

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GABRIELA CRISTINA ZIEBERT DE LIMA

ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDIOS DA FILIAÇÃO HOMOAFETIVA E A  
POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO CONJUNTO DA ADOÇÃO

CURITIBA

2013

GABRIELA CRISTINA ZIEBERT DE LIMA

ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDIOS DA FILIAÇÃO HOMOAFETIVA E A  
POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO CONJUNTO DA ADOÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Ana Carla Harmatiuk Matos

CURITIBA

2013

A minha mãe, por absolutamente tudo.

E a Deus por nos fazer família.

*“Do rio que tudo arrasta se diz que é violento. Mas ninguém diz violentas as margens que o comprimem”.*

Bertold Brecht

## AGRADECIMENTOS

Talvez a parte mais difícil quando se conclui algo importante seja elencar todos aqueles que de alguma forma contribuíram para o resultado final: faltam palavras, sobram sentimentos. Não obstante a importância do trabalho em si ele representa também o fim de uma trajetória e o início da vida adulta, do exercício da profissão que felizmente foi escolhida de maneira inequivocamente acertada. Não há satisfação maior do que olhar para os cinco anos acadêmicos e ter a percepção de que foram efetivamente vividos, que a Universidade não se resumiu à sala de aula, sendo plenamente vivenciada. Desta forma, apontar todos os responsáveis pela concretização deste trabalho é uma tarefa bastante ousada. Mais adequado e justo é afirmar que foi feito a muitas mãos.

A Deus, por ser pai, mestre, amigo, mas nunca ausente, por conduzir toda a minha caminhada.

Aos meus pais, que diariamente foram e continuam sendo inspiração e motivação: não há palavras suficientes para agradecer toda uma vida de amor e cuidado. Que a minha gratidão e o meu amor possam ser demonstrados, ainda que apenas parcialmente, com os meus passos daqui para frente. Durante esses cinco anos especialmente, em que a vida adulta expõe a fragilidade mas impõe tomar alguns caminhos, o meu profundo reconhecimento por terem não só permitido, mas incentivado que eu escolhesse aquele que me faria feliz.

Os olhos atentos no primeiro ano da faculdade - diante da tentativa de entendimento de exemplos cotidianos para os quais nenhuma "lei" parecia trazer resposta - fizeram brotar desde logo a compreensão do papel do jurista enquanto ser humano para a construção de um direito mais digno. À Ana Carla, por desde o primeiro ano me incentivar no caminho da pesquisa, viabilizando minha vida acadêmica para que eu vivenciasse a Universidade para além da sala de aula. Fica aqui registrada minha mais absoluta e plena admiração. Por apontar caminhos, por dar as mãos para que sejam trilhados, por inspirar.

Ao meu avô, Armando Francisco Marzani, por me fazer sentir que a presença transcende a existência material e que a saudade é, por vezes, eterna companheira.

A minha avó, Ilse Pauli Bulow, por em sua simplicidade fazer transparecer a grandeza de seu espírito e com uma sabedoria ímpar guiar-me em cada passo.

Ao Matheus, meu pequeno homem, meu imenso amor, por compreender cada ausência, renovar meu espírito com cada sorriso e me manter criança.

À Yáskarah, por conciliar de forma excepcional a doçura, a bondade e a competência, despertando carinho e admiração tão grandes que não cabem em mim. Por estar sempre tão perto e caminhar junto...e por ser a melhor pessoa que eu conheço.

À Júlia, por me mostrar, desde a tenra idade, que os laços de afeto se sobrepõem a quaisquer outros, minha irmã, pela parceria incondicional de toda a vida.

À Mayra, por cuidar tanto de mim e caminhar ao meu lado incondicionalmente.

Ao Vini, por fazer suas as minhas conquistas, meu profundo amor...por você e pela amizade mais linda que eu já vi.

À Natália pelo encontro de ideias, pelo encontro de almas. Por estabelecer ao meu lado - com a sensibilidade que lhe é característica e que nos aproxima cada vez mais - o diálogo entre o mundo jurídico e a psicologia. Por ser você, por ser uma das partes mais bonitas de mim.

Ao Marcello, pelas ameaças produtivas e por me ajudar a tomar decisões quