciais, indispensáveis para a realização pessoal dos indivíduos mediante o respeito a sua dignidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana está vinculado aos direitos fundamentais exercendo duas funções distintas: proteger a pessoa humana em face de atos praticados pelo Estado e pela comunidade contrários a essa dignidade; possibilitar a escolha das pessoas quanto aos destinos da própria existência e da vida comunitária, em condições existenciais mínimas para a convivência.[184]

Seguindo as funções acima, não pode o Estado praticar atos contrários à dignidade da pessoa humana, considerada "núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade"[185], impondo-se não somente o dever de abstenção de atos degradantes pelos poderes públicos e sociedade, como também a promoção de políticas públicas que possibilitem o desenvolvimento das pessoas como forma de se concretizar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade humana apresenta simultaneamente as duas funções, de limite e de tarefa dos poderes estatais em sua dimensão defensiva e prestacional da dignidade, portanto o Estado deve guiar as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente

---

[184] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família:** Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso**.** São Paulo: Atlas, 2008, p.69.

[185] LÔBO, Paulo. **Direito Civil:Famílias.** 2ª Ed. Saraiva: São Paulo: 2009, p. 37.

quanto na promoção, "criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade". [186]

No que concerne às entidades familiares o princípio está relacionado ao respeito aos seus integrantes como forma de assegurar o desenvolvimento dessas pessoas[187], constituindo esta a atual função da família: ser um local de amor, afeto, respeito, de realização pessoal de seus membros com a dignidade inerente a todos os seres.

O princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionado ao modelo atual de família, ou seja, a família eudenomista, aquela que busca a realização pessoal de seus membros sem se preocupar com a origem dos laços ali estabelecidos. Em decorrência do respeito a esse princípio é que a paternidade ou maternidade de pessoas com orientação homossexual se torna possível, desde, é claro, que preencham os requisitos necessários exigidos a qualquer candidato.

Não conceder a adoção baseada na orientação sexual do candidato é discriminação, o que não é permitido pela CF, desrespeitando-se assim a dignidade humana. Malgrado o princípio da dignidade humana não estar presente expressamente no Código Civil de 2002, deve nortear as decisões no direito de família, no sentido de concretizar os novos paradigmas instituídos pela CF/88, entre eles o respeito à dignidade humana.

A aplicação desse princípio possibilita a adoção por pessoa ou casal homossexual, respeitando-se a dignidade das pessoas em possuírem uma orientação sexual diversa, de desejarem constituir família e que esta família tenha proteção legal. Dessa forma se terá o respeito ao princípio da dignidade humana quanto às entidades familiares eudomonistas, sejam os seus integrantes homo ou heterossexuais.

O princípio da dignidade humana está relacionado com o direito à maternidade/paternidade, fazendo parte da formação da identidade de cada um, da realização pessoal, e "o desejo de ter filhos integra a busca pela felicidade, pela realização como ser humano, pela sua completude". [188]Portanto, todas as pessoas que desejem exercer o direito à paternidade ou à maternidade devem ter esse direito garantido pela legislação, como forma de assegurar o cumprimento do respeito à dignidade humana.

---

[186] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** 5ª Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, p. 48.
[187] LÔBO, Paulo. *Op. cit*, 2009, p. 39.
[188] SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do Direito à Paternidade e Maternidade dos Homossexuais. Sua Viabilidade pela Adoção e Reprodução Assistida.**2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 101.

2.2.2 Princípio da solidariedade

Efetivamente, após as Grandes Guerras os relacionamentos passaram a se basear na solidariedade social, fruto de uma nova visão, deixando o individualismo reinante do Estado Liberal pela valorização da pessoa humana, o que inclui o princípio da solidariedade.

No Brasil, essa mudança de pensamento somente ocorreu com a Constituição de 1988, que trouxe o princípio em seu artigo 3º, a exigir ajuda mútua para a construção de uma sociedade melhor.

O princípio da solidariedade está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois a busca por uma sociedade livre, justa e solidária implica em respeito aos valores humanos, entre eles a dignidade. A solidariedade está relacionada com a volta da ética ao ordenamento jurídico e com a superação do interesse individualista, que predominava anteriormente.[189]

O princípio da solidariedade antes da CF/88 não era um princípio jurídico, mas apenas um dever moral. Hoje tem reflexo no direito de família, pregando a solidariedade entre cônjuges ou companheiros, em relação aos filhos, ou seja, a proteção ao grupo familiar através da solidariedade. Hoje, para um desenvolvimento do homem, que é um ser social, precisa-se dessa solidariedade entre as pessoas, principalmente entre os membros da família.

A Constituição, preocupada com esse desenvolvimento individual, impõe à família, ao Estado e à sociedade esse princípio ao prever a proteção do grupo familiar, do idoso e da criança e do adolescente, uma preocupação que antes não existia no ordenamento jurídico.

Nesse contexto é que a solidariedade como dever imposto à sociedade e ao Estado possibilita a adoção por pares homoafetivos, pois não concedê-la contraria o princípio jurídico da solidariedade. O desejo de pessoas com orientação homossexual de exercer a paternidade ou maternidade deve ser respeitado, e essa família deve ser protegida como entidade familiar através do princípio de solidariedade, pois tal princípio impõe proteção ao grupo familiar e esse não pode ser considerado apenas aquele formado por heterossexuais ou oriundos do casamento, como acontecia no passado.

O princípio protege os familiares vulneráreis, estando a solidariedade como dever de cuidado imposto pela CF, pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, como princípio a ser observado[190], influenciando o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu

---

[189] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 2ª Ed. Saraiva: São Paulo: 2009, p.40.

[190] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família:** Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p.75.

artigo 4º. Por conseguinte, não reconhecer a possibilidade de adoção por pares homoafetivos viola o princípio, principalmente quanto aos hipossuficientes que são as crianças e adolescentes, pois não terão um lar quando estiverem em um abrigo, ou ficarão desassistidas quando forem adotados juridicamente por um e de fato pelo outro adotante homossexual, ou ainda quando elas passarem a conviver com o companheiro homossexual do pai ou da mãe e se desenvolver uma filiação socioafetiva entre eles.

Se o princípio jurídico da solidariedade está voltado para a proteção dos vulneráveis, dos grupos familiares como entidades e também ao desenvolvimento de cada um dos seus integrantes, impondo o dever de cuidado para com os filhos, conceder a adoção a uma única pessoa porque há essa possibilidade no ordenamento, e não ao casal homoparental, deixará desassistidos justamente os que precisam de maior proteção.

O princípio não está relacionado apenas à assistência patrimonial, mas também ao respeito, ao apreço mútuo entre os membros da família, para que a sociedade justa, livre e igualitária pregada pela Constituição seja alcançada com a realização pessoal dos seus cidadãos e para que o exercício da paternidade/maternidade homoparental seja concedido como forma de completude das pessoas que o almejam.

2.2.3 Princípio da liberdade nas relações familiares

A liberdade como direito fundamental merece destaque na história dos Direitos Humanos, constituindo elemento essencial do movimento constitucionalista, em que o homem é livre e não deve sofrer restrições por parte do Estado.[191] Seguindo a linha de pensamento constitucional, as pessoas são livres para decidir qual formato de família querem ter, qual orientação sexual ou religiosa ou política que terão, entre outros direitos assegurados pelo princípio da liberdade inserido no texto constitucional.

Consoante o art. 1.513 do Código Civil: "é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família". O princípio da liberdade ou da não intervenção pode ser conceituado nas palavras de Paulo Lôbo como aquele que "diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador".[192]

---

[191] KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: Princípios Éticos e Jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 102.

[192] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 2ª Ed. Saraiva: São Paulo: 2009, p.46

O princípio da liberdade está relacionado à autonomia privada, ou seja, a própria pessoa irá definir o seu comportamento, as suas escolhas existenciais, amizade, amor, vida sexual, vestuário, negócios jurídicos a celebrar, consistindo a autonomia privada em um dos elementos essenciais à proteção constitucional do direito à liberdade.[193]

O Estado Democrático de Direito deve assegurar a liberdade das pessoas, o direito de escolha dentre várias possibilidades e também proporcionar modos para a concretização dessas escolhas[194]. As pessoas têm a liberdade para decidir quais caminhos querem trilhar e o Estado deve assegurar esse direito de liberdade de escolha.

O princípio da liberdade evoluiu com o avançar da sociedade, hoje exigindo não somente a liberdade como dique para o Estado, mas também medidas que garantam essa liberdade de escolha. Antes da Constituição de 1988, o modelo de família adotado no direito brasileiro era inflexível, não se tinha liberdade para escolher a entidade familiar que não fosse matrimonializada, com sanções àqueles que não seguissem o modelo rígido imposto pelo Estado.

Essa ótica foi alterada permitindo a liberdade de escolha das pessoas em relação à constituição da família, se ela seria através do matrimônio, ou da união estável ou monoparental, ou se essa família seria recomposta, também chamada pela doutrina de família mosaico, ou ainda se a família seria formada por pares heterossexuais ou homossexuais, ou se se permaneceria sozinho e ainda assim considerado como família[195], cabendo aos indivíduos a liberdade de escolha e a todas essas entidades familiares à tutela constitucional.

---

[193]SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *In:* LEITE, George Salomão (org). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**.São Paulo: Malheiros, 2003, p. 295, 296. Para alguns autores a autonomia privada corresponde, de forma restrita, à autonomia negocial.

[194]BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais. O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** www.lrbarroso.com.br, acesso em:29/01/2010.

[195] Nesse sentido, registre-se a seguinte decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que bem reflete seu entendimento acerca da ampliação do conceito de bem de família:
IMPENHORABILIDADE, IMOVEL, DEVEDOR, PESSOA SOLTEIRA, NECESSIDADE, INTERPRETAÇÃO TELEOLOGICA, ARTIGO, LEI FEDERAL, REFERENCIA, IMPENHORABILIDADE, BEM DE FAMILIA. RESP - CIVIL - IMÓVEL - IMPENHORABILIDADE - A Lei nº. 8.009/90, o art. 1º precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantido-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. "Data venia", a Lei nº. 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário - à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, "data venia", põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a

A adoção por pares homossexuais está assegurada pelo princípio de liberdade de escolha, estando a paternidade/maternidade, direito fundamental da pessoa, garantida por configurar uma liberdade pessoal. Restringir esse direito contraria preceito constitucional, não podendo o Estado impedir o cidadão de praticar uma ação/omissão, salvo se houver uma lei que o obrige a praticar tal ato se que esta lei for fundamentada em razões relevantes e permitidas constitucionalmente. Consoante Maria Berenice Dias:

> "o direito geral de personalidade não permite influência do Estado na vida afetiva do indivíduo, tampouco na sua opção sexual, devendo ser-lhe assegurado o direito de constituir família com pessoa do mesmo ou do sexo oposto; a procriação natural ou assistida; o direito à adoção, ou mesmo o direito de não ter filhos etc.[196]

A autonomia privada pode ser limitada, contudo deve haver uma justificativa para que haja essa restrição, pois somente deve ocorrer para proteger interesses jurídicos de mesma hierarquia, utilizando-se o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade para a limitação da autonomia privada em face de outro direito fundamental, com a ponderação como mecanismo para resolver o conflito entre as normas de mesma hierarquia.[197]

Infelizmente, ainda existem normas no novo Código Civil presas ao patrimonialismo, normas essas que ferem a liberdade de escolha no direito de família, a exemplo do art. 1.641, II, que impõem o regime de separação de bens para os maiores de sessenta anos, a evidenciar o flagrante desrespeito à liberdade, entre outros princípios, e à dignidade da pessoa humana.

O princípio da liberdade para as relações familiares deve ser verificado sob dois enfoques: a liberdade da entidade familiar diante do Estado e da sociedade e a liberdade de cada ente familiar em relação aos demais membros da própria família.[198] Esse princípio é aplicado também aos filhos, conforme dispõe o ECA, influenciado pelo art. 227 da CF/88, sobre a liberdade de opinião e expressão, liberdade de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação.[199]

---

insuficiente interpretação literal. **REsp 182223** / SP RECURSO ESPECIAL 1998/0052764-8, Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (1084), T6 - SEXTA TURMA, T6 - SEXTA TURMA

[196] DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O Preconceito & a Justiça.** 4ª ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 105.

[197] BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais. O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** www.lrbarroso.com.br, acesso em: 20/1/2010.

[198] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família:** Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08, Família, Criança, Adolescente e Idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 76.

[199] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. *in.* ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida(coord). **Famílias no Direito Contemporâneo.** Salvador: JusPodivm, 2010, p. 39. Conforme a autora: "Não é uma liberdade desmedida, ao contrário, é uma liberdade emoldurada no pressuposto da socialização, da realização afetiva dos seus membros, logo funcionalizada na densificação do princípio da dignidade da pessoa humana de todos."

A Constituição prega a liberdade de escolha das pessoas, o que implica uma proteção constitucional à liberdade religiosa, política, ideológica e sexual, fazendo com que essa liberdade seja assegurada a todos os indivíduos, estejam eles vinculados a pessoas do sexo oposto ou do mesmo sexo, impedindo o Estado de interferir na vida afetiva e na orientação sexual das pessoas.[200]

Portanto, as pessoas homossexuais devem ter seus direitos respeitados, pois a Constituição os garante, e a orientação homossexual não é determinante para impedir os indivíduos de constituírem família, uma vez que o princípio da liberdade impede esse tratamento diferenciado, calcado no preconceito violador de vários dispositivos constitucionais que estabelecem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceito de sexo, raça, cor, idade ou origem.

O respeito à Constituição possibilita a inserção das pessoas homossexuais como entidades familiares, desde que elas cumpram com as funções da família, sejam consideradas "uma comunhão de vida que sirva de lugar para a efetividade e tutela da realização da personalidade das pessoas que a integram"[201].

Dessa forma, o princípio da liberdade nas relações familiares em se poder escolher livremente a constituição familiar inclui as famílias homossexuais como também destinatárias desse direito.

Ressalte-se, assim, que o princípio da liberdade garante à família homoafetiva proteção constitucional[202] através do direito àlivre orientação sexual e a consequente proibição de discriminação, juntamente com o princípio da dignidade humana e da igualdade, sendo possível seu reconhecimento como entidade familiar e a adoção de criança/adolescente por essas famílias quando se fizerem presentes os requisitos exigidos para todos os que desejam adotar.

Dessarte, é "assegurado a cada uma das pessoas o desenvolvimento da sua própria personalidade, no seio da representação social da família que escolher."[203] Esse princípio, juntamente com a dignidade da pessoa humana, irá pautar o direito de família moderno, baseado em uma família plural e eudenomista.

---

[200] DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O preconceito e a justiça.** São Paulo: RT, 2009, p. 105.

[201] PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.159.

[202] TORRES, Aimbere Francisco. **Adoção nas Relações Homoparentais.** São Paulo: Atlas, 2009, p. 60. "(...) o direito à livre orientação sexual e o direito à felicidade são direitos constitucionalmente tutelados, bem como sua forma de manifestá-los em sociedade; logo, não se pode dar um tratamento diverso às uniões homoeróticas daquele conferido às uniões heterossexuais."

[203] PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 15.

2.2.4 Princípio da igualdade

A igualdade, apesar de estar relacionada aos fundamentos do Estado Moderno de Direito, a sua origem remonta a períodos muito mais antigos. Abordada por Aristóteles, pela Escolástica e por correntes posteriores, de Hobbes e Rousseau a Marx e Rawls[204], é uma constante inquietação para o Direito por estar relacionada à justiça desde os primórdios da filosofia grega[205], ganhando destaque no Estado Liberal e constituindo um dos pilares do Estado Democrático de Direito.[206]

As modernas Declarações de Direitos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França de 1789 e a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América de 1776, contribuíram para o desenvolvimento do princípio da igualdade, impondo tratamento igualitário para todos, desaparecendo privilégios que até então pertenciam a determinados estamentos sociais, surgindo assim a igualdade como direito fundamental é forma de evitar "os excessos, o abuso e o arbítrio do poder"[207] dos regimes absolutistas do século XVIII, passando a fazer parte do modelo do Estado Liberal.

A igualdade formal, aplicação da lei para todos, "mediante a supressão das diferenças religiosas ou de nascimento"[208], era uma maneira de impedir as desigualdades praticadas durante o período do Medievo, representando uma vitória das Revoluções contra a sociedade feudal, que apresentava a desigualdade sóciopolítica e econômica das pessoas como uma de suas características[209], figurando a isonomia como uma das conquistas do Estado Moderno.

Esse modelo de Estado trauxe uma Constituição voltada para garantir a liberdade do cidadão e a ausência de atuação estatal, com a igualdade formal a demarcar o Estado de Direito Liberal, contudo não havia a previsão de direitos sociais ou econômicos, apenas a

---

[204] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** v. IV, Coimbra: Coimbra, 2000, p. 222,223.

[205] RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: RT, 2002, p. 26."O ideal político da democracia, já nos primórdios da filosofia grega, significava isonomia, traduzida na lei igual para todos e a conseqüente igualdade de direitos entre os cidadãos."

[206] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 24ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 376. Conforme o autor, o princípio da igualdade é o centro medular do Estado social, considerado direito-chave, direito-guardião.

[207] PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. **Implementação do direito à igualdade**. *In* Temas de Direitos Humanos. PIOVESAN, Flávia. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 183, 184.

[208] RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: RT, 2002, p.40.

[209] GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais.**Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 74,75.

aplicação da lei para todos. Assim a norma jurídica deveria ser aplicada de forma absolutamente igual, sem que se verificassem os destinatários daquela norma.[210]

O novo modelo de Estado, baseado no liberalismo individualista, que apresentava a liberdade e autonomia individual como resultado das aspirações burguesas e do capitalismo, preconizava a igualdade formal através da autonomia da vontade, garantindo a todos liberdade e igualdade para contratar. Contudo, a positivação da isonomia no sistema jurídico como uma conquista política não se mostrou como igualdade de todos, mas tão somente dos detentores de patrimônio e interesses patrimoniais[211].

A lei era aplicada a todos sem que se verificassem as diferenças existentes entre os destinatários da norma jurídica; não se utilizava a igualdade material, o que levou ao necessário repensar do valor da igualdade, para que as especificidades e as diferenças fossem observadas e respeitadas.[212]Consubstanciando esse pensamento, *in verbis:*

> Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem. [213]

Dessarte, o princípio da igualdade passou por uma mudança com a elaboração de mecanismos para a proteção de pessoas ou grupos vulneráveis, consolidando-se a igualdade material nos sistemas jurídicos através da inserção de normas que visam combater a desigualdade. Há o abandono do indivíduo como ser abstrato, constante do Estado Liberal, guiando-se para uma categorização do direito, enxergando as pessoas não como abstração, mas como categorias de indivíduos, considerando-se as diferenças reais existentes entre os indivíduos reais.[214]

A igualdade como direito fundamental desponta como direito à diferença, com expressa proibição de tratamentos discriminatórios em virtude de desigualdades, seja por motivo de sexo, religião, raça, seja por outro critério diferenciador. "O direito à igualdade material, o direito à diferença e o direito ao reconhecimento de identidades integram a

---

[210] RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: RT, 2002, p.38.

[211]GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais.**Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 76.

[212]PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. **Implementação do direito à igualdade**. *In* Temas de Direitos Humanos. PIOVESAN, Flávia. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 183, 185.

[213]MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** v. IV, Coimbra: Coimbra, 2000, p. 225.

[214]MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira.** Curitiba: Juruá, 2010, p. 181.

essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade humana e da prevenção do sofrimento humano."[215]

O preceito da igualdade está direcionado para o aplicador da lei e para o legislador, pois não só a aplicação da lei requer igualdade, como quando da sua edição requer tratamento igualitário para as pessoas.[216] Exige-se a igualdade na lei, herança do liberalismo, como também a igualdade perante a lei com a vedação de critérios discriminatórios e a implantação de mecanismos para dirimir as diferenças existentes.

O direito à igualdade está previsto no ordenamento jurídico brasileiro em vários dispositivos, entre os principais, o preâmbulo da CF/88, o art. 3º, IV, como objetivo da República; o *caput* e o inciso I do art. 5º, garantindo a todos um tratamento igual e também o respeito à diferença e à diversidade, proibindo a discriminação.

Com a Constituição de 1988, a transformação sofrida através do princípio da igualdade foi enorme. O tratamento dispensado pelo Código Civil e leis esparsas foi alterado profundamente, originando um novo direito de família, iniciando-se pelo reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres em deveres e em obrigações, erigindo ao *status* de direito fundamental essa igualdade, rompendo todas as normas discriminatórias existentes até então na legislação infraconstitucional.

Todavia esse direito fundamental não vem sendo respeitado no que refere aos homossexuais, nem no aspecto formal, quando a lei deve ser aplicada igualmente a todos, nem no aspecto material, com a proibição da discriminação em virtude de orientação sexual ao vedar o reconhecimento como entidade familiar e impedi-los de adotar em conjunto ou separadamente.

O princípio da igualdade, no seu aspecto formal, preza pela aplicação da lei a todos como forma de combater a desigualdade entre as pessoas, e no que concerne à orientação homossexual, o tratamento jurídico deve ser o mesmo para homossexuais e heterossexuais, sem distinção entre eles, pois as discriminações por motivo de orientação sexual são proibidas em decorrência desse princípio no âmbito formal, logo todos são sujeitos de direito e devem ser tratados como tal, independentemente da sua sexualidade. [217] Vejamos:

> (...) o próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, nada mais faz que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas

[215]PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. **Implementação do direito à igualdade**. *In* Temas de Direitos Humanos. PIOVESAN, Flávia. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 183, 197.

[216]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.**3ª ed. 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 9.

[217]RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: RT, 2002, p. 129.

> mais comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como *ratio* fundamentadora de discrímen.[218]

Seguindo o entendimento da igualdade na sua dimensão formal, a orientação sexual não deve ser um elemento diferenciador, cabendo a todos o mesmo tratamento legal e, por conseguinte, reconhecer a família homoafetiva — quando presentes os requisitos que caracterizam a entidade familiar — como família albergada pelos valores protetivos inseridos na CF/88 e facultar "a possibilidade de incluir em seu seio familiar, através do instituto da adoção, crianças"[219], como forma de se concretizar a igualdade como direito fundamental[220] e ,em decorrência dela, o respeito à diferença.

O tratamento diferenciado somente será permitido quando fundado em uma justificativa racional, numa correlação lógica que não contrarie os valores estabelecidos na Constituição[221]. Portanto, os indivíduos com orientação homossexual têm os mesmo direitos que os heterossexuais, vedando-se a impossibilidade jurídica de adotar em virtude da orientação sexual do adotante, desde que estejam presentes os requisitos exigidos para todos os que pretendem adotar, sejam homo ou heterossexuais.

O princípio da dignidade humana é norma protetiva da autonomia dos indivíduos, e como decorrência desse princípio tem-se a garantia de liberdade de escolha das pessoas e o tratamento igualitário para o reconhecimento, proteção e pluralidade de entidades familiares, eliminando-se todas as formas de discriminação e impondo a paridade para todas as entidades familiares.[222]

Nesse sentido, devem os operadores do Direito[223] se despir de suas pré-compreensões, tendo o princípio da igualdade como norma de "inclusão social, e mais, de efetivação da cidadania e do próprio Estado de Direito" , garantindo tratamento paritário para homo ou heterossexuais quando desejarem adotar.

---

[218] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.**3ª ed. 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p.18.

[219]TORRES, Aimbere Francisco. **Adoção nas Relações Homoparentais.** São Paulo: Atlas, 2009, p. 57.

[220]SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais:** sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. 2ª tiragem(2006), Curitiba: Juruá, 2006, p.92. Consoante a autora, malgrado a igualdade ser reconhecida como direito fundamental do ser humano na maioria das constituições ocidentais, os homossexuais não têm conseguido exercer o direito de escolher se querem ou não ter filhos, como ocorre com os heterossexuais.

[221]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.**3ª ed. 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p.22.

[222]MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira.** Curitiba: Juruá, 2010, p.382.

[223] A Lei nº 11.340/06, Lei Maria da Penha, permite a aplicação da norma citada para as relações pessoais independentemente de orientação sexual, protegendo todas as pessoas de forma paritária.

2.2.5 Melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente consolida-se no Brasil através da CF/88 como decorrência dos tratados internacionais de que o país é signatário. A intenção de ter normas de proteção especial à infância aparece na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959. As duas declarações servem apenas de diretrizes para os Estados envolvidos, com regras flexíveis e adaptáveis à realidade dos países.

A partir da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a doutrina da proteção integral[224] passou a ser regra imposta aos países ratificantes, inaugurando-se uma nova fase para a tutela dos direitos da criança e do adolescente. Diz Tânia da Silva Pereira que a "(...) Convenção representa um mínimo que toda sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar às suas leis".[225]

Esse tratamento confere aos direitos da criança e do adolescente uma dupla garantia, o texto constitucional e os tratados internacionais, consistindo em direitos fundamentais a preferência absoluta do melhor interesse da criança. O Estatuto da Criança e do Adolescente também menciona em seu texto direitos fundamentais da criança e do adolescente.[226]

O princípio do melhor interesse da criança não deve ser visto isoladamente no art. 227 da CF, mas cumulado com o art. 1º, III, dignidade da pessoa humana, passando a ter um alcance muito mais amplo do que uma mera recomendação, como uma diretriz determinante para ser observada por todos. O princípio foi ratificado em 1990 através do Decreto nº 99.710, consolidando o princípio, que não perdeu o *status* de direito fundamental em decorrência do art. 5º, §2º, da CF/88[227] e passou a fazer parte da legislação infraconstitucional, ECA e CC/02, servindo de norte para as decisões que envolvam menores, seja através do Judiciário, seja do Legislativo, quando da elaboração de normas que visem concretizar essa proteção.

---

[224]FRAGOSO, Ana Karina Ciríaco. Abandono afetivo: uma questão de personalidade**.** *In.*MIRANDA, Cláudio Américo de**. Revista da ESMAPE/Escola Superior da Magistratura de Pernambuco**. V. 14, nº 29, jan/jun 2009, Recife: ESMAPE, p. 22: "A doutrina da proteção integral preconiza que os direitos das crianças e adolescentes têm características especiais, em razão da situação de constante modificação e desenvolvimento dessas pessoas."

[225]PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar.** 2ª ed ver e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 45.

[226]KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: Princípios Éticos e Jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 136/137.

[227]PENA JR. Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: 2008, p.16.

A doutrina da proteção integral faz reconhecer as crianças e adolescentes como portadores de direitos fundamentais que por serem pessoas em desenvolvimento, devem ser protegidos em todas as conjunturas sociais.[228]Ademais, ao ser positivado garante ao menor uma proteção aos seus interesses, já que devem ser tratados com prioridade por todos os que compõem a sociedade, e as decisões devem ser tomadas com base no melhor interesse da criança e do adolescente.

A origem do princípio do melhor interesse da criança está relacionado ao instituto do *parens patriae* da Inglaterra, poder conferido ao monarca para proteger pessoas incapazes, menores e doentes mentais. Séculos mais tarde essa atribuição passou a ser do Chanceler, "guardião supremo", intentando proteger todas as pessoas que não possuíssem discernimento para administrar os próprios interesses. Nos Estados Unidos surge em 1813 o princípio do b*est interest:*o juiz eraquem iria exercer o *parens patriae* [229].

Atualmente o princípio permanece, considerando-se as necessidades da criança e do adolescente representando a inversão de prioridade na família, pois pela digressão histórica da filiação viu-se que a primazia era o pai, chefe da família, enquanto os demais membros estavam relegados aos interesses dele. Com as transformações sociais, o interesse dos filhos passam a existir e a ser considerados, portanto, as decisões devem ser tomadas visando ao melhor interesse da criança, o que não significa exclusão dos direitos dos demais membros, mas uma escolha prioritária no interesse no menor.

As decisões da família, da sociedade e do Estado devem ser realizadas em face do princípio do melhor interesse da criança, sendo direcionados todos os esforços para o desenvolvimento físico e psíquico dessas pessoas em formação. Contudo, a aplicação do princípio apresenta dificuldades, pois é difícil precisar o conteúdo do que seja o melhor interesse. Consoante Tânia da Silva Pereira[230], não se pode conceder um poder discricionário ilimitado ao juiz; deve-se realizar uma interpretação sistemática, seguindo as normas constitucionais.

Se o princípio do melhor interesse prega o "direito básico de ter família e crescer num ambiente digno e sadio, ao menos o atendimento de suas necessidades fundamentais:

---

[228]KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: Princípios Éticos e Jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 136.

[229]PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar.** 2ª ed ver e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 42.

[230] PEREIRA, Tânia da Silva.*op. cit.* 2008, p. 48.

habitação, saúde e educação"[231], no qual a prioridade é a criança e o adolescente, conceder a adoção a um casal homossexual contraria esse princípio?

Se houver prejuízo para a criança ou adolescente a adoção não deve ser concedida, independentemente da orientação sexual dos candidatos a pais. Principalmente na adoção, deve se verificar o princípio do melhor interesse da criança; não conceder a adoção em virtude da orientação homossexual sem avaliar o princípio exposto é um equívoco, vejamos:

> Dificultar, burocratizar ou impedir a adoção por homossexuais, na verdade, é negar às crianças, abandonadas pelos pais, ou que foram deles retiradas em razão de violência, o direito de serem colocadas em famílias substitutas, onde poderiam ter o carinho e o cuidado de que necessitam.[232]

Portanto, na adoção deve prevalecer o melhor interesse da criança, que é ter um lar. Ser posta em uma família substituta que passou por todas as etapas exigidas pela lei para adoção é uma forma de concretizar o princípio do melhor interesse e também da dignidade da pessoa humana, pois a sexualidade do individuo não retira a capacidade de prover emocional e moralmente uma família. Pode não ser o ideal para algumas pessoas, contudo é menos prejudicial do que viver em uma instituição.[233]

O princípio deve ser aplicado não na ótica de quem está de fora da situação e vai decidir, mas voltado para o destinatário daquela possibilidade de ser colocado ou não em família substituta ou continuar aguardando pais ideais "heterossexuais" que não virão. Muitas vezes o pedido de adoção do casal ou pessoa com orientação homossexual é o único que aquela criança ou adolescente terá. Sustenta-se que o melhor interesse da criança é ter pais/mães aptos a desenvolver esses papéis, independentemente da sua sexualidade.

O melhor interesse da criança também deve ser aplicado para os casos de adoção por casais homossexuais quando há o vínculo socioafetivo estabelecido entre essa família, casos que decorrem da convivência dos filhos de relacionamentos heterossexuais com pai ou mãe homossexual e o respectivo parceiro, conforme será analisado posteriormente. A socioafetividade enseja o reconhecimento da posse de estado de filho, permitindo nesses casos a adoção desses menores pelo parceiro homossexual do outro.[234]

---

[231] FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.115.

[232] SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida.** 2ª tiragem(2006), Curitiba: Juruá, 2006, p.92.

[233] PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131-132.

[234] O célebre caso da cantora Cássia Eller, representou a sentença a concretização do princípio do melhor interesse da criança, quando a guarda do menor foi concedida à companheira da cantora, a quem ele já considerava como mãe.

2.2.6 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade é um dos mais importantes; é o princípio norteador do direito das famílias[235] e, apesar de não estar explícito[236] na CF/88, fundamenta-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade, como também nos princípios da igualdade e convivência familiar, prevalecendo os laços afetivos aos laços consanguíneos, representando a evolução da família brasileira.

Até o primeiro quartel do século XX, o afeto não era tratado como tema jurídico, em virtude de a própria sociedade não considerar o afeto como assunto a ser abordado pelo Direito, diferentemente do ocorre no século XXI, quando a sociedade reconhece a importância da afetividade como princípio jurídico[237] e vários estudos têm se desenvolvido a cerca do tema.

Inicialmente, a afetividade foi estudada pelas demais áreas, entre elas, psicologia e pedagogia, levando um certo tempo até ser incluída na seara jurídica através da construção doutrinária e jurisprudencial, como forma para explicar os vínculos familiares atuais[238]. Com a mudança de paradigma nas relações familiares, o afeto passa a ter valor jurídico e a família passa a girar em torno dele, pois mesmo a família como local de realização das pessoas somente ocorrerá se edificada no amor e no afeto.[239]

Segundo Paulo Lôbo, o princípio da afetividade "é o que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico."[240] A atribuição de valor jurídico ao afeto faz os relacionamentos familiares se moldarem à afetividade e está deve existir entre os seus membros, sejam consanguíneos ou não.

Por intermédio desse princípio, soluções podem ser encontradas para casos complexos que não foram tratados pela legislação, como por exemplo a adoção por casais homossexuais e, seguindo a melhor doutrina, casais homoafetivos. É a socioafetividade[241] um divisor de

---

[235] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 69.

[236] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**.**São Paulo: 2008, p. 82. Considera o princípio da afetividade como princípio constitucional implícito, no art. 226, §§3º e 6§, art. 227, *caput*¸e § 1º da CF, através da interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos constitucionais.

[237] ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familar**. Revista de Direito de Família**, ano XI, nº 9, abr/maio2009: Porto Alegre: Magister, 2009, p. 9.

[238] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 2ª Ed. Saraiva: São Paulo: 2009, p. 47, 49.

[239] PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**.São Paulo: Saraiva, p. 11.

[240] LÔBO, Paulo. Idem, p. 47.

[241] A socioafetividade será abordada com mais detalhes no próximo capítulo.

águas para as relações familiares, um princípio norteador para a autoridade judiciária ante os litígios apresentados. Nesse sentido, encontra-se o Enunciado n. 103 do Conselho da Justiça Federal:

> O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

A afetividade compõe um dos requisitos exigidos pela doutrina para caracterizar os diversos arranjos familiares como famílias, entre eles a união entre pessoas do mesmo sexo[242]. Constitui um dos fundamentos para se reconhecer a família homoafetiva, a possibilidade de adoção por pessoas com orientação homossexual e a paternidade socioafetiva.

A afetividade deve guiar todas as relações familiares, sejam as de filiação ou as conjugais. Tome-se como exemplo a lei do divórcio: a partir da sua vigência, possibilitou que o vínculo matrimonial se extinguisse; os relacionamentos passaram a ter o afeto como o centro, como o foco principal dessas uniões[243], pois o que deve uni-los é tão somente o amor, o afeto, o respeito entre os cônjuges, o que também é aplicado aos companheiros[244], embora a relação entre pais e filhos permaneça por ser pautada no afeto e independe da relação jurídica dos genitores.[245]

O reconhecimento da afetividade como valor jurídico alterou a filiação. Antes havia a predominância da consangüinidade e várias decisões foram dadas no sentido de prevalência da filiação biológica em detrimento da socioafetiva, reconhecia-se o vínculo consanguíneo, muitas vezes com a intenção de auferir patrimônio, esquecendo-se que havia uma relação constituída anteriormente baseada no afeto. Entretanto, esse posicionamento vem mudando o

---

[242] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** 2ª ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2010, p. 61. Conforme o autor: "(...) o fundamento primário das uniões homoafetivas (tal qualquer outra entidade familiar) é o afeto. Dividem-se alegrias, tristezas, sexualidade, afeto, solidariedade, amor..., enfim, projeto de vida. Por isso, não é crível, nem admissível, que lhes seja negada a caracterização como entidade familiar."

[243] No passado, uma das razões para manter unida uma família era o afeto, contudo não era o único motivo, uma vez que não havia a possibilidade de desfazimento do vínculo matrimonial e os casamentos deveriam ser mantidos mesmo que não houvesse mais afeto entre os cônjuges.

[244] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família:** guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso.São Paulo: 2008, p.83. Deixando de existir a comunhão plena de vida entre os cônjuges ou companheiros, representando o desaparecimento do afeto e consequentemente da entidade familiar.

[245]ALBUQUERQUE, Fabíola Santos.Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. *In:* ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida. **Famílias no direito contemporâneo.**Salvador: 2010, p. 41.

"endeusamento ao biologismo"[246]está sendo mitigado, em virtude do acolhimento do princípio da afetividade pelos tribunais. No mesmo sentido, o princípio utilizado para reconhecer ou excluir a paternidade deve ser tido como fundamento para a manutenção do vínculo de filiação quando este já estiver constituído, e visando ao interesse dos filhos não deve ser desconstituído.[247]

Hodiernamente, para que seja reconhecida a família, ela deve estar fundada nos laços da afetividade, e estando esse requisito constitutivo da família presente, deve ser considerado o direito dessa família, respeitando-se as peculiaridades de cada um dos seus membros como forma de preservar a dignidade de todos.[248]

Portanto, se essa família homossexual ou o sujeito sozinho com orientação homossexual pretende adotar uma criança ou adolescente, após análise dos requisitos estabelecidos pela legislação infraconstitucional para a habilitação e configurado o melhor interesse desse menor, deve ser concedida a adoção, verificando-se que o que une essa família é o afeto.

Quando o pedido de adoção é realizado por um casal homoafetivo, o princípio da afetividade deve ser respeitado e existindo afeto entre seus membros, o pedido deve ser concedido independentemente da orientação sexual dos postulantes. Porém não é o que vem acontecendo; a adoção individual tem ocorrido com mais frequência do que no passado, embora, se for um pedido de casal, poucos os casos que se encontrarão, o que tem levado essas pessoas a adotarem sozinhas e depois ficarem a cargo da própria sorte, e quem sabe pleitearrem no Judiciário a adoção para o companheiro homossexual daquele já considerado o pai/mãe legal, seja vínculo biológico ou adotivo.

As famílias homoparentais têm os mesmos direitos que as heterossexuais, assim o princípio da afetividade garante a elas a possibilidade de se constituir e de ter prole, sejam filhos biológicos, através das técnicas de fertilização ou de relacionamentos heterossexuais, ou da adoção, não existindo vedação constitucional para a adoção conjunta. Ignorar o

---

[246]ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil**.** . *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha(coord). **Família e Dignidade Humana.** ANAIS V Congresso Brasileiro de direito de Família, Belo Horizonte: IBDFAM, 2005, p. 351.

[247] ANDRADE, Cristina Othon Lacerda de. Aplicabilidade do princípio da afetividade às relações paterno-filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos**. .** *In:* ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida. **Famílias no direito contemporâneo.**Salvador: 2010, p.80.

[248] FARIAS, Cristiano Chaves. **A separação judicial à luz do garantismo constitucional: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento.**Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006,p. 77.

requisito afetividade para que seja considerada entidade familiar é inconcebível diante dos valores albergados no texto constitucional.

Não conceder a adoção ao casal, além de ferir direito dessas pessoas, irá violar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que sendo adotado sozinho por um dos parceiros homossexuais ou sendo filho biológico dele, mas convivendo como uma família, eles estarão desprotegidos e desrespeitados no seu direito de serem reconhecidos como família, pois existirá afeto, mas não vínculo jurídico. O que deve prevalecer é o melhor interesse da criança, ou seja, havendo reais vantagens para eles, a adoção deve ser concedida a uma pessoa ou a um casal, independentemente da sua orientação sexual. Consubstanciando esse entendimento, *in verbis:*

> No exercício da paternidade/maternidade, não basta somente a assistência material. É preciso o desenvolvimento e a solidez do amor como sentimento que, por desdobramento, demanda dever de acompanhamento, de proteção e de atenção. Assim, o dever jurídico de cuidado decorre da própria afetividade que se espera nas relações de família — dever este que deve ser sobrepesado na doutrina, na produção legislativa e na elaboração das decisões judiciais.[249]

Dessa forma, as decisões devem ser pautadas no melhor interesse da criança, garantindo-lhe a possibilidade de adoção conjunta, pois se um casal homoafetivo decide adotar uma criança, a melhor solução não é a adoção individual quando a criança vai conviver com os dois, mas que o casal seja responsável pela filiação. Ambos serão analisados pela equipe multidisciplinar quando do estágio de convivência, que é imprescindível para se constatar que aquela família representa vantagens concretas para aquela criança.

Quando a criança ou adolescente já convive com o casal homoafetivo e houver o desejo da adoção pelo(a) companheiro(a), sendo respeitadas as mesmas exigências para o cônjuge ou companheiro que pretende adotar o filho do outro, estando presentes esses requisitos, não conceder a adoção é ignorar o princípio da afetividade que está presente naquela família, deixando desprotegido justamente quem deve ser tutelado pela legislação, por preconceito dos aplicadores do Direito que, presos aos formalismos legais, deixam de ver as pessoas e os sentimentos que as unem: amor, afeto, respeito e solidariedade.

2.3 A posição jurisprudencial avançada: por uma interpretação constitucional do direito de família

A mudança de paradigma através do desenvolvimento da doutrina constitucionalista altera a teoria das fontes, põe a Constituição no centro do ordenamento jurídico e a pessoa

---

[249] SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais.** 3ª ed.Curitiba: Juruá, 2008, p. 166.

humana no foco das suas preocupações, fazendo a legislação infraconstitucional passar por uma releitura, ou seja, deve ser interpretada a partir da Constituição.

Essa nova fase do direito constitucional influencia os demais ramos com a constitucionalização dos direitos, ao modificar a teoria das fontes, fazendo os princípios terem um relevante papel a ser desempenhado nesse mundo novo, mundo diferente daquele da metade do século XX e décadas seguintes, conduzindo a uma interpretação a partir do texto constitucional.

A partir dessa interpretação constitucional, os tribunais brasileiros, consubstanciando os valores inseridos na Constituição, têm se posicionado de forma favorável aos pedidos de adoção por pessoas ou casais homoafetivos, demonstrando o avanço da jurisprudência, diversamente do que ocorre com o legislador[250]. Adiante, seguem algumas decisões que demonstram a construção jurisprudencial brasileira:

> **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), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro, e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Votação: Unânime Resultado: Apelo improvido TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Acórdão: Apelação Cível – Processo 1998.001.14332 Relator: Desembargador Jorge Magalhães. Julgamento: 23.3.1999 – Nona Câmara Cível".[251]

A decisão trazida à baila se refere a uma das primeiras decisões que concedem a adoção a uma pessoa com orientação homossexual, por estar garantida constitucionalmente a preferência sexual, não sendo constatada na perícia nada que prejudique o desenvolvimento do menor, que vivia em um abrigo. O candidato era professor de ciências de colégio religioso, portanto, tinha várias crianças confiadas a sua responsabilidade e, por não restar configurado

[250] Ver item 3.1 da evolução histórica e legislativa da adoção no direito brasileiro.
[251] Disponível em: http://www.tjrj.jus.br, acesso 7/6/2009.

que a homossexualidade do pai iria influenciar a conduta futura do filho, concedeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a adoção.

Outras decisões se seguiram no mesmo sentido, permitindo-se a adoção para uma pessoa com orientação homossexual. Muitas vezes a adoção era concedida sem que se perguntasse sobre a orientação sexual, e por receio da negativa os candidatos a omitiam.

> Apelação Cível nº 51.111-015-00 Voto nº 18.270
> Comarca de Taubaté.
> Apte.: Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Taubaté.
> Apda.: A.M.R.d.S..
> Interessada: A.C.R.d.S. (menor).
>
> ADOÇÃO - Pedido efetuado por pessoa solteira com a concordância da mãe natural - Possibilidade - Hipótese onde os relatórios social o psicológico comprovam condições morais e materiais da requerente para assumir o mister, a despeito de ser homossexual - Circunstância que, por si só, não impede a adoção que, no caso presente, constitui medida que atende aos superiores interesses do criança, que já se encontra sob os cuidados da adotante há mais de 3 (três) anos - Recurso não provido.

O Tribunal de Justiça de São Paulo reiterou a decisão do juiz de primeiro grau que concedeu a adoção à autora. Os relatórios social e psicológico eram favoráveis a continuidade daquela relação existente entre mãe e filha desde o nascimento da menor, que foi entregue voluntariamente pela genitora. As testemunhas reiteraram o bom relacionamento de mãe e filha e que a mãe tem conduta ilibada e é bem vista pela comunidade.

Consoante a Procuradora de Justiça, "a opção sexual da requerente, que no caso presente não interfere na educação a ser ministrada à criança, não pode servir para, isoladamente, afastar a possibilidade da adoção. Entendimento diverso poderá ser considerado discriminatório." Assim, pugnou o Ministério Público, diversamente do que ocorreu no primeiro grau, pela manutenção da sentença, uma vez que a medida apresenta reais vantagens para a menor.[252]

> **ADOÇÃO- Criança – Pretensão manifestada por casal formado por duas pessoas do mesmo sexo. Admissibilidade – União entre pessoas do mesmo sexo que deve ser 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 – Inexistência de qualquer inconveniência no sentido de infantes serem adotados por casais homossexuais – Prevalência, em tais hipóteses, da qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que os adotados serão inseridos e que os liga aos seus cuidadores.**
> *Ementa Oficial: 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*

[252]Disponível em: http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do. acesso: 13/9/2009.

> *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.*
> *Ap 70013801592 – Segredo de Justiça – 7ª Câm. TJRS- j. 5.4.2006 – v. u. – rel. des. Luiz Felipe Brasil Santos.*
> ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos os autos.
> Acordam os desembargadores integrantes da 7ª Câm. Cív. Do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.[253]

No caso em tela, duas mulheres conviviam em uma união homoafetiva e uma delas adotou duas crianças; a companheira posteriormente ingressou com o pedido de adoção das menores que já convivia com o casal homoparental. A sentença concluiu pela adoção e o Ministério Público apelou do *decisum* com base na impossibilidade de se conceder adoção conjunta a duas pessoas.

No Tribunal de Justiça os desembargadores mantiveram a sentença, representando assim um importante passo para o direito de família. Essa decisão reconhece a afetividade como norte para as decisões de direito de família, em que a entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo merece proteção estatal; também aborda o princípio constitucional do melhor interesse da criança através da aplicação da doutrina da prioridade absoluta, dispondo ainda sobre a inexistência de bases científicas para indeferir o pedido de adoção.

O voto do relator, Des. Luiz Felipe Brasil Santos, demonstra o entendimento que vem se firmando nos tribunais brasileiros. Reconhece o desembargador que a relação familiar a ser protegida não é a decorrente de uma estrutura ou de outra, mas protege-se constitucionalmente a família que desempenha a função de ser "espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes."[254]

Consoante o julgado, deve ser conferido às uniões de pessoas de idêntico sexo o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis, pois o ordenamento veda a discriminação em virtude da orientação sexual, merecendo esses relacionamentos o "*status* semelhante às demais comunidades do afeto".[255]

---

[253] RT/Fasc. Civ. Ano 95, v. 849, jul. 2006, p. 165.
[254] RT/Fasc. Civ. Ano 95, v. 849, jul. 2006, p. 169.
[255] RT/Fasc. Civ. Ano 95, v. 849, jul. 2006, p. 170.

Questiona o desembargador em seu voto se é possível conceder a adoção conjunta aos casais homossexuais e, através de estudos especializados, conclui que os trabalhos não apresentam inconveniência para a adoção de crianças por casais homossexuais, ressaltando a importância da qualidade do vínculo e do afeto dessa família.[256]

Ao analisar o caso concreto, constatou-se, através do relatório da assistência social, que havia o bom desenvolvimento das crianças que estavam "integradas na família e na comunidade", com fortes vínculos afetivos, e que a adoção representava reais vantagens as crianças confirmando a sentença. A desembargadora Maria Berenice Dias participou do julgamento acompanhando o voto do relator e expôs:

> (...) não consigo encontrar outra justificativa para o recurso a não ser o preconceito. A falta de lei nunca foi motivo para a Justiça deixar de julgar ou de fazer justiça. A omissão do legislador não serve de fundamento para deixar de reconhecer a existência de direitos. O certo é que o acolhimento da apelação deixaria as crianças ao desabrigo de um vínculo de filiação que já existe. Ao não se manter a filiação dessas crianças com a sua mãe, estaríamos mantendo esta feia imagem da Justiça, que é a da Justiça cega, com os olhos vendados. Temos de continuar, cada vez mais, buscando uma Justiça mais rente à realidade da vida.[257]

Os princípios constitucionais fundamentaram os votos dos julgadores, demonstrando assim uma mudança de paradigma através da interpretação constitucional. O desenvolvimento da pessoa passa a ser a preocupação primordial do ordenamento jurídico, permitindo a essas pessoas formarem uma família eudemonista.

Malgrado a nova visão constitucional indicar como correta a pioneira decisão dos desembargadores do TJ/RS, o Ministério Público recorreu ao STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4), julgado em 27/4/2010, primeira decisão sobre adoção por pares homoafetivos dessa Corte.

O MP gaúcho interpôs o recurso especial, contudo o Subprocurador da República, Pedro Henrique Távora Niess, opinou pelo não provimento do recurso:

> Assim, sendo matéria fática indiscutível a absoluta inexistência de prejuízo no âmbito psicológico-emocional à criança, de cuja adoção se cogita, mas bem ao contrário, maior segurança, maior amparo e maior afeto a ela reservado, encontra-se apta a recorrida à realização da adoção pretendida (fls.161-166).[258]

No voto do Relator, o Min. Luis Felipe Salomão aborda "dois pontos cruciais para o deslinde da controvérsia": a situação fática, a companheira da requerente adotou as crianças e todos convivem em harmonia, perdurando a união entre elas desde 1998; "o segundo, em um

---

[256] RT/Fasc. Civ. Ano 95, v. 849, jul. 2006, p. 170.
[257] RT/Fasc. Civ. Ano 95, v. 849, jul. 2006, p. 177.
[258] RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4). Disponível em: http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre= acesso em 25/06/2010.

viés jurídico, é o fato de inexistir expressa previsão legal permitindo a inclusão" do nome da companheira no registro de nascimento das menores.

É apresentado em síntese estudo realizado, como exemplo, pela Universidade de Virgínia, Universidade de Valência e da Academia Americana de Pediatria, que dispõe sobre o normal desenvolvimento de crianças em lares homossexuais.

Para o ministro são incontroversos os laços afetivos que unem a recorrente e as crianças, e este deve ser um elemento preponderante a ser sopesado. Como os estudos científicos não apontam prejuízos para as crianças, cabe ao Estado assegurar seus direitos, deferindo a adoção.

As crianças estão atualmente com seis e sete anos, convivendo com essa família homoafetiva, e "qualquer solução denegatória da adoção retirará das crianças o direito à proteção integral, porquanto contarão apenas com uma das parceiras" na respectiva certidão de nascimento. "Impedir a adoção significa deixar as crianças sem a proteção conferida pelos direitos sucessórios."

Diante do que foi apresentado nos autos conclui o ministro que por si só a orientação homossexual, protegida constitucionalmente, não é motivo para impedir a adoção, e no caso em tela há reais vantagens para as crianças, observando-se ser a situação fática consolidada, ou seja, "no tocante à expressa previsão legal da primazia proteção integral das crianças", a não concessão da adoção é que trará verdadeiro prejuízo. Assim, foi negado provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público estadual.

Esse julgamento é vital, demonstrando o avanço dos tribunais nas questões de direito de família. O que já era defendido pela doutrina passa cada dia mais a fazer parte das decisões do Judiciário, que não cerra os olhos às mudanças sociais e segue a interpretação constitucional[259], com os princípios "como viga mestra" do ordenamento a nortear as decisões.[260]

---

[259] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva,2009, p. 287. "A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade *concretizadora – i.e.*, uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e *construtiva*, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa."

[260] Várias adoções vem sendo concedidas a casais homoafetivos pelos tribunais estaduais, no mesmo ano da decisão pioneira do Rio Grande do Sul. Em 5/4/06, outra decisão de primeiro grau foi concedida no Estado de São Paulo, na Comarca de Catanduva, 2ª V. Infância e Juventude, Proc. n. 234/2006, Rel. Drª. Sueli Juarez Alonso, j. 30.10.2006, deferindo a adoção ao casal homoafetivo, com a inclusão de ambos os nomes como genitores, sem declinar a condição de pai ou mãe.

CAPÍTULO 3

A ADOÇÃO E A REALIDADE SOCIAL NO BRASIL

3.1 Da evolução histórica e legislativa da adoção no direito brasileiro

Faz-se necessário um breve comentário sobre a evolução pela qual passou o instituto da adoção, alterado com o desenvolvimento das relações sociais, ganhando relevância nos dias atuais. Em alguns povos o sentimento que permeava a adoção não era o altruísmo, mas outros valores como a questão religiosa ou patrimonial. Quando a solidariedade passou a influenciar esse instituto buscava-se uma criança para uma família, contudo há um novo paradigma para esse instituto, busca-se agora uma família para a criança.[261]

Hodiernamente a adoção tem uma nobre função: formar famílias unidas por laços de afeto estabelecidos pela convivência, respeito e pelo cuidado dos seus membros. Ainda existe o preconceito em relação à adoção, os laços sanguíneos como definidores de uma filiação melhor são uma constante no pensamento de muitas pessoas, contudo a consanguinidade não é primordial para o desenvolvimento de uma família (lugar de afeto e realização de seus membros), o que pode ser comprovado por várias famílias socioafetivas consideradas iguais a qualquer outra família consanguínea, com problemas que não decorrem exclusivamente da adoção. Cada vez mais o preconceito vem diminuindo, e a adoção deixa de ser um tabu, um último recurso, para ser apenas uma família em busca da felicidade.

A adoção é realizada desde os primórdios da civilização, desempenhando uma função diferente da atual; era baseada na continuidade patrimonial, moral e religiosa, [262] exercendo uma função social e política[263]. Nos povos antigos há registro da adoção já no Código de Hamurabi, que trazia em seus artigos regulamentação jurídica para o assunto. Entre os hebreus os textos bíblicos trazem casos de adoção como o de Ismael por Sara, filho do seu marido Abraão com uma escrava, Agar; Raquel, esposa de Jacó adotou os filhos da serva Bila com Jacó como se fossem seus; Efraim e Manassés, filhos de José, foram adotados por seu

[261] PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção**.** *In* DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Direito de Família e o Novo Código Civil.** 3ª ed. 2tir, rev e atual e ampl.,Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 128.

[262] GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.** Porto Alegre: 2005, p. 113.

[263] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** V. 5, Rio de Janeiro: 2007, p.386.

avô Jacó, e Moisés, adotado pela filha do faraó ao ser posto no rio por sua mãe biológica[264]. Entre os hebreus e egípcios não havia regulamentação jurídica para a adoção, apenas menção histórica.[265]

Na Grécia antiga a função religiosa era bastante acentuada para a adoção, utilizada como forma de perpetuar o culto aos antepassados, através dos descendentes. Os gregos acreditavam que os mortos necessitavam dos bens que possuíam aqui na terra, sendo enterrados com os seus pertences, entre eles as armas, vestimentas, escravos e animais, que eram sacrificados para continuarem a servi-los na vida pós-morte. Precisavam ainda continuar a receber alimentos nos seus sepulcros para que não ficassem vagando pelo mundo dos vivos e sem descanso eterno. Essas oferendas que tinham o caráter de religião doméstica deveriam ser realizadas pelo primogênito da família, daí a adoção ter uma grande relevância entre os gregos. Os que não possuíam filhos deveriam adotar, para que o pai e os demais ascendentes não ficassem vagando pela terra.[266]

A preocupação não era com o adotado, mas com o adotante e os demais antepassados. Dessa forma a adoção era permitida somente para os que não tivessem filhos, para que não ficassem no esquecimento e se extinguisse o culto religioso daquela família. Portanto não estava a adoção dirigida ao pai ou ao filho, mas à continuidade do culto familiar.[267]

Roma também utilizou o instituto da adoção como forma de perpetuar o culto aos antepassados, contudo somava-se à função religiosa o caráter político que as relações romanas tomavam àquela época. Com a sistematização de suas regras a adoção foi bastante empregada durante o Império Romano, com aplicação inclusive entre a nobreza. Com as invasões bárbaras, a adoção continuou a ser praticada, uma vez que havia a necessidade de um guerreiro valente perpetuar os seus feitos de guerra.[268]

Não obstante a larga aplicação da adoção no Império Romano, a regulamentação jurídica e a diminuição da função religiosa, ainda assim não representava a função de solidariedade e preocupação com a criança tal qual se encontra no direito contemporâneo, pois estava voltada para os interesses paternos.

---

[264] BÍBLIA Sagrada. Disponível em: http://www.bibliasagrada.com.br/site/ acesso em: 7/1/2010. Livro de Gênese (16:1-3; 21:9-10; 30:1-7; 48:5), Livro do Êxodo (2:10).

[265] SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais.** 3ª ed.Curitiba: Juruá, 2008, p. 91.

[266] FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis. **A cidade antiga.** Trad. "Todos tinham, pois, enorme interesse em deixar um filho, convencidos de que, com isso, teriam uma imortalidade feliz. Era mesmo um dever do homem para com os antepassados, pois que a sua felicidade devia durar tanto quanto a família."p. 53.

[267] GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.** Porto Alegre: 2005, p. 115.

[268] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** V. 5, Rio de Janeiro: 2007, p.386.

Durante a Idade Média e o desenvolvimento do direito canônico somente o casamento religioso legitimava a família. Assim, a adoção perdeu força em virtude da influência da Igreja, que temia a sua utilização para legalizar relações extramatrimoniais com o reconhecimento de filhos ilegítimos através da adoção, e a transmissão do patrimônio, principal preocupação, deveria ocorrer apenas entre os filhos legítimos, o que correspondia aos interesses dos senhores feudais ao transmitir a posse de seus títulos nobiliárquicos[269], fazendo desaparecer o instituto na era medieval.

Na Idade Moderna volta a ter força e a ser aplicada recebendo amparo legal em três legislações: o Código Dinamarquês de 1683, o Código Prussiano de 1751 e o *Codex Maximilianus* da Bavária de 1756. O segundo Código influenciou a inserção da adoção no Código de Napoleão de 1804, que serviu de base para as diversas legislações no mundo[270], inclusive o Código Civil brasileiro de 1916. Apesar do ressurgimento e da inserção nas legislações na era moderna, foi pouco empregada e continuou assim durante o século XIX e parte do século XX.

Há referência à adoção na Consolidação da Leis Civis, tratando superficialmente o assunto, entretanto a sua sistematização no ordenamento surgiu com o Código Civil brasileiro de 1916. O Código tinha influência oitocentista, de cunho patrimonialista, disciplinou a adoção com restrições para os que a pleiteassem com flagrante diferença entre a filiação natural e a adotiva, principalmente no direito sucessório. O vínculo de parentesco não se estendia à família, ficava apenas entre o adotante e o adotado e tinha como função dar filhos a quem não os tinha.

O Código Civil de 1916 tratava da adoção com grandes limitações para a sua aplicação. Entre os requisitos estava a idade como óbice à concretização, pois apenas os que contavam com mais de cinquenta anos poderiam requerê-la, porque o instrumento era para os que não podiam gerar filhos naturais. A diferença de idade de dezoito anos entre os adotantes e o adotado e o decurso de pelo menos cinco anos de casamento eram ainda exigidos pela lei. Assim, os requisitos impostos (a idade de cinqüenta anos e não ter prole) eram um desestímulo para a efetivação da adoção[271], o que refletia a preocupação primordial da época: a família, e não a criança.

---

[269]SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais.** 3ª ed.Curitiba: Juruá, 2008, p. 92.

[270]SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus, *Op. cit* , p. 92.

[271] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática.** 2ª ed rev e ampl.Curitiba: Juruá, 2010, p. 44

A adoção era realizada por escritura pública, com possibilidade de revogação por vontade do adotando quando atingisse a maioridade. Podia ser dissolvida quando presentes os mesmos casos para a deserdação. Direitos e deveres eram mantidos com a família natural, podendo esse filho herdar do pai natural e do pai adotivo se este não possuísse filhos consanguíneos. Apesar da manutenção dos direitos e deveres, o "pátrio poder"[272] era transferido ao pai adotante.[273]

Em 1927 é elaborado o primeiro Código de Menores, o Código de Mello Mattos, para regular a situação dos menores abandonados, atuando na ausência dos pais, atribuindo ao Estado a tutela sobre o órfão[274]. Porém a adoção não foi regulamentada, continuando a viger as regras do CC/16, alteradas com a Lei nº 3.133, de 8.3.1957.

A nova lei apresenta importantes modificações no instituto da adoção, ao contrário do CC/16, que desestimulava o instituto. Quarenta anos depois demonstrava o legislador pretender incentivar a adoção; entre as mudanças tem-se: a redução da idade de cinquenta para trinta anos[275]; casados com menos de cinco anos; os que tivessem filhos também poderiam pleitear a adoção; equiparou os filhos adotivos e biológicos na sucessão; a diferença de idade passou a ser de dezesseis anos, representando um avanço para a adoção, possibilitando um aumento dos casos de adoção, passando o instituto a ter um caráter assistencialista.

A Lei de 1957 como tinha caráter assistencialista, mantinha o vínculo do adotado com a família de origem, o que passou a ser denominado pela doutrina de adoção simples. Os efeitos da adoção continuavam a não se estender aos demais parentes, e os direitos e deveres decorrentes do parentesco natural eram mantidos, excluindo-se o "pátrio poder", que era transferido ao pai adotivo, a exemplo do que já era disciplinado pelo CC/16.[276]

---

[272] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 271, 271. A terminologia pátrio poder foi substituída por poder família no Código Civil de 2002. Nas palavras do autor: "é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes." Denominação que ainda não é a mais adequada, contudo melhor do que a antiga expressão. Legislações estrangeiras têm utilizada a "autoridade parental", que melhor representa a mudança nesse instituto.

[273] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática.** 2ª ed rev e ampl.Curitiba: Juruá, 2010, p. 44

[274] SILVA, Roberto. **A construção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil.** Disponível em: http://www.ipea.gov.br/Destaques/abrigos/capit10.pdf, p. 291,acesso em: 29/11/2009.

[275] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática.** 2ª ed rev e ampl.Curitiba: Juruá, 2010, p. 45. Consoante a autora, ao reduzir a idade eliminava-se um grande entrave para se concretizar a adoção, permitindo que casais jovens realizassem o sonho de adotar.

[276] PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar.** 2ª ed ver e atua. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 422.

A diferença entre os filhos adotivos e naturais ainda se mantinha em matéria sucessória, refletindo em diferença no quinhão que cada filho herdaria.[277] A lei previa a possibilidade de acréscimo do nome do pai adotante ao nome do pai natural ou utilizar somente o do adotante, excluindo os nomes do pai consanguíneos.

Em 1965, com a Lei nº 4.655, surge nova forma de adoção, uma importante novidade legislativa: a legitimação adotiva, que integraria o adotado totalmente à família adotiva, desligando-se da família biológica, mais tarde denominada de adoção plena, embora continuasse a existir a adoção simples, instituída pelo CC/16 e alterada pela Lei nº 3.133/57.

A legitimação adotiva era a permissão legal para se adotar um menor de até sete anos de idade que foi abandonado, ou órfão, se nenhum parente no prazo de mais de um ano não o reclamasse, ou em casos de destituição do pátrio poder dos pais ou quando o filho natural fosse reconhecido apenas pela mãe e ela estivesse impossibilitada de prover a criação.

Também poderia ser concedida em favor de menor com mais de sete anos de idade se já estivesse sob a guarda dos legitimantes quando completou essa idade. Havia um período de guarda de três anos para que somente após esse prazo, a legitimação do menor fosse deferida. Nas leis anteriores que disciplinavam a matéria, a adoção era realizada através de escritura pública, porém a lei de 65 estabelecia decisão judicial com acompanhamento do Ministério Público, e a sentença definitiva era irrevogável; mesmo que os adotantes viessem a ter filhos legítimos, o caráter de irrevogabilidade permanecia. O registro de nascimento da criança não revelaria os nomes dos pais naturais, extinguindo-se o parentesco com a família natural.[278]

A extinção do parentesco com a família de origem importou em uma mudança legislativa não prevista nas demais leis. Antes o vínculo se estabelecia apenas entre o adotante e o adotado com a Lei de legitimação adotiva, esse liame foi estendido à família dos adotantes, desde que os ascendentes aderissem ao ato da adoção.

Alguns requisitos previstos na Lei nº 3.133/57 foram mantidos na nova legislação, como a idade de trinta anos e o prazo de cinco anos de matrimônio, entretanto, se fosse comprovada a esterilidade de um dos cônjuges esse prazo seria dispensado; a viúva ou viúvo excepcionalmente poderiam adotar, desde que comprovado que o menor estava integrado ao lar e vivesse por mais de cinco anos. [279]Os desquitados também poderiam adotar, desde que fossem obedecidas algumas exigências, como: a guarda tivesse ocorrido ainda na constância

---

[277] GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.** Porto Alegre: 2005, p. 118.

[278] PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar.** 2ª ed ver e atua. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 422.

[279] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática.** 2ª ed rev e ampl.Curitiba: Juruá, 2010, p. 46.

do casamento, guarda, pensão e visitas ajustados. A lei estabelecia ainda a possibilidade de mudança de nome, incluindo o prenome, acrescentando os nomes de família.

A lei equiparava os filhos legitimados adotivos aos filhos consangüíneos estabelecendo os mesmos direitos e deveres, porém quanto à possibilidade de igualdade entre filhos, proporcionada pela legitimação adotiva, a matéria sucessória ainda impunha diferença de tratamento entre a prole que seria excluída da sucessão se viesse a concorrer com filho legítimo superveniente à adoção, dispositivo que contrariava o espírito da lei.

Em 1979 elabora-se o segundo Código de Menores, Lei nº 6.697, regovando a Lei nº 4.655/65, que vigorou até a Constituição Federal de 1988. Esse Código representa um avanço na matéria de adoção, tendo como finalidade a proteção integral da criança sem família.[280]A legitimação adotiva é substituída pela adoção plena, embora continuasse a existir a adoção simples do Código Civil de 1916, aplicada independentemente da idade a qualquer pessoa, ao passo que o Código de Menores era para os menores de dezoito anos em situação irregular, conforme descrito na lei. Assim as duas formas de adoção passam a vigorar, "a adoção plena nos moldes da legitimação adotiva e a adoção simples pelo respectivo Código e pelos arts. 27 e 28 do Código de Menores."[281]

Os menores de dezoito anos que não estivessem em situação irregular seriam adotados mediante adoção simples (Código Civil) com as alterações impostas pelo Código de Menores, como a autorização judicial (anteriormente era escritura pública); indicação do nome de família que adotará, que será averbado no registro de nascimento do menor; há a previsão de estágio de convivência com o menor, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, podendo ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade.

Na adoção plena, quando concretizada, desligavam-se completamente os vínculos do menor com a família biológica, persistindo somente os efeitos proibitivos para o casamento. Era aplicada para os menores de sete anos de idade em situação irregular e, quando a idade do menor ultrapassasse esse período, seria concedida se ele já estivesse sob a guarda dos adotantes.

Os requisitos exigidos na legislação da legitimidade adotiva foram mantidos, alterando-se o estágio de convivência, que passou a ser de um ano para os casados e de três anos para os viúvos. A sucessão foi garantida com a adoção plena, deixando de existir a

---

[280] BELTRAME, Martha Silva.**Os Caminhos Trilhados pelos Sujeitos da Adoção: o perfil, os problemas enfrentados e sua motivação.**Disponível em: **http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id219.htm,** acesso em 16/1/2010**.**

[281] PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar.** 2ª ed ver e atua. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 422.

norma discriminatória da legislação passada. A adoção por estrangeiro surge pela primeira vez no ordenamento, permitindo-se a adoção simples, mas não a adoção plena.[282]

Persistiram até a Constituição de 1988 as duas formas de adoção, a simples disciplinada pelo CC/16, e a plena, regulada pelo Código de Menores. Com a Constituição de 1988 surgiu a grande mudança: a distinção antes existente não caberia mais, os filhos teriam o mesmo tratamento e proteção, desaparecendo assim as designações filho adotivo, ilegítimo, adulterino ou biológico, surgindo apenas "filho".

Apesar de a Lei do Divórcio de 1977 dispor, na parte pertinente à filiação, a igualdade para os filhos quanto ao direito de herança, foi a CF/88 que expressamente se referiu ao filho adotivo, reconhecendo-lhe direitos iguais independemente da sua origem.[283]Tratamentos diferenciados remanescentes da legislação infraconstitucional foram considerados pela jurisprudência e doutrina como inconstitucionais a partir da Constituição, que apresenta uma nova forma de pensar e aplicar o direito.

Através da constitucionalização dos direitos surgem novos paradigmas, que a partir da vigência da Constituição de 1988 apresenta uma carga principiológica que ultrapassa a patrimonialização até então presente nas relações familiares, surgindo princípios, como da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da afetividade, do melhor interesse da criança, como norteadores para as questões que envolvem a adoção e tantas outras situações ainda não contempladas pelo legislador ordinário.

Consubstancia a Constituição Federal em seu parágrafo 6º do artigo 227 o princípio da igualdade: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Para Paulo Lôbo, tal dispositivo traz inovação para as relações familiares, pois entende que "a total igualdade de direitos entre os filhos biológicos e os que foram adotados demonstra a opção da ordem jurídica brasileira, principalmente constitucional, pela família socioafetiva".[284]

Com a nova Constituição a transformação sofrida através do princípio da igualdade foi enorme, o tratamento dispensado pelo Código Civil e leis esparsas foi modificado profundamente, reconhecendo-se a paridade entre filhos biológicos e adotados, legítimos e ilegítimos, erigindo ao *status* de direito fundamental essa igualdade, rompendo todas as

[282] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática.** 2ª ed rev e ampl.Curitiba: Juruá, 2010, p. 48.
[283] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática.** 2ª ed rev e ampl.Curitiba: Juruá, 2010, p. 49.
[284] LÔBO, Paulo.**Direito Civil: Famílias.** 2ªed.São Paulo: Saraiva, 2009, p.250.

normas discriminatórias existentes até então na legislação infraconstitucional. Dessa forma a adoção poderia ser de pessoas maiores ou, realizada antes da CF/88, teriam tratamento jurídico igualitário, decorrente da mudança constitucional para a filiação.[285]

Em seguida, o Estatuto da Criança e do adolescente, em 13 de julho de 1990, para efetivar o dispositivo constitucional da igualdade entre os filhos, extingue as formas de adoção simples e plena, regulando a adoção dos menores de 18 anos, incorporando em seu texto o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente.

A adoção estabelecida no ECA é fundamentada em normas constitucionais, art. 227, *caput*, §§ 5º e 6º e no princípio do melhor interesse da criança, que segue critérios não jurídicos, influenciado pelo direito anglo-americano através do "the best of child" [286]. As formas de adoção existentes, a do CC/16 e a do Estatuto, deixam de existir perante a nova ordem constitucional, não se admitindo "distinções de direitos ou qualificações relativas à filiação. [287] Portanto, "filho é filho, não importa sua adjetivação" [288].

Por conseguinte, a adoção importará em igualdade no tratamento da filiação independentemente da origem, biológica, socioafetiva, matrimonializada ou não, realizada pelo ECA ou pelo Código Civil; serão todos filhos, igualmente filhos. A partir da Constituição de 88 e do ECA o instituto da adoção passa por grande mudança: a prioridade absoluta passa a ser a criança e o adolescente, a função religiosa ou política dos povos antigos e a solidariedade de tempos mais recentes que eram atribuídas à adoção, cedem lugar ao interesse de proteção e cuidado à criança, passando os motivos de quem adota a ser regidos pela afetividade, pelo desejo de constituir família ou aumentar a família. Dessa forma, a adoção passa a ter a função não mais de dar filhos aos que não têm, mas de buscar uma família para uma criança.

A busca dessa família só deve ocorrer quando a permanência na família biológica não for mais possível, cabendo ao Estado utilizar o aparato estatal, com políticas públicas e programas governamentais, para possibilitar a continuidade dessa família. Quando todos os recursos se esgotarem, a criança ou adolescente deve ser inserida nos programas de adoção[289].

---

[285] TORRES, Aimbere Francisco. **Adoção nas relações homoparentais.**São Paulo: Atlas, 2009, p. 107.

[286] GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.** Porto Alegre: 2005, p. 122.

[287] TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *In* **Temas de Direito Civil**.Rio de Janeiro:2004, p. 477.

[288] GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.** Porto Alegre: 2005, p. 123.

[289]PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção**.** *In* DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Direito de Família e o Novo Código Civil.** 3ª ed. 2tir, rev e atual e ampl.,Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 128.

A adoção será deferida pelo Estado-juiz, seguindo o artigo 43 do Estatuto, ou seja, quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. Será concedida através de sentença judicial, constando o nome dos pais e dos avós, facultada a alteração do prenome; deve ser feita pessoalmente, não se admitindo através de procuração, com a inclusão integral do adotando à nova família, rompendo-se todos os laços com a família biológica, persistindo tão somente o impedimento matrimonial. A integração à família socioafetiva é tão grande que se os pais do adotante falecerem não irá ser restabelecida a filiação anterior.

Deixa de existir a exigência do matrimônio para a adoção: tanto o homem quanto a mulher, independentemente do seu estado civil, podem adotar sozinhos ou conjuntamente. Exigi-se a idade de vinte e um anos para o adotante e uma diferença de dezesseis anos entre este e o adotando, como justificativa a adoção imita a vida, sendo recomendável a reprodução das condições mínimas que ocorrem normalmente entre pais e filhos.[290] Não obstante a possibilidade de adotar isoladamente, a doutrina partilha a ideia de que estando as pessoas casadas ou em união estável, elas devem ter o consentimento do outro para adotar sozinha, isso ocorre para se preservar a "paz doméstica".[291]

Dentre os requisitos exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que será abordados em um próximo tópico, não há referência à orientação sexual de quem se candidata à adoção. "Sem qualquer restrição legal específica, tem-se admitido a adoção por homossexual, individualmente, após severo estudo psicossocial por uma equipe interdisciplinar que possa identificar na relação o melhor interesse do adotando."[292] No Estatuto juntamente com o texto constitucional não há impedimento à adoção por pessoa homossexual, uma vez que ela pode adotar individualmente, e impedir seria discriminação, o que é vedado pela CF/88.

Mesmo não havendo vedação legislativa para a adoção conjunta de homossexuais, uma vez que entre os requisitos não consta a orientação sexual do candidato, os empecilhos podem ser refutados com a aplicação dos princípios constitucionais do melhor interesse da criança, dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade de constituir família. Entre os óbices apresentados estaria a interpretação literal do art. 47, § 1º, do Estatuto, que estabelece que no assento de nascimento estará o nome dos pais, pressupondo-se a diversidade de sexo para a adoção conjunta.

---

[290] LÔBO, Paulo**. Direito Civil:Famílias.** 2ªed.São Paulo: Saraiva, 2009, p.255.
[291] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** São Paulo: Atlas, 2003, p.324.
[292] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** V. 5, 16ª ed, Rio de Janeiro: 2007.

Contudo, a interpretação gramatical não é a única a orientar o intérprete, considerada como ponto de partida. Interpretando-se dessa forma, estaria a legislação infraconstitucional a contrariar a CF/88, devendo utilizar os princípios constitucionais como norteadores para essa família baseada no afeto."Para se alcançar o desiderato constitucional, tem que se ter em vista, na virada do século XX, que o sistema jurídico brasileiro rompeu com o modelo milenar patriarcal, fundando a nova organização familiar em torno das questões de afeto."[293]

O Código Civil de 2002 regulamentou a adoção em seus artigos 1.618 a 1.629, instituindo a adoção de maiores e menores sem revogar expressamente o ECA, vigorando os dois instrumentos legislativos que não são incompatíveis e seguem o princípio constitucional do melhor interesse para a criança. Pelo critério da especialidade, o ECA norma especial e o CC/02 norma geral, irá prevalecer o Estatuto no que for pertinente à adoção de criança e adolescente, analogicamente o Estatuto para a adoção de maiores, e subsidiariamente o CC para as crianças ou adolescentes, quando não for incompatível com a lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O CC/02 não trouxe grandes novidades sobre a adoção. Uma das principais modificações foi em relação à idade mínima para pleitear a adoção. Antes o ECA exigia vinte e um anos, com o novo Código, a capacidade civil plena foi alterada para dezoito anos, passando esta a ser a idade exigida para a adoção, permanecendo a diferença de dezesseis anos entre o adotante e o adotando.[294] Caso seja realizada por um casal, é suficiente que apenas um deles possua mais de dezoito anos. A adoção de adultos [295]tem o mesmo alcance que a adoção de crianças ou adolescentes por força do princípio constitucional da igualdade entre a filiação.

O Código trouxe a possibilidade de casal divorciado ou separado judicialmente adotar conjuntamente, desde que o período de convivência tenha se iniciado durante a sociedade conjugal e sejam acordados os termos referentes à guarda e ao direito de visitas, repetindo-se

---

[293]PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Adoção por homossexuais. Fronteiras da família na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: 2006, p. 82.

[294] FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família:** elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**.** 2ª ed.Rio de Janeiro: 2003,p. 240/241: conforme o autor, a exigência da diferença mínima de idade ocorre porque "assim permite que o adotante exerça a sua autoridade parental, porque a diferença de idade por si só não implica a existência de alguma autoridade moral, mas é um indício que permitirá o exercício mais tranqüilo das funções inerentes à autoridade parental."

[295] A adoção de adultos não é abordada no texto, por questão de corte metodológico e por concordarmos com o pensamento de GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática.** 2ª ed rev e ampl.Curitiba: Juruá, 2010, p. 44, considerando a adoção um meio de proteção ao menor, *in verbis:* "a adoção de maiores, hoje, quase sempre, tem por objetivo burlar algumas normas, como, por exemplo, as da previdência social, com o único intuito de deixar pensão para quem, pela lei, não teria direito a ela; ou a de excluir da sucessão um parente próximo ou a esposa; ou, como vinha acontecendo até pouco tempo, de permitir que o adotado por um japonês pudesse emigrar para o Japão.

a orientação do artigo 42 do ECA. Deve essa possibilidade ser estendida aos ex-companheiros, respeitando-se as mesmas exigências para os ex-cônjuges quanto à visita e à à guarda. O CC não estabelece condições para a união estável no que respeita à adoção, exigindo que seja comprovada a estabilidade da família.[296]

A adoção de adultos ou crianças e adolescentes deve se dar através de processo judicial. Estes devem continuar nas varas ou Juizados da Infância e Juventude, onde houver, e aquelas nas varas de família, porém os direitos decorrentes da adoção serão os mesmos, com a integração dos filhos à família socioafetiva e o rompimento por completo com a família biológica.

O Código Civil não apresentou inovações no instituto da adoção, seguindo a mesma linha do Estatuto da Criança e do Adolescente com a prioridade absoluta da criança, buscando-se uma família para a criança, deixando no passado a classificação da paternidade adotiva como de segunda classe para ser uma paternidade/maternidade por escolha, sedimentada em afeto, solidariedade e na busca da felicidade dos membros dessa família[297], agora "construída no amor". [298]

A Lei nº 12.010, de 2009, Lei Nacional da Adoção[299], dispõe sobre alteração da adoção no Estatuto da Criança e Adolescente e Código Civil, pretendendo aperfeiçoar a convivência familiar como garantida do direito da criança e adolescente, com preferência para a família natural, incluindo-se os parentes mais próximos no caso de impossibilidade dos pais. A lei também reduz o tempo de permanência nos abrigos, que não poderá ultrapassar dois anos, utilizando-se todos os esforços para uma reinserção na família de origem e, verificada a impossibilidade dessa medida, deve ser a direcionada para adoção em família substituta através de decisão judicial fundamentada.

A nova lei apresenta dispositivos outros como a obrigatoriedade, para as pessoas inscritas no cadastro de adoção, de freqüentar curso de preparação psicossocial; traz também alterações à CLT e à Lei de Investigação de Paternidade que não serão objeto de estudo neste trabalho.

---

[296] PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção**.** *In:* DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Direito de Família e o Novo Código Civil.** 3ª ed. 2tir, rev e atual e ampl.,Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 135.

[297] TORRES, Aimbere Francisco. **Adoção nas relações homoparentais.**São Paulo: Atlas, 2009, p. 109.

[298] FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família:** elementos Críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**.** 2ª ed.Rio de Janeiro: 2003,p 239.

[299] O Projeto de Lei nº 1.756, de 2003, do Deputado João Matos, pretendia regulamentar inteiramente a adoção, retirando do ECA o instituto; contudo, não foi o aconteceu, e a Lei Nacional da Adoção, apesar do nome, apenas altera as disposições da legislação já existente.

Malgrado as alterações, a lei deixa de abordar a adoção por casais homoafetivos por puro preconceito, exigindo para a habilitação que sejam casados civilmente e a comprovação documental da união estável que não se constitui necessariamente com prova documental, contrariando preceito constitucional[300]. Embora a adoção homoafetiva não seja regulamentada pela lei, não gera impedimentos aos casais de continuarem a pleitear o pedido de adoção no Judiciário, fundamentado nos princípios constitucionais.

Não obstante a referida Lei não ter sido aprovada, com a possibilidade expressa para as adoções homoparentais, há um novo Projeto de Lei nº 7.018[301], de 2010, de autoria do Deputado Federal Zequinha Marinho[302], que visa alterar a lei recém em vigor de novembro de 2009, que alterou o art. 42, § 2º, do ECA. Em seu projeto o deputado expõe na justificação que: "é dever do Estado colocar a salvo a criança e adolescente de situações que possam causar-lhes embaraços, vexames e constrangimentos", evitando "qualquer exposição que possa comprometer-lhes a formação e o desenvolvimento", que deve se dar "em um ambiente adequado e favorável", expondo ainda que "devemos seguir o exemplo de países como a Ucrânia"[303], que tornou explícita a proibição de adoção desse tipo.

Lamentavelmente o legislador pátrio mais uma vez cerra os olhos para a realidade social, propondo um projeto de lei baseado em convicções pessoais, díspare dos valores constitucionais consubstanciados na CF. Demonstra o parlamentar que, além de fechar os olhos para a realidade social, desconhece também as decisões judiciais, quando afirma que em razão de o ECA não proibir expressamente a adoção, tem "levado certos juízes de primeira instância a conceder tais adoções — que são, posteriormente, tornadas nulas pelos tribunais superiores", afirmação que não condiz com a verdade jurisprudencial, pois várias decisões de primeiro grau têm sido concedidas, sendo ratificadas nos tribunais superiores, ou até mesmo não têm sido objeto de recurso![304]

3.2 Requisitos fundamentais para concessão da adoção

Serão abordados os requisitos exigidos para a concessão da adoção, que estão presentes no Estatuto da Criança e Adolescente, consubstanciando os princípios

[300] DIAS, Maria Berenice. **O lar que não chegou.** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=527, acesso em 15/01/10.
[301] BRASIL. Projeto de Lei nº 4508 de 2008 de autoria do Dep. alagoano Olavo Calheiros, propõe no mesmo sentido do Projeto de Lei nº 7.018, com a justificação praticamente idêntica, proibindo expressamente a adoção por homossexuais.
[302] BRASIL. Projeto de Lei nº 7.018 de 2010. Disponível em : http://www.camara.gov.br, acesso em:1/6/2010.
[303] BRASIL. Projeto de Lei nº 7.018 de 2010. Disponível em : http://www.camara.gov.br, acesso em:1/6/2010.
[304] Ver RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4), julgado no STJ em 27/4/10.

constitucionais. O ECA e o CC/02, ambos regulamentam a adoção, porém como o Estatuto é norma especial, prevalece em face da norma geral do CC, gerando discussões na doutrina. Contudo após a entrada em vigor da Lei nº 12.010, de 2009, deixa de ter importância a discussão porque a nova lei expressamente estabelece o ECA como diploma legislativo para regular a adoção de menores, entendimento que já predominava na doutrina.

Malgrado a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o Estatuto continuava a ser utilizado para a adoção de crianças e adolescentes. Mesmo a Lei nº 12.010/09 alterando alguns dos seus dispositivos, não traz mudanças quanto aos requisitos exigidos para adoção. Quando os dois institutos estavam em vigor os requisitos eram comuns, já que o CC/02 repetiu em grande parte as normas protetivas do ECA.

Aqueles que querem adotar uma criança ou adolescente devem preencher as exigências postas pelo legislador; entre os requisitos ordinários estão os do art. 104 do Código Civil, que irão se somar aos requisitos específicos exigidos para a adoção. Os interessados devem procurar a Vara ou Juizado da Infância e Juventude, onde houver, ou o Juízo cível para se habilitar(em) como candidato(s) à adoção e inscrição no cadastro nacional de adoção.[305]

Entre os requisitos gerais encontra-se a idade mínima para alguém pleitear adoção, que será de dezoito anos[306], ou seja, será permitida para os que possuem capacidade civil plena. Deve-se observar a diferença mínima de dezesseis anos entre adotante e adotando. Ascendentes, descendentes e os irmãos do adotando não podem adotar; podem adotar conjuntamente os casados e os que convivem em união estável ou de forma individual, independentemente do estado civil.

Os divorciados ou separados judicialmente também podem adotar desde que acordem sobre a guarda e direito de visitas e a convivência tenha se iniciado durante a sociedade conjugal, comprovando-se vínculo de afinidade e afetividade com o não detentor da guarda para a concessão dessa medida, que terá caráter excepcional. O tutor e o curador não poderão adotar enquanto não prestarem contas da sua administração.

Atendendo aos requisitos acima, o(s) candidato(s), seguindo o disposto no art. 165 do ECA, munidos de sua documentação pessoal (qualificação, dados familiares, cópias de CPF, RG, certidão de nascimento ou casamento, comprovante de domicílio e de renda, atestado de sanidade física e mental, atestado de antecedentes criminais e certidão negativa de

---

[305] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Cadastro nacional de adoção, p. 17. http://www.cnj.jus.br/images/cna/livreto_corrigido.pdf, acessado em 15/1/10.

[306] O art. 42 do ECA previa vinte e um anos, o que foi alterado pelo CC/02, passando a capacidade civil a ser exercida a partir dos dezoito anos. Esse dispositivo do ECA não foi alterado com a Lei nº 12.010/09.

distribuição cível)[307], preencherão requerimento no Juizado ou Vara da Infância e receberão as demais informações necessárias sobre o procedimento a ser adotado.

Ao preencher o cadastro o candidato(s) responde sobre a motivação para adotar e o perfil de criança desejada. A equipe interdisciplinar verificará os requisitos para se conceder a adoção. Na avaliação psicossocial serão levantadas as reais motivações para aquela adoção, a disponibilidade do candidato em acolher uma criança ou adolescente como filho, a consciência da responsabilidade do papel que irá desempenhar, as condições econômicas, lembrando que esse requisito não corresponde a riqueza, mas a condições razoáveis para se formar uma família.

A avaliação realizada deve verificar as reais intenções do(s) candidato(s), porque em algumas vezes a intenção não corresponde exatamente ao desejo do candidato; há casos de óbito de um filho ou cônjuge, em que a pessoa idealiza a adoção como forma de suprir a perda, o que pode gerar frustração para ambas as partes, adotante e adotado; casos de separação conjugal, em que se imagina que um filho irá salvar a relação; pessoas que querem ajudar outrem e não sabem como, e vão para a fila da adoção — devem ser orientados pela equipe interdisciplinar sobre os demais programas assistenciais que existem, como o padrinho social. A orientação é imprescindível para que não gere expectativas exageradas que não poderão ser cumpridas.

Com a Lei nº 12.010/09 há uma inovação, e os candidatos terão de passar por preparação psicossocial e jurídica, orientados pela equipe técnica da Justiça da Infância e Juventude após a inscrição para a habilitação.

Durante o processo de habilitação não há questionamento sobre a sexualidade do adotante; mesmo que a equipe interdisciplinar perceba que aquele candidato convive com uma pessoa do mesmo sexo, a sua orientação sexual[308] não será investigada. Por sua vez, os candidatos não expõem a sua orientação por medo de ter seu pedido negado e são forçados a ocultar essa condição, sob pena de sofrer discriminação; contudo, as avaliações devem considerar as reais vantagens para o adotando e conceder a adoção se o princípio do melhor interesse da criança estiver presente, avaliando-se os demais requisitos. De acordo com Vera

[307] Requisitos presentes no art. 197-A do ECA, alterado pela Lei nº 12.010/09.

[308] SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 98. Para o autor, "é relevante frisar que o critério com base no traço subjetivo (e, pois, personalíssimo) 'orientação afetivo-sexual' é tão falho para gerar diferenciação, discriminação ou óbice na prestação jurisdicional, que os solteiros, candidatos à adoção, podem dissimular ou declarar a homossexualidade e adotar."

Lúcia da Silva Sapko[309], "Não se deve deixar de conceder a adoção porque o adotante é homossexual, como também não se deve negar a adoção porque ele é homossexual. As demais condições devem ser verificadas para se conceder a adoção."

Quanto aos demais requisitos exigidos pelo ECA tem-se o consentimento dos pais ou representantes legais, que será dispensado quando os pais forem desconhecidos ou destituídos do poder familiar. Se no registro de nascimento constar o nome de ambos os pais, o consentimento estará condicionado aos dois, não podendo ocorrer divergência quanto à adoção, pois a recusa de um deles impede a adoção.[310]

O menor será ouvido quando ele contar com doze anos de idade; com idade inferior é dispensada a oitiva, contudo, sempre que possível, o juiz pode ouvi-lo, sendo obrigatória somente para o adolescente. O consentimento do menor e dos pais tem como objetivo o melhor interesse da criança, fundamentado no direito à dignidade e convivência familiar.[311]O consentimento do adotando com mais de doze anos é uma medida razoável, pois ele deve concordar com sua inclusão numa família, o que tornaria a sua convivência muito difícil se não estivesse satisfeito com a nova situação.[312] Consoante Luiz Carlos de Barros Figueiredo:

> (...) Sempre defendi que do ponto de vista fático isso é relevante, mas no plano jurídico é insustentável que o civilmente incapaz, inapto para todos os atos da vida civil, tenha capacidade de condicionar com seu consentimento (ou não) a intervenção do Estado-Juiz, do Ministério Público, dos técnicos, pais e pretendentes ao seu recebimento em família substituta.[313]

Assim, esse consentimento deve ser avaliado pelo juiz, atribuindo um valor relativo, verificando o conjunto de elementos que formaram a convicção do adolescente, sempre visando ao melhor interesse.

O ECA estabelece a obrigatoriedade do estágio de convivência, "procedimento essencial à concessão da medida, o qual envolve um período de adaptação do adotando à nova família"[314]. Poderá ser dispensada essa etapa se o menor já estiver sob a tutela ou guarda do adotante por tempo suficiente para que seja avaliada a conveniência do vínculo entre eles; a simples guarda não autoriza a dispensa do estágio de convivência; antes, o art. 46 do ECA

---

[309] SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do Direito à Paternidade e Maternidade dos homossexuais.**Curitiba:Juruá, 2006, p. 127.

[310] LÔBO, **Paulo.Direito Civil: Famílias.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 257.

[311] PENA JÚNIOR, Moacir César.**Direito das pessoas e das famílias,** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 301.

[312] GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática.** 2ª ed rev e ampl.Curitiba: Juruá, 2010, p. 74

[313] FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Comentários à Nova Lei Nacional da Adoção: Lei 12.010 de 2009.** 1ª reimpressão 2010. Curitiba: 2010, p. 23.

[314] PEREIRA, Tânia da Silva. **Da Adoção,** *In:* DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Direito de Família e o Novo Código Civil.** 3ª ed. 2tir, rev e atual e ampl.,Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 138.

estabelecia que se o adotando tivesse menos de um ano de idade ou já estivesse na guarda do adotante, haveria a dispensa do estágio de convivência, dispositivo revogado pela Lei nº 12.010/09.

O cônjuge ou companheiro pode adotar o filho do outro desde que não exista o registro de nascimento, não conste o pai ou mãe, ou se o genitor que o registrou for a juízo para consentir a adoção, que somente será deferida se ocorrer o melhor interesse da criança; como geralmente já existe o vínculo afetivo consolidado entre o filho e o companheiro ou cônjuge, concedida a medida, ampliar-se-iam os direitos da criança ou adolescente, que teria novas relações parentais com os parentes do adotante.[315]

Note-se que o ECA não estabelece como requisitos para a adoção a orientação hetero ou homossexual do candidato, permitindo a adoção individual sem fazer ressalva à orientação sexual da pessoa, realizada independentemente do estado civil, ou seja, o homem ou a mulher podem adotar sozinhos ou conjuntamente, sem que prevaleça como fator determinante a sua orientação sexual, mas sim os motivos legítimos para a adoção e a real vantagem para a criança.[316]

A Lei nº 12.010/09 deixou de regulamentar a adoção por casais homoafetivos, contudo não proíbe expressamente a adoção por homossexuais. Interpretar o art. 42, § 2º, do Estatuto[317], que apresenta a possibilidade de adoção conjunta apenas pelos casados e conviventes em união estável, através do método filológico não corresponde à opção constitucional de garantir a proteção integral à criança através do respeito a liberdade e do direito de convivência familiar. A diversidade de sexo exigida para a adoção conjunta é forma de dissimular a discriminação à orientação sexual, desrespeitando direitos fundamentais positivados na CF/88. [318] [319]

---

[315] GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.** Porto Alegre: 2005, p. 128.

[316] DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva:o preconceito & a justiça.** 4ª ed São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 213/214.

[317] Art. 42, § 2º, do ECA: "Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família."

[318] FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Comentários à nova lei nacional da adoção: Lei 12.010 de 2009.** 1ª reimpressão . Curitiba: Juruá, 2010, p. 34. O projeto original da Dep. Tetê Bezerra previa a não vedação da adoção por orientação sexual, contudo houve a supressão no texto desse dispositivo em virtude da bancada evangélica, que somente votaria o projeto se houvesse a mudança, e "em nome dos interesses de tantas crianças institucionalizadas, o acordo foi fechado com a supressão."

[319] DUARTE, Marcos. **Nova Lei Nacional de Adoção: a perda de uma chance de fazer justiça.** Disponível em: http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2597&Itemid=83 acesso em:29/1/2010.

"Embora não exista impedimento no substitutivo para a adoção por casais homoafetivos, o legislador perde a oportunidade de legalizar este tipo de união por mero preconceito." Para o autor, a adoção conjunta é possível para os casais homoafetivos que vivem em união estável.

A solução para a omissão legislativa não é a interpretação literal do artigo supra, mas a utilização do próprio Estatuto quando aduz a interpretação teleológica como forma de se assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente em seu art. 6º , vejamos: "Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

Não obstante a regulamentação não estar contida expressamente na lei, não concedê-la contraria o art. 6º, uma vez que as medidas adotadas devem ser efetuadas visando ao melhor interesse da criança e do adolescente e à concretização dos direitos fundamentais inseridos na Constituição.

Por conseguinte, aplicar a interpretação literal para a adoção conjunta, tendo como óbice a orientação homossexual como definidor da possibilidade de concessão de adoção, fere o princípio jurídico da igualdade e da proteção integral da criança em ser adotada por duas pessoas do mesmo sexo que convivem e têm um projeto de vida em comum; portanto, não concedê-lo em virtude da homossexualidade dos candidatos, quando eles preenchem os demais requisitos exigidos pela lei, é negar a possibilidade a uma criança ou a um adolescente de ter a chance de dispor do carinho e do cuidado de que necessitam.[320]

Os requisitos exigidos para a adoção devem ser iguais para os candidatos, sejam eles homo ou heterossexuais. Devem ter condições de dar afeto a uma criança independentemente da sua orientação sexual; para ser pai ou mãe não é necessário ser homem ou mulher, mas ter amor, afeto, retidão de caráter e responsabilidade para com a criança; esses, sim, são requisitos necessários; ter dignidade e ter a sua dignidade respeitada também são condições essenciais.

O Estatuto expõe em seu art. 43: "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". Logo o requisito a ser avaliado não é o preconceito contra a homossexualidade, mas se aquela adoção, após preencher os requisitos básicos expostos acima, representa reais vantagens para o adotante e se é fundada em motivos legítimos, avaliando-se se a adoção trará vantagens ao adotando, com um ambiente familiar adequado, o que não é prerrogativa apenas de heterossexuais.[321]

O ECA exige estabilidade familiar, que será avaliada pelo juiz através do livre convencimento, apoiado pelo resultado do estudo psicossocial da equipe interdisciplinar, para

---

[320] SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do Direito à Paternidade e Maternidade dos Homossexuais.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 92.

[321] SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 99.

constatar se o ambiente familiar é harmonioso e equilibrado. O Estatuto impede a presença de menores em ambiente em que haja pessoas dependentes de substâncias entorpecentes, em seu art. 19, seja a família natural ou substituta. A lei põe essa regra como fundamental para se definir o afastamento da criança ou o indeferimento de adoção.[322]

No pedido de adoção, serão avaliados os antecedentes criminais dos candidatos. Aqueles que praticaram crimes contra criança ou adolescente, que são agressores de parentes próximos, que possuem histórico de agressão e violência, devem ter seus pedidos indeferidos. A conduta na sociedade também é analisada através de visitas e estudos da equipe interdisciplinar para se saber como é a vida pública, os relacionamentos familiares e profissionais do candidato à adoção.

Essa avaliação tem os mesmos critérios para heterossexuais e homossexuais, pois a estabilidade familiar, representada por um ambiente familiar acolhedor, seguro, com responsabilidade, é exigida pelo ECA, sem fazer menção à orientação sexual dos genitores para se configurar um ambiente familiar como adequado. Logo, se a legislação não faz referência à orientação sexual para se qualificar um ambiente , não cabe ao operador do Direito fazê-la por questões subjetivas, quando os demais requisitos estiverem presentes.

Conclui-se que entre os requisitos exigidos pelo Estatuto, a homossexualidade não está presente como fator impeditivo, devendo-se observar e interpretar os requisitos com base no princípio jurídico da proteção integral da criança e nas melhores condições em favor dela e não em subjetivismos que contrariam a ordem constitucional. Conforme Dias:[323]

> Não é possível excluir o direito à paternidade e à maternidade a *gays*, lésbicas, transexuais e travestis, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem.

O artigo 226 da CF faz referência "a família", sem especificar qual o tipo de família, portanto, todas estão protegidas, e não dar possibilidade para a família homoafetiva se formar é discriminação, o que não é permitido pela Constituição Federal. A criança tem direito à família substituta, não importa se é formada por dois pais ou duas mães; após verificados os requisitos para a habilitação, comprovando-se condições favoráveis ao desenvolvimento da criança ou adolescente através da avaliação psicossocial, a adoção deve ser deferida, formando-se uma nova família.

---

[322] FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para Homossexuais.**Curitiba: 2003, p. 79.
[323] DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva:o preconceito & a justiça.** 4ª ed São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 215/216.

A Constituição não faz distinção entre as entidades familiares. Desde que possua os requisitos da afetividade, ostentabilidade, estabilidade e finalidade de constituir família, essa entidade familiar deve ser reconhecida e protegida, fazendo com que a família tutelada pela nova ordem jurídica seja aquela fundamentada na socioafetividade, devendo o Judiciário conceder a adoção ao casal homoafetivo quando constituir família baseada no amor, no afeto e na responsabilidade.

Ter o seu pedido de adoção rejeitado ou a adoção desfeita porque tem orientação homossexual, sem se averiguar o melhor interesse da criança ou os benefícios, é preconceito. Logo, estando os requisitos presentes, a homossexualidade não enseja a impossibilidade da adoção, uma vez que não há legislação que a permita ou proíba expressamente, assim pela interpretação teleológica do ECA e dos princípios constitucionais, não há impedimentos jurídicos para a concessão da adoção a casal homoafetivo.

A possibilidade jurídica de adoção por pares homossexuais é assegurada pelos princípios constitucionais, estando a liberdade de orientação sexual entre os direitos fundamentais, garantida pelo princípio jurídico da igualdade e da proibição de discriminação por orientação sexual. Por conseguinte, a homo, hetero ou bissexualidade como requisito determinante para a não concessão da adoção é preconceito, conduta inadmissível pelo texto constitucional, que erigiu a cânone fundamental a proteção às questões de gêneros, vedando a discriminação sexual.[324]

O princípio da igualdade positivado na Constituição brasileira apresenta dupla dimensão, formal e material, encenado pela afirmação "igualdade perante a lei" e "igualdade na lei" como formas de se afastar a discriminação por origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas que se apresentem; juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da liberdade irão representar a nova ordem jurídica que tem como foco principal a pessoa.

O aspecto formal do princípio da igualdade condiciona a aplicação igual da norma jurídica aos envolvidos independentemente das diferenças e semelhanças existentes entre eles. Para se concretizar esse princípio a lei deve ser aplicada a todos igualmente, superando assim as desigualdades existentes, ou seja, a lei é igual para todos e será aplicada de igual forma.

Homossexuais e heterossexuais devem receber o mesmo tratamento jurídico como decorrência da aplicação desse princípio na sua dimensão formal, proibindo-se a discriminação através de tratamento diferenciado em virtude da orientação sexual,

[324]DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva:o preconceito & a justiça.** 4ª ed São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 215/216.

reconhecendo-se a qualidade de sujeito de direito independentemente da orientação homo ou heterossexual. Dessa forma, o aspecto formal do princípio da igualdade nos seus desdobramentos concretos veda a diferenciação e equipara homossexuais e heterossexuais quanto às questões jurídicas. [325]

Por sua vez, a igualdade jurídico-material consiste em igualdade de tratamento para os que estão em situações iguais e tratamento diferenciado para os que estão em posições distintas, portanto fatos iguais serão tratados igualmente enquanto os fatos diferentes devem ser tratados desigualmente. Contudo, para que não haja ofensa ao princípio da igualdade, a diferenciação deve ter como base razão suficiente para ser empregado o tratamento diverso; não existindo, o tratamento deve ser igual.

O tratamento pode ser desigual se for possível justificá-lo, e no campo da orientação sexual não há razões para o tratamento desigual tendo em vista o atual estágio do debate científico sobre a homossexualidade, não mais considerada como doença, perversão ou desvio moral, mas apenas jeito de ser, tornando inconstitucional o tratamento diferenciado para os que pretendem adotar, caso se conside a homossexualidade como fator preponderante para a recusa do pedido de adoção.

Assim, a impossibilidade de adoção por homossexuais enquanto casal fere a isonomia material, devendo receber o mesmo tratamento dispensado ao casal heterossexual, uma vez que não há justificativas para o tratamento diferente entre eles, o que pode ser consubstanciado pelo estudo da evolução histórica da homossexualidade. Dela conclui-se que todos são sujeitos de direito independentemente da sua orientação sexual, merecedores de respeito e tratamento igualitário.

Se a Constituição proíbe a discriminação em razão da orientação sexual, logo o tratamento conferido aos homossexuais e heterossexuais deve ser o mesmo, não apenas quanto à adoção, mas em todos os casos em que a diferenciação de tratamento ocorre pelo preconceito social.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, da solidariedade e da liberdade fundamentam a adoção por casal homoafetivo. Se os cônjuges, companheiros, divorciados e separados judicialmente podem adotar e recebem tratamento igual quando candidatos à adoção, por que não os mesmos direitos aos casais homoafetivos que convivem em relacionamentos estáveis? Consoante Pena Júnior: “o importante é que em nome do melhor interesse da criança e do adolescente sejam assegurados a estes, além de

[325]RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro.** Revista de Informação Legislativa. ano 38, nº 149, jan/mar: Brasília, 2001, p. 283-285.

outros direitos, o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar (art. 227 da CRFB/88), além de muito amor e afeto."[326]

Evidencia-se que a concessão ou não da adoção não se fará simplesmente pela orientação homo ou heterossexual, pois os demais requisitos devem ser avaliados e confirmados, ou seja, motivos legítimos para a adoção: a intenção de constituir uma família, traduzida na perspectiva constitucional como local propício para o desenvolvimento e o respeito à dignidade da criança[327], com uma paternidade/maternidade responsável, e o melhor interesse da criança, traduzido em bem-estar e na possibilidade de ter um LAR (Lugar de Amor e Respeito)[328], devem estar presentes.

3.3 Comentários à nova Lei Nacional de Adoção e a sua incompatibilidade com a adoção socioafetiva

A utilização do instituto da adoção vem aumentando no país, demonstrando a sociedade uma boa aceitação e diminuição do preconceito sobre o assunto. Antes, a adoção era realizada às escondidas, e poucas pessoas tomavam conhecimento da origem não biológica daquela criança dentro até da própria família. Contudo, há uma mudança de paradigma para a adoção, que cada vez mais deixa de ser considerada como um tabu ou um mito para ser vista com normalidade, como mais uma forma de se constituir uma família.

Hodiernamente há filas de candidatos à espera de uma criança para ser adotada, mas existe uma triste realidade nessa situação: um grande número de crianças estão institucionalizadas; são milhares de crianças e adolescentes vivendo em abrigos por todos os Estados da federação, entretanto nem todas estão aptas para a adoção. Entre as causas apresentadas para a permanência dessas crianças está a pobreza, pois muitas famílias deixam os filhos em uma determinada instituição aguardando uma mudança em sua vida. Estes menores não estão postos para a adoção; os pais continuam detentores do poder familiar e realizam visitas, contudo essas visitas aos filhos acabam se tornando cada vez mais espaçadas até chegar ao ponto de abandono por completo dessas crianças, que não recebem mais nenhuma visita de familiares.

Entre outros fatores para a permanência nos abrigos está o abandono pelos pais, a violência doméstica, o uso de drogas, a vivência de rua dessa criança e a morte dos pais. As

---

[326] PENA JÚNIOR, Moacir César.**Direito das pessoas e das famílias,** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 301.
[327] RIOS, Roger Raupp. **Homossexualidade no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 131.
[328]DIAS, Maria Berenice. **Adoção sem preconceito.** http://www.mariaberenicedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt, acessado em 20/6/09. Expressão utilizada pela autora.

crianças e adolescentes permanecem por muito tempo institucionalizadas e não são inseridas no cadastro de adoção em razão de os pais continuarem com o poder familiar. Quando a ação judicial de destituição de poder familiar ocorre, as chances de adoção já diminuíram, tendo em vista a preferência dos casais cadastrados nas Varas ou Juizados da Infância e Juventude; geralmente preferem menina, branca, com poucos meses e não portadora de enfermidades.

Com a Lei nº 12.010/09 a permanência tende a diminuir, uma vez que há a necessidade de o juiz informar a situação das crianças abrigadas a cada seis meses[329]e o tempo de permanência nas instituições não pode ultrapassar o prazo de dois anos[330]. Essa medida legislativa tem a finalidade de agilizar os processos de adoção ou a reinserção na família de origem, pois essas crianças não devem ter sua permanência em instituições de acolhimento como a melhor opção.

O prazo é um quesito muito importante para a colocação da criança na família biológica ou substituta. Várias pesquisas demonstram o prejuízo para o desenvolvimento da personalidade dessas crianças e adolescentes. As crianças e adolescentes acolhidos em abrigos ou orfanatos, sejam quais forem os fatores responsáveis, retiram-lhes a possibilidade de desenvolvimento completo, físico e psíquico. O abandono dessas crianças deixa uma indelével marca em suas vidas.[331] A convivência familiar que lhe é furtada trará consequências para a vida adulta que dificilmente serão sanadas; o referencial de família e de individualidade é perdido nessas instituições em que tudo é feito de forma coletiva: os objetos são divididos entre todos que ali estão, o cuidado dispensado pelos cuidadores muitas vezes é realizado de forma impessoal.

Muitas dessas crianças podem voltar a conviver com a família biológica, basta que haja a implementação de políticas públicas, com um acompanhamento adequado dessas famílias, diminuindo assim o abandono daqueles que têm família e que por desagregação familiar foram deixados em abrigos e ainda possuem uma chance de retomar os laços familiares. Portanto, havendo família, deve-se dar oportunidade para essa entidade familiar cumprir com a sua função, ou seja, ser lugar de afeto, carinho e respeito.

---

[329] Lei nº 12.010/09, art. 19, § 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

[330] Lei nº 12.010/09, art. 19, § 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

[331] TORRES, Aimbere Francisco. **Adoção nas Relações Homoparentais.**São Paulo: Atlas, 2009, p. 100.

Para as crianças e adolescentes que não possuem família ou que esta não pode mais recebê-los, deve ocorrer a sua inserção em família substituta. Após a destituição do poder familiar, irá para o cadastro nacional de adoção, porém aqui encontrar-se-á um dos grandes problemas no instituto adoção: o perfil das crianças que estão aptas para a adoção.

A preferência dos candidatos não condiz com a realidade encontrada nos abrigos de crianças e adolescentes postos para a adoção. A adoção tardia é um grande problema nas instituições, pois as crianças com mais de três anos têm cada vez menos chances de ser inseridas em uma família. A situação se complica ainda mais quando se trata de crianças ou adolescentes que possuem alguma enfermidade, ou quando são irmãos. A dificuldade é enorme para mantê-los unidos e serem adotados por uma mesma família; à medida que o tempo passa, mais remotas são as possibilidades, trazendo um efeito perverso para essas crianças, pois aos doze anos irão para outro abrigo, com pessoas diferentes, e uma nova adaptação terá de ocorrer. Aos dezoito anos serão mandados embora, serão "maiores" e estarão por sua conta e risco, e mais uma vez sozinhos.

Os abrigos de todos os cantos do país seguem quase sempre o mesmo perfil dos que lá estão: crianças com enfermidades ou conjuntos de irmãos ou afrodescendentes ou com mais idade do que o que é desejado pela maioria dos candidatos da fila de adoção. Em Alagoas a situação não é diferente; a quantidade de crianças em 22 abrigos existentes é de 747, contudo somente 19 estão aptas à adoção, sendo 17 meninos e 2 meninas, com idades entre 3 e 17 anos[332]; as demais, os pais ainda estão como titulares do poder familiar. Algumas recebem visitas regularmente, permanecendo o convívio familiar entre elas; para outras, o processo de destituição do poder familiar está em curso, o que pode levar a uma margem de erro nos números apresentados, que podem ser alterados para mais ou para menos. O número de pretendentes inscritos em Alagoas é 45.

Malgrado o pequeno número de crianças aptas à adoção, o número de adoções realizadas nos últimos anos no Estado é bem diferente, optando os pretendentes pela adoção direta[333] ou pela adoção à brasileira.

A lei não consegue antever todos os fatos, e a sociedade por estar em constante evolução cria novas situações, relações vão se formando e se desfazendo, a exemplo do que

[332] CEJAI (Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional) Tribunal de Justiça de Alagoas, dados fornecidos em 24/2/10.

[333] A adoção direta ocorre quando a mãe ou um conhecido entrega a criança a uma pessoa ou casal, sem passar pelo processo judicial previamente; quando vão à Justiça a criança já está com a família adotiva por meses ou até anos.

vem ocorrendo com a adoção realizada por homossexuais. O legislador não aborda a matéria, mas as relações jurídicas ou socioafetivas continuam a se formar.

Mesmo sem uma legislação e sem apreciação do Judiciário, esses relacionamentos ocorrem gerando efeitos para as pessoas que neles estão. Percebe-se que cada vez mais crianças ou adolescentes estão convivendo com homossexuais, seja através da adoção concedida a um deles ou porque é filho de uma relação heterossexual anterior, filho esse que precisa de proteção jurídica tanto quanto o filho de uma pessoa heterossexual, não podendo o Direito fechar os olhos para essa realidade que é cada vez mais presente.

A Lei 12.010/09 não aborda a adoção por pares homoafetivos, ignorando as mudanças sociais que vêm ocorrendo, gerando problemas para os adotados. Antes dessa lei, a adoção para alguém com orientação homossexual já era concedida, pois uma pessoa pode adotar sozinha, como prevê a legislação, e em muitos casos em que foram deferidas as adoções, os candidatos não revelaram a sua homossexualidade por receio de ter indeferido o seu pedido.

As adoções realizadas por uma única pessoa têm enfrentado uma resistência cada vez menor nos tribunais brasileiros. Desde que o candidato preencha os requisitos e haja reais vantagens para a crianças, o Judiciário tem concedido a adoção a um homem ou uma mulher com orientação homossexual. Portanto, essas adoções não passam por grandes problemas quando são pleiteadas individualmente.

A concessão a uma única pessoa, como é permitida pela lei e deferida pelos juízes em alguns casos, não irá configurar o melhor interesse da criança ou do adolescente. Como a adoção por casal homoafetivo é vista com reservas e poucos são os casos até agora concedidos, a opção é pleitear a adoção por apenas um dos pares. Quando esta se concretiza, problemas jurídicos surgirão, pois o adotando estará vinculado juridicamente a apenas um dos parceiros, é na realidade ocorre uma adoção jurídica por um deles e uma adoção de fato pelo casal.

Outro exemplo que se tem é quando os pais mudam a sua orientação sexual e passam a viver com os filhos, advindos de relacionamento anterior heterossexual, com o par homoafetivo, formando uma nova família; ou ainda os casos de inseminação artificial da mulher, nos quais apenas uma irá figurar juridicamente como mãe, quando as duas irão desempenhar o papel de família; em outros casos, a pessoa adotou sozinha e depois passou a conviver em união homoafetiva, formando uma família.Vejamos casos colhidos das práticas jurídicas e apresentados por Ana Carla Harmatiuk Matos:

> Filho biológico advindo de relacionamento anterior, desautoriza a mãe a ficar com a guarda do filho porque assumiu sua orientação homossexual? Criança registrada por um dos conviventes da relação homoafetiva, sendo cuidada por ambos, ao final

> do relacionamento como exigir amparo econômico para essa criança? Um homem adota uma criança e depois inicia relacionamento estável homoafetivo, a criança não pode usufruir do plano de saúde do parceiro do pai e da sucessão em caso de morte?[334]

Pessoas que vivem uma relação homoafetiva estável e têm filhos, sejam naturais ou adotados, acabam ficando à margem da lei por preconceito, pois a única explicação para o tratamento diferenciado é esta: a discriminação. Malgrado a omissão legislativa, os relacionamentos irão se formar e as crianças e adolescentes que devem ser protegidos serão prejudicadas.

Quando um casal homoafetivo deseja adotar e o faz individualmente por ser mais fácil, ter previsão legislativa e menor resistência dos operadores do Direito irá mascarar a realidade e deixar essa família desprotegida, principalmente o adotado, pois o vínculo jurídico será estabelecido somente com um dos pais ou uma das mães, ou seja, aquele que figurar no registro de nascimento como genitor. Nesses casos é desconsiderada a relação socioafetiva que se forma com o parceiro homossexual, ferindo-se o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente.

Assim, o filho não adotado juridicamente não poderá participar de nenhum relação jurídica em que seja necessário comprovar o vínculo de filiação, como os casos de plano de saúde, alguns contratos de seguro, benefícios decorrentes da relação empregatícia de um dos conviventes que somente se estendem aos filhos, deduções fiscais em razão das despesas com educação e saúde ou a sucessão entre os herdeiros que trará prejuízos, pois não irá contemplar igualmente os filhos ou até irá deixá-los desassistidos, porque não comprovada a filiação.

Mais uma possibilidade em que o prejuízo para o menor pode ocorrer, quando a adoção é concedida a um dos conviventes, é com o fim dos relacionamentos. Como não há vínculo jurídico entre a criança e o outro que não está na certidão de nascimento, o direito a alimentos não poderá ser pleiteado, deixando o menor algumas vezes em uma situação difícil quando o que possui mais recursos financeiros era o não adotante; o direito de visitas[335]

---

[334] MATOS, Ana Carla Harmatiuk.Filiação e Homossexualidade**.*in*** PERREIRA, Rodrigo da Cunha (org.).**Família e Dignidade Humana.** Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p.70/72.

[335] TJRS, AI 70018249631/2007 ”FILIAÇÃO HOMPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido.”

também estará prejudicado, uma vez que somente um dos genitores consta juridicamente como tal.

Ademais, viver a criança em um lar homoafetivo e ter vínculo jurídico com apenas um dos genitores, não irá trazer proteção, ao contrário, deixará ao desamparo com relação ao outro que também é pai/mãe, implicando no campo da vinculação obrigacional em uma absoluta irresponsabilidade de um deles para com o menor, que também é filho seu.[336]

Como resolver essas situações decorrentes da adoção? Como impedir que essa criança ou adolescente amparada por um casal não sofra os efeitos de uma adoção realizada apenas por um dos conviventes? O que fazer com as relações que se formam com a adoção de fato do filho do parceiro homoafetivo fruto de relacionamento anterior? Por questão de corte metodológico a filiação proveniente das técnicas de reprodução humana[337] assistida não será abordada neste trabalho.

A doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo a parentalidade socioafetiva[338] como mais uma das formas de parentesco, e é essa socioafetividade[339] que irá trazer a solução para os casos apresentados acima. No atual estágio de evolução do direito de família, com a proteção da dignidade humana, a filiação também se modifica e a afetividade vem ganhando espaço, servindo de fundamento para decisões que envolvem as relações de parentesco.

Com a utilização do exame de DNA na década de noventa para se encontrar a verdade biológica, várias ações foram e ainda continuam sendo impetradas no Judiciário. Diante do resultado positivo a paternidade é reconhecida, o que representa um avanço nas ações de investigação de paternidade.

O exame trouxe uma grande euforia para os juristas, pois as dúvidas sobre origem biológica da filiação seriam resolvidas com uma certeza quase absoluta através do exame de DNA, representando o laboratório, para alguns, a solução para essa problemática.[340] Com a

---

[336] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4ª ed. rev. atual. e ampl. 3.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 439.

[337] Sobre o assunto ver: KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: princípios éticos e jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2006.

[338] TARTUCE, Flávio. As Verdades Parentais e a Ação Vindicatória de Filho**.** *In* EHRHARDT JÚNIOR, **Marcos**. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Leituras Complementares de Direito Civil.** Direito das Famílias. Salvador: 2010, p.100. O autor expõe que "é melhor utilizar a expressão parentalidade socioafetiva, em sentido amplo, do que paternidade socioafetiva, em sentido estrito", abrangendo não só a paternidade como também a maternidade socioafetiva.

[339] ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior.** Disponível em: HTTP:jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10456, acessado em 25/9/08. p.6. Conforme o autor, a filiação socioafetiva teria se iniciado com a construção doutrinária, recebendo sólido apoio com a CF/88 e fazendo parte da legislação civil no art. 1.593 do CC/02.

[340] LÔBO, Paulo. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 05, ago/set de 2008, p.6.

larga aplicação do exame, o STJ editou a controversa Súmula 301, combatida pela doutrina especializada e pela jurisprudência calcada na socioafetividade.[341]

Expõe Paulo Lôbo que a súmula deve ser aplicada seguindo dois grandes limites implícitos: se o estado de filiação já estiver constituído não pode ocorrer a ação de negatória de paternidade, e na ação de investigação de paternidade em que conste a mãe registral, deve haver provas consistentes e não somente a aplicação da súmula isoladamente. A súmula "é equivocada porque parte do pressuposto falso, a saber, a da identidade da paternidade com a origem genética, desconsiderando o paradigma atual da socioafetividade".[342]

Ocorre que a busca pelo reconhecimento da paternidade através do exame de DNA alçou voos diferentes; deixou de ser utilizado apenas como forma de reconhecer a paternidade a quem não tem, para também servir como prova para a impugnação de paternidade, ganhando a verdade real uma sobreposição às relações estabelecidas anteriormente.

Ao tempo que o exame começou a ser utilizado para a busca da verdade real, o direito de família em sua constante evolução eleva à categoria de valor jurídico o afeto[343], passando a ser reconhecido como princípio jurídico, norteador das relações familiares, principalmente no que se refere à paternidade/maternidade socioafetiva ou à parentalidade socioafetiva. Dessa forma, tem-se o afeto como "um sentimento que se traduz em fatos para o direito, fatos esses que se verificam na convivência social, originando a socioafetividade."[344]

As ações para desconstituir a parentalidade já existente como forma de se conhecer a verdade biológica não se apresentam como a melhor solução quando a convivência com os pais já tiver sido estabelecida, devendo prevalecer a socioafetividade, ou seja, as relações que se desenvolvem independentemente dos laços jurídicos ou consanguíneos.[345] Confirma o Direito que:

> (...) a complexidade da vida familiar é insuscetível de ser apreendida em um exame laboratorial, porque nem sempre a origem genética é suficiente para fixar o estado de filiação de alguém. Pai, com todas as dimensões sociais, afetivas e

---

[341] ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior.** Disponível em: HTTP:jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10456, acessado em 25/9/08, p.15.

[342] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Paternidade Socioafetiva e o Retrocesso da Súmula nº 301/STJ.** Disponível em: <HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333. Acesso em 14/10/09.

[343] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Famílias Ensambladas e Parentalidade Socioafetiva- a Propósito da Sentença do Tribuna do Tribunal Constitucional, de 30.11.2007**. Revista de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 07, dez/jan de 2009, p. 91.

[344] BARBOZA, Heloísa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo**. Revista de Direito das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre: Magister, v. 07, dez/jan de 2009, p. 29.

[345] O direito à busca do vínculo biológico é um direito fundamental, consistindo em direito da personalidade; diferente do direito à filiação, aquele não desconstitui este, servindo apenas como forma de conhecer a origem genética como forma de prevenção do direito à saúde.

> jurídicas que o envolvem, não se confunde com genitor biológico; é mais que este.[346]

Para ser verdadeiramente filho, o vínculo maior será o do afeto e não os vínculos de sangue. A filiação biológica não garante a experiência da paternidade, da maternidade ou da filiação, pois é algo muito maior que a semelhança entre os DNAs.[347]No mesmo sentido expõe Fabíola Santos Albuquerque: "A verdade arrogante da ciência, a qual se manifesta pelo exame de DNA, não pode ter o condão da primazia da verdade e simplesmente apagar todo um conjunto valorativo comprometido com a dignidade da pessoa humana."[348]

Consoante Luiz Edson Fachin, "(...) a verdadeira paternidade não pode se circunscrever na busca de uma precisa informação biológica; mais do que isso, exige uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, donde emerge a verdade socioafetiva." [349]

Portanto, as relações de filiação devem ser examinadas de forma cuidadosa, verificando-se a afetividade entre seus membros e não apenas os laços sanguíneos que, sozinhos, não garantem o desenvolvimento dessa família como local de realização das pessoas. *In verbis:* "O que preside as relações de família é o afeto, e este necessariamente não se confunde com a origem genética. Pai e mãe são os que criam, acarinham, e não os que geram." [350]

Sedimentando esse pensamento, doutrina e jurisprudência cada vez mais vêm reconhecendo a parentalidade socioafetiva como forma de resolver os conflitos decorrentes da filiação. No STJ já está pacificada a prevalência da filiação socioafetiva; existindo convivência duradoura[351] baseada no afeto, essa filiação é a que deve prevalecer sobre a

---

[346] LÔBO, Paulo. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 05, ago/set de 2008, p.6.

[347]PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Famílias Ensambladas e Parentalidade Socioafetiva- a Propósito da Sentença do Tribuna do Tribunal Constitucional, de 30.11.2007. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 07, dez/jan de 2009, p. 92.

[348] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha(coord). **Família e Dignidade Humana.** ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família, p. 366.

[349] FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 151.

[350]ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O Instituto do Parto Anônimo no Direito Brasileiro: Avanços ou Retrocessos?**Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões,** v.1, Dez/Jan 2008 - Revista de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister, 2009, p. 155.

[351] LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, 2008, p. 15. Consoante o autor: "Toda vez que um estado de filiação estiver constituído na convivência familiar duradoura, com a decorrente paternidade socioafetiva consolidada, esta não poderá ser impugnada nem contraditada. A investigação de paternidade só é cabível quando não houver paternidade, nunca para desfazê-la."

verdade biológica, pois "(...) a afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares."[352]

Nos últimos anos as decisões do STJ que versam sobre pedidos de negatória de paternidade têm seguido o caminho da manutenção do registro civil, mesmo se confirmando a não existência de vínculo biológico, ou seja, não havendo consanguinidade entre pai e filho, porém ocorrendo a relação socioafetiva, deve ser mantida essa forma de filiação. Portanto, a desconstituição do registro será concedida quando houver as hipóteses de erro, dolo, coação, fraude ou simulação, e mesmo nesses casos se não restar configurada a socioafetividade, tendo esta como fundamento a concretude da dignidade da pessoa humana.[353], [354]

A essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental efetuado por alguém que não é o genitor biológico, mas que se propõe a praticar condutas necessárias para edificar a personalidade desse filho, através de condutas objetivas como criação, educação e assistência à prole, gerando assim o vínculo da parentalidade.[355]

Essa relação de parentalidade é mais do que um vínculo de sangue, "é um elo de amor, de companheirismo, de convivência espiritual, de apoio moral, de auxílio patrimonial, de

---

[352] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias. 2ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2009, p.51.

[353] REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO. RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO DE CUJUS. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA **FILIAÇÃO.** REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro", a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder o registro da criança. 2. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretenso pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza. 3. "O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação **socioafetiva** é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil" (REsp n. 878.941-DF, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.9.2007).4. O termo de nascimento fundado numa paternidade **socioafetiva,** sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira **filiação** registral – portanto, jurídica –, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da **filiação,** dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. 5. Recurso especial provido. REsp 709608MS (REsp 2004/0174616-7 julgado em 05/11/2009).

[354] Há várias decisões monocráticas que pugnam no mesmo sentido do acórdão acima: REsp. 1173075; Resp. 1162499; REsp. 1179565; REsp. 1251929; REsp. 1199911; REsp. 805089; todos de 2010.

[355] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como Efeito as Socioafetividade nas Famílias Recompostas**. Revista de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 14, fev/mar 2010, p.98.

divisão das alegrias e das tristezas do dia-a-dia."[356] Portanto, esses aspectos é que devem nortear as relações de parentesco, sejam naturais ou civis; nestas últimas insere-se a socioafetividade.

As relações familiares formadas pelo afeto terão como critério de identificação a socioafetividade, e a condição para a sua eficácia é o reconhecimento por sentença.[357] Para isso devem preencher os requisitos exigidos para se configurar a posse do estado de filho: *tractatio, reputatio e nominatio.*

Assim, a filiação socioafetiva deve conter os elementos da posse de estado, em que o menor será tratado, reconhecido e cuidado como filho, resultado de uma convivência familiar duradoura e construída pelo afeto, fazendo com que o fato social seja reconhecido como fato jurídico. Nessa filiação socioafetiva incluem-se não apenas os filhos não biológicos, como também os filhos do novo cônjuge ou companheiro.[358]

Se a socioafetividade deve ser aplicada aos filhos das famílias mosaico ou reconstituídas, por que não reconhecer a socioafetividade que está presente nas relações de filiação homoafetiva?

O direito das famílias se transformou e vem incorporando as evoluções sociais, e uma dessas mudanças é o reconhecimento da socioafetividade que se forma nas relações em que uma pessoa exerce o papel de pai ou de mãe, seja por uma situação de fato em que uma criança é criada como se filho fosse, ou até mesmo quando ocorre um delito[359], como no caso da adoção à brasileira, denominada dessa forma pela doutrina, em que o vínculo afetivo se formou, a parentalidade é mantida e a adoção, irrevogável, prevalecendo a socioafetividade.

Diante da socioafetividade como uma das formas de se constituir o parentesco civil quando presente a posse do estado de filho, como nos casos descritos acima, é plenamente cabível a aplicação da socioafetividade para o reconhecimento da adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos, seja porque houve uma adoção individual anteriormente ou porque a filiação é fruto de relacionamento anterior.

O Judiciário, quando chamado a se posicionar sobre a adoção conjunta ou sobre o pedido posterior de adoção pelo companheiro homoafetivo, deve verificar se estão presentes

---

[356] TARTUCE, Flávio. As Verdades Parentais e a Ação Vindicatória de Filho**.** *In:* EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Leituras Complementares de Direito Civil**. Direito das Famílias. Salvador: 2010, p.103.

[357] BARBOZA, Heloísa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo**. Revista de Direito das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre: Magister, v. 07, dez/jan de 2009, p. 32.

[358]PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Famílias Ensambladas e Parentalidade Socioafetiva- a Propósito da Sentença do Tribuna do Tribunal Constitucional, de 30.11.2007. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre: Magister, v. 07, dez/jan de 2009, p. 93.

[359] Art. 242 do Código Penal brasileiro.

os elementos da socioafetividade que devem repercutir no melhor interesse da criança, pois o fato social está aí e o Direito não pode fechar os olhos para essa realidade, que somente trará segurança para a criança ou o adolescente quando for reconhecida como fato jurídico.

Os filhos socioafetivos, sejam oriundos das famílias hetero ou homossexuais, têm o direito se ser considerados pela ordem jurídica como uma família e ter tutela jurídica, pois é assim que eles se sentem. Como uma família, têm como ideal afeto, respeito, cuidado, proteção, e esta última irá ocorrera com o reconhecimento jurídico dos fatos sociais que emergem dos novos arranjos familiares que se formam.

Como o reconhecimento da parentalidade socioafetivo tem por base os princípios constitucionais, a exemplo do melhor interesse da criança e da paternidade responsável, aplicada como forma de proteção a criança ao se reconhecer os fatos sociais como fato jurídico, deve ser empregada também para as famílias homoafetivas, uma vez que a socioafetividade está presente e entre os elementos que a configuram não se exige a orientação sexual dos pais, mas que eles se mostrem como pessoas aptas a dar carinho, respeito, cuidado e afeto, que possam cumprir a função de família, que independe de laços biológicos ou de orientação sexual de seus participantes.

As crianças e adolescentes que são adotadas por um dos pares homoafetivos ou que são filhos biológicos de um dos companheiros que passam a conviver numa união homossexual estável, devem ter o reconhecimento do vínculo socioafetivo que permeia essas relações. Essa é a forma de legitimar o interesse do filho, fundamentado no melhor interesse da criança e no princípio da dignidade humana.[360]

A socioafetividade serve de parâmetro para a o reconhecimento da filiação, prevalecendo em casos de confronto com a verdade biológica, levando-se em consideração o melhor interesse da criança, o que leva a crer que deve ser estendida às adoções pleiteadas por homossexuais, seja quando um já possua o vínculo jurídico e o outro adota de fato o menor, ou quando esses menores são fruto de relacionamento heterossexual e durante a convivência homoafetiva tornam-se uma família.

A socioafetividade deve ser reconhecida por sentença para que produza efeitos jurídicos. Ocorrendo os elementos da posse do estado de filiação, deve ser declarado o vínculo de parentesco,[361] sendo esta a forma de se proteger a prole, pois havendo a separação

[360] BARBOZA, Heloísa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre: Magister, v. 07, dez/jan de 2009, p. 32.
[361] BARBOZA, Heloísa Helena.*Op.cit.* 2009, p. 33.

do casal, os filhos socioafetivos reconhecidos juridicamente estarão protegidos, inclusive produzindo efeitos para com os demais parentes.

As pessoas com orientação homossexual e que possuem filhos, algumas vezes passam a conviver com um parceiro do mesmo sexo e com os filhos em uma mesma residência, formando uma família. O parceiro homossexual participa da criação da prole, exercendo a parentalidade socioafetiva, porém nesses casos a criança ou o adolescente não estão protegidos juridicamente por não ser reconhecida a filiação socioafetiva.

O não reconhecimento desses novos arranjos familiares apenas traz prejuízo a quem o Direito deve proteger prioritariamente, a criança e o adolescente, pois estando presentes os requisitos da posse do estado de filho e mesmo assim não reconhecê-la, torna inviável cobrar responsabilidade ou outro direito de quem também exercia o poder familiar.[362]

Nesses casos, o melhor interesse da criança deve ser respeitado, o que irá ocorrer se for concedida adoção socioafetiva a quem exerce de fato a função de pai/mãe independentemente da orientação sexual que tiver, pois a filiação goza de igualdade constitucional seja qual for a sua origem. Todos têm proteção legal e ela deve ser aplicada às filiações decorrentes de relacionamentos homoafetivos. Malgrado a falta de legislação para o reconhecimento das uniões homoafetivas e consequentemente para as adoções por pares do mesmo sexo, não se pode esquecer que se está na seara privada, portanto, aquilo que não está juridicamente proibido é permitido.

Em face do exposto, é de se observar que o Direito não pode deixar de regulá-los se os fatos se formam — não pode seja através da legislação, que ainda não existe, seja através da prestação jurisdicional, quando esses fatos forem levados à apreciação do Poder Judiciário, transformando-se assim em fatos jurídicos, para possibilitar a essas famílias a busca pela felicidade, respeitando-se a diferença e a liberdade de escolha de cada um, para se concretizar o princípio da dignidade humana.

[362] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4ª ed. rev. atual. e ampl. 3.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 335.

CONCLUSÃO

O presente estudo demonstrou as transformações ocorridas na família desde as suas origens, do modelo patriarcal até o socioafetivo, ocasionando uma ruptura de paradigmas nas relações familiares.

Atualmente, a família pode ser concebida como plural e eudemonista, devendo ser reconhecidos os vários arranjos familiares existentes na sociedade e, entre eles, o formado por pessoas do mesmo sexo, protegido mediante tutela constitucional, o que fundamenta a possibilidade jurídica de adoção de criança ou adolescente por homossexuais.

Para se chegar à multiplicidade de entidades familiares, fez-se necessária uma pesquisa das relações familiares brasileiras, partindo-se da formação inicial, quando da colonização, do período do Estado liberal até a CF/88, representando o ápice da proteção constitucional à família, até os dias atuais, com o modelo socioafetivo a comandar as relações de família.

O conceito único de família existente no passado, conjunto de pessoas unidas pelo matrimônio, deixou de ser suficiente. Novas organizações familiares se formaram, gerando um alargamento no conceito de família e não apenas um modelo padrão imposto pelo Estado.

Inicialmente, percebeu-se que a função da família abrangia a religião e mais tarde a incluiu a função política, na qual se assemelhava a um tipo de organização política, baseada na autoridade paterna. A afetividade não era considerada como elemento caracterizador da família.

Com o passar do tempo, a família adquiriu a função de unidade de produção e, em virtude da proporção que apresentava, várias pessoas residindo na mesma casa, os elos afetivos ainda não se afiguravam como a afetividade desenvolvida séculos depois.O sentimento prevalente era a hierarquia patriarcal que perdurou por longos períodos.

Na história da família brasileira, desde o período da colonização preponderou o modelo patriarcal de origem europeia, não se respeitando ou reconhecendo outras formas de constituição de família senão aquela imposta pelo Estado.

O modelo patriarcal, agrícola e patrimonialista, oriundo do matrimônio com vínculo indissolúvel, desconsiderava outras formas de constituição familiar, que eram desconsideradas, ignoradas pelo ordenamento jurídico como se elas não existissem.

O Código Civil de 1916 apresentava como grande preocupação o patrimônio e não a pessoa, reflexo da sociedade economicamente dominante que a inspirou, conservando o perfil colonial ainda presente. A família patriarcal protegida pelo Código Civil apresentava

prevalência dos interesses patrimoniais disfarçados de “paz doméstica” para se justificar, consubstanciando uma verdadeira desigualdade jurídica na família, em relação aos cônjuges e também à filiação.

Inúmeras transformações ocorreram na sociedade brasileira, e entidades familiares diferentes da matrimonializada surgiram mesmo sem o manto protetor da lei.

As Constituições brasileiras anteriores à Constituição vigente não inovaram quanto às relações familiares. Houve pequenas distinções entre uma Carta Constitucional e outra, conservando sempre o mesmo cerne quanto aos relacionamentos familiares, o casamento como única forma de constituir família e a indissolubilidade do vínculo conjugal.

Em 1977, no entanto, surgiu um grande marco para o direito de família, consubstanciado na edição da Lei nº 6.515, que instituiu o divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo às pessoas escolher qual caminho seguir, pois muitas vezes o que unia o casal era a impossibilidade jurídica do fim do vínculo matrimonial.

Nesse contexto, a sociedade não deixou de evoluir, e novas organizações familiares surgiram. O sentimento de família foi cada vez mais se desenvolvendo para a socioafetividade; o que a unia era o afeto e não mais a impossibilidade de dissolução, a dependência econômica ou a rígida hierarquia patriarcal.

A Constituição de 1988 trouxe inovações para as relações familiares; diferentemente das demais Constituições, colocou a pessoa no centro do ordenamento jurídico. A principal preocupação da legislação passou a ser o indivíduo, o que trouxe mudanças significativas para o direito de família.

A inclusão dos princípios fundamentais na Constituição direcionou para o enfoque na pessoa humana, iniciando a constitucionalização do direito civil. Assim, a família patriarcal dá lugar à família constitucionalizada, inspirada na solidariedade e na dignidade da pessoa humana.

Deu-se uma verdadeira ruptura de paradigma, uma vez que a Constituição incorporou as transformações sociais, tomando como base não mais a família patriarcal, patrimonializada e rural das Constituições anteriores e do CC/16, mas uma família como instituição a ser protegida e tutelada independentemente da forma como foi constituída, garantindo direitos iguais para todas as organizações familiares, preocupando-se com os membros que compõem essa família, protegendo cada indivíduo como ser digno de respeito e consideração.

Diante dos valores constitucionais, tem-se uma mudança de paradigma no que se refere à orientação homossexual das pessoas. Pela digressão histórica observou-se que a

homossexualidade sempre esteve presente nos mais diversos povos, embora a sua maior ou menor aceitação comumente estava relacionada à questão política.

Abandonou-se a visão de pecado para ser vista como doença, mas com os avanços dos estudos científicos a tese de psicopatologia perdeu, sendo retirada do rol de doenças da Organização Mundial de Saúde. O termo homossexualismo de existir para utilizar-se homossexualidade, designativo do modo de ser. Dessa forma, procura-se valorizar a pessoa como ser merecedor de respeito e proteção, almejando-se um tratamento igualitário e a não discriminação.

Com a evolução social, houve a mudança de costumes a busca da realização pessoal dos indivíduos, situações reforçadas por uma nova ordem constitucional que trouxe como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, com o abandono de valores patrimoniais e preconceituosos herdados do século XIX.

Os homossexuais passaram a constituir família de fato e a reclamar o reconhecimento legal, situação semelhante ao caminho percorrido pela união estável. O relacionamento homoafetivo foi tratado como sociedade de fato através de ações nas varas cíveis. Ultrapassando essa fase, são as ações direcionadas para as varas de família.

Os tribunais superiores têm ampliado o conceito de entidades familiares com decisões inovadoras reconhecendo arranjos familiares até então excluídos do rol de entidades familiares. Os tribunais inferiores também apresentam decisões no mesmo sentido.

Malgrado a Constituição apresentar três entidades familiares expressamente, elas não correspondem aos únicos modelos protegidos constitucionalmente, não consistindo *numerus clausus*, mas uma interpretação extensiva, incluindo-se a diversidade de entidades familiares.

Logo, com o alargamento do conceito de entidade familiar, as relações homoafetivas, apesar da lacuna legislativa, passam a ser reconhecidas quando presentes os requisitos da afetividade, convivência pública e contínua, o que levou a um crescente número de pedidos de adoção de crianças e adolescentes por casal de mesmo sexo ou ao pedido de adoção para o filho do companheiro homoparental quando já existe a convivência socioafetiva entre os menores dessas famílias.

A adoção requerida individualmente por uma pessoa com orientação homossexual não tem apresentado tantas restrições quanto ocorria nas décadas passadas, quando muitos omitiam a sua orientação sexual por receio de ter seu pedido negado, uma vez que a legislação permite a adoção individual. As mudanças sociais operadas nas últimas décadas, resultaram na maior aceitação das relações homossexuais, enxergadas como jeito de ser e não mais como opção sexual.

Muitos são os obstáculos apresentados, entretanto são baseados apenas no preconceito. Vários estudos indicam a ausência de prejuízo para a criança ou adolescente que vive em lares homoafetivos. Os problemas serão maiores se por preconceito essas crianças permanecerem em abrigos, quando poderiam ser inseridas em uma família disposta a dar-lhes amor, afeto, respeito e cuidado.

Não conceder a adoção a casais homoafetivos por puro preconceito é um ato que deve ser evitado, pois contraria o preceito constitucional previsto no artigo 227, que traz como dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito, entre outros, à convivência familiar, à liberdade, à dignidade, à proteção contra a discriminação, comando normativo a ser respeitado e aplicado pelos operadores do Direito.

A possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos é fundamentada nos princípios constitucionais que a partir da nova ordem constitucional passaram a desempenhar um papel diferente, considerados como normas jurídicas imperativas e cogentes, irradiando a sua força normativa para a elaboração e aplicação da legislação infraconstitucional e tendo como ponto principal a proteção da pessoa humana, consistindo em uma nova fase para o Direito.

A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana torna possível a adoção por pessoal ou casal homossexual, respeitando-se a dignidade das pessoas em possuírem uma orientação sexual diversa, de desejarem constituir família.

O princípio da dignidade humana está relacionado com o direito à maternidade/paternidade, fazendo parte da formação da identidade de cada um, da realização pessoal, da intenção de constituir família.

Assim, todas as pessoas que desejem exercer o direito à paternidade ou à maternidade devem ter esse direito garantido pela legislação como forma de assegurar o cumprimento do respeito à dignidade humana.

O desejo de pessoas com orientação homossexual exercerem a paternidade ou a maternidade deve ser respeitado, e essa família deve ser protegida como entidade familiar através do princípio de solidariedade, pois o princípio impõe proteção ao grupo familiar, e esse não pode ser considerado apenas aquele formado por heterossexuais ou oriundos do casamento, como acontecia no passado.

O princípio da liberdade evoluiu com o avançar da sociedade. Antes da Constituição de 1988, o modelo de família adotado no direito brasileiro era inflexível, não se tinha liberdade para escolher a entidade familiar.

Essa ótica foi alterada permitindo a liberdade de escolha das pessoas em relação à constituição da família, cabendo aos indivíduos a liberdade de escolha e a todas as entidades familiares a tutela constitucional.

A adoção por pares homossexuais está assegurada pelo princípio de liberdade de escolha, estando a paternidade/maternidade garantida por configurar uma liberdade pessoal. Restringir esse direito contraria preceito constitucional.

O princípio da igualdade assegura tratamento paritário no pedido de adoção por pessoa ou casal homoafetivo; os requisitos devem ser os mesmos exigidos para heterossexuais. A orientação sexual não deve ser um elemento diferenciador, cabendo a todos o igual tratamento legal e, por conseguinte, o reconhecimento da família homoafetiva, quando presentes os requisitos que caracterizam a entidade familiar.

Nas ações de adoção o princípio do melhor interesse é de suma importância, de modo que as decisões da família, da sociedade e do Estado devem ser tomadas em face desse princípio, no qual a criança e o adolescente terão prioridade absoluta, sendo direcionados todos os esforços para o desenvolvimento físico e psíquico dessas pessoas em formação.

O princípio deve ser aplicado verificando-se as reais vantagens para a criança ser colocada ou não em família substituta homossexual, sustentando-se que o melhor interesse da criança é ter pais/mães aptos a desenvolver esses papéis, independentemente da sua sexualidade, ou seja, aptos para a responsabilidade de serem pais/mães.

A afetividade representa um divisor de águas para as relações de família, garantindo proteção constitucional aos diversos arranjos familiares quando esse elemento estiver presente. Mediante a convivência em família homoafetiva a criança desenvolve laços afetivos, determinantes para se conceder a adoção conjunta a quem já exercer o papel de pai/mãe.

Então, pode-se afirmar que os princípios constitucionais protegem as famílias homoparentais e possibilitam a adoção conjunta, quando presentes os requisitos exigidos pela legislação infraconstitucional e aplicados de acordo com diretrizes constitucionais.

Posição que vem sendo adotada pela jurisprudência, seja nos julgados de primeiro grau, seja nos tribunais. As decisões caminham no sentido de se conceder a adoção conjunta a pessoas do mesmo sexo, desde que os candidatos estejam aptos para exercer tal função.

No que diz respeito à adoção, constatou-se a mudança sofrida por esse instituto, antes representado como uma forma de suprir a falta de filhos: apenas os que não possuíam prole natural poderiam adotar. Com a evolução da legislação, a adoção foi concedida a casais com filhos. No entanto, somente com o advento da Constituição de 1988 os filhos passaram a ter os mesmos direitos e a adoção a ser uma forma de dar família a uma criança/adolescente

quando essa constituir reais vantagens para os menores e fundar-se em motivos legítimos, estabelecendo-se a doutrina da prioridade absoluta como meio de garantir o melhor interesse da criança ou adolescente e de concretizar a sua dignidade.

A legislação infraconstitucional estabelece os requisitos para a adoção que devem ser obedecidos por quem deseja adotar, observando-se que as exigências devem ser as mesmas para todos os candidatos, sejam homo ou heterossexuais. Devem-se interpretar os requisitos com base no princípio jurídico da proteção integral da criança e nas melhores condições em favor dela, e não em subjetivismos que contrariam a ordem constitucional.

A parentalidade socioafetiva tem por base os princípios constitucionais, como o melhor interesse da criança e a paternidade responsável, aplicada como forma de proteção à criança ao se reconhecer os fatos sociais como fato jurídico; deve ser aplicada também para as famílias homoafetivas.

A adoção deve ser concedida às pessoas aptas a dar carinho, respeito, cuidado e afeto, que possam cumprir a função de família, que independe de laços biológicos ou da orientação sexual de seus participantes.

Ao se deparar com essas entidades familiares homossexuais o operador do Direito deve verificar se a afetividade está presente em suas vidas e assim efetivar o princípio da dignidade da pessoa, da igualdade, da liberdade de escolha, da solidariedade e do melhor interesse da criança, permitindo a elas a busca da felicidade.

REFRÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. *in.* ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida(coord). **Famílias no Direito Contemporâneo.** Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha(coord). **Família e Dignidade Humana. ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte: IBDFAM, 2005.

_____. O Instituto do Parto Anônimo no Direito Brasileiro: Avanços ou Retrocessos?**Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre:Magister, v. 01, dez/jan, 2008.

_____. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. *in.* ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida(coord). **Famílias no Direito Contemporâneo.** Salvador: JusPodivm, 2010.

ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior.** Disponível em: HTTP:jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10456, acessado em 25/9/08.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. SILVA, Virgílio Afonso. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Cristina Othon Lacerda de. Aplicabilidade do princípio da afetividade às relações paterno-filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRARDT JR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida. **Famílias no direito contemporâneo**.Salvador: JusPodivm, 2010.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família.** Tradução de FLAKMAN, Dora.2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

AZEVEDO, ÁlvaroVillaça. **Estatuto da Família de Fato: de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** São Paulo: Atlas, 2002.

BAILEY, M. **Sexual Orientation of adult sons of gay father developmental psychology**, v. 31, nº 1, 1995.

BARBOZA, Heloísa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre: Magister, v. 07, dez/jan de 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In. BARROSO, Luís Roberto. (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais. O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil.** Disponível em: www.lrbarroso.com.br, acesso em: 29/1/2010.

_____ . Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 15, n. 58, RT, jan.-mar., 2007.

_____.**Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. A Constitucionalização do Direito e do Direito Civil. *In* TEPEDINO, Gustavo(org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro.** São Paulo: Atlas, 2008.

BELTRAME, Martha Silva.**Os Caminhos Trilhados pelos Sujeitos da Adoção: o perfil, os problemas enfrentados e sua motivação.** Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id219.htm, acesso em 16/1/2010.

BÍBLIA SAGRADA. Disponível em:http://www.bibliasagrada.com.br/site/ acesso em: 07/1/2010.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto.BITTAR, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional.**3ª ed São Paulo: RT, 2003.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTR, 2000.

BONAVIDE, Paulo. **Curso de Direito Constituucional**. 24ª ed. 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2008. São Paulo.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **A união homoafetiva sob o enfoque dos direitos humanos.** Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4902, acesso em: 26/5/2009.

COULANGES, Numa Demis Fustel de. **A cidade antiga.** Curitiba: Juruá, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Cadastro nacional de adoção, p. 17. http://www.cnj.jus.br/images/cna/livreto_corrigido.pdf, acesso em 15/1/2010.

CROCE, Delton, CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal.** 6 ed. São Paulo: Saraiva,2009.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União Livre à Luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96.** Curitiba: Juruá, 1996.

DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no Armário. Uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade.** São Paulo: LTR, 2000, p. 12.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais.** Porto Alegre: Artmed, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O preconceito e a justiça.** São Paulo: RT, 2009.

_____ . **Manual de Direito das Famílias.** 4ª ed. rev. atual. e ampl. 3.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____ .**O lar que não chegou.** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=527, acesso em 15/1/2010.

_____ .**Adoção sem preconceito.** Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt, acesso em 20/6/09.

_____. **A Justiça e a Invisibilidade do Incesto.** Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt, acesso em 9/6/09.

DIAS, Maria Berenice. LARRATÉA, Roberta Vieira. A Constitucionalização das Uniões Homoafetivas. **Revista de Direito Civil e Processo Civil**, nº 32, set/out/2009.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.**São Paulo: Método, 2006.

DUARTE, Marcos. **Nova Lei Nacional de Adoção: a perda de uma chance de fazer justiça.** Disponível em: http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2597&Itemid=83, acesso em: 29/1/2010.

DWORKING, Ronald. ***Los Derechos em serio***. 2º Ed. Trad. De Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____ . **Direito de Família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____ . **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992.
FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do novo milênio.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2010.

_____. Direito à Família. *In* **Direitos Constitucionalizados**. Coordenadores LEÃO, Adroaldo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____ . **A separação judicial à luz do garantismo constitucional: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento.**Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FARIAS, Mariana de Oliveira. MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi Maia. **Adoção por Homossexuais. A Família Homoparental Sob o Olhar da Psicologia Jurídica.** Curitiba: Juruá, 2009.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para Homossexuais.** Curitiba: 2003.

_____. **Comentários à Nova Lei Nacional da Adoção:** Lei 12.010 de 2009. 1ª reimpressão 2010. Curitiba: 2010.

FRAGOSO, Ana Karina Ciríaco. Abandono afetivo: uma questão de personalidade. *In.* MIRANDA, Cláudio Américo de. **Revista da ESMAPE/Escola Superior da Magistratura de Pernambuco**, Recife: ESMAPE,v. 14, nº 29, jan/jun 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08, Família, Criança, Adolescente e Idoso.** São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Companheirismo: uma espécie de família.** 2ª ed ver e atual e am.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GARTRELL, Nanette; BOS, Henny. US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents. Disponível em: http://www.pediatrics.org, publicado on line em 07 de junho de 2010, acesso em:10/6/10.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais.**Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14 ed. Rio de janeiro: Forense, 2001.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática.** 2ª ed rev e ampl.Curitiba: Juruá, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HYGINO, Hércules de Carvalho. **Medicina Legal: texto e atlas.** São Paulo: Atheneu, 2008.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **União Estável: Análise Sociológica.**Curitiba:Juruá, 2003.

_____ .**Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: Princípios Éticos e Jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2006,

LIRA, Ricardo César Pereira. Breve Estudo sobre as Entidades Familiares. *In* **Repensando o Direito de Família**, Anais do I Congresso de Direito de Família, coord.PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ .**Entidades familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus.** Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552, acesso em: 23/9/2008.

_____ . Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre: Magister, v. 05, ago/set de 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História. Lições Introdutórias.** 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina.**Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____ .Filiação e Homossexualidade. *In.* PERREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e Dignidade Humana**. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2006

MATOS, Alderi Souza de. **A homossexualidade no ocidente: uma perspectiva histórica**. Disponível em: http://www.mackenzie.com.br/7146.html. Acesso em 20/4/2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** Rio de Janeiro: 2006.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de**. Curso de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
_____ . **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.**3ª ed. 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas.** Texto cedido pelo autor.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** v. IV, Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado.**Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000.

MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira.** Curitiba: Juruá, 2010.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição.** São Paulo: Método, 2008.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A instituição da família em a cidade antiga**.** *In* WOLKMER, Antonio Carlos(org.) **Fundamentos de História do Direito.** 4 ed. 2 tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n.1,Maringá 2006.
_____ . **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo:RT, 2002.

PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de família: desafios da contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.**nº 12, Porto Alegre: Magister, v. 12, out/nov, 2009.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Famílias Ensambladas e Parentalidade Socioafetiva- a Propósito da Sentença do Tribuna do Tribunal Constitucional, de 30.11.2007. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre: Magister, v. 07, dez/jan de 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** v. 5, Rio de Janeiro: 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Famílias Ensambladas e Parentalidade Socioafetiva- a Propósito da Sentença do Tribuna do Tribunal Constitucional, de 30.11.2007. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 07, dez/jan de 2009.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos Fundamentais e Relações Familiares.**Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção. *In* DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Direito de Família e o Novo Código Civil.** 3ª ed. 2tir, rev e atual e ampl.,Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar.** 2ª ed ver e atua. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Adoção por homossexuais. Fronteiras da família na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** Tradu. CICCO, Maria Cristina De. 1ª ed. rev. e ampl.Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERRIN, Ellen C. **Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex parents . Pediatrics**, Feb 2002; 109: 341 - 344. Disponível em: http://www.pediatrics.org/cgi/content/full/109/2/341, acesso em: 1/6/2010.

PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. *In* **Temas de Direitos Humanos.** PIOVESAN, Flávia. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RATZINGER, Josefh Card; AMATO, Ângelo. **Congregação para a Doutrina da Fé- Considerações Sobre os Projetos de Reconhecimento Legal das Uniões entre Pessoas Homossexuais.** Disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_po.html, acesso em: 15/2/2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva.

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

_____ .A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa.** ano 38, nº 149, jan/mar: Brasília, 2001.

_____.**O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano.** São Paulo: RT, 2002.

SAPKO, Vera Lúcia da Silva. **Do Direito à Paternidade e Maternidade dos Homossexuais.** Curitiba: Juruá, 2006.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *In* LEITE, George Salomão (org). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** 5ª Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade.** Disponível em : http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=396, acesso em: 5/5/2010.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais.** 3ª ed.Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Ivan Luiz da. Introdução aos princípios jurídicos. In. Ano 40, nº 160, out/dez/2003.**Revista de Informação Legislativa**: Brasília, 2003

SILVA, Roberto. **A construção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil.** Disponível em: http://www.ipea.gov.br/Destaques/abrigos/capit10.pdf, acesso em: 29/11/2009.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. *In.* SILVA, Virgílio Afonso. (org.) **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flávio. As Verdades Parentais e a Ação Vindicatória de Filho. *In* EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Leituras Complementares de Direito Civil. Direito das Famílias.** Salvador: JusPodivm, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
_____ .A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *In* **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como Efeito as Socioafetividade nas Famílias Recompostas. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre: Magister, v. 14, fev/mar 2010.

TORRES, Aimbere Francisco. **Adoção nas Relações Homoparentais.** São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** São Paulo: Atlas, 2003, p.324.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.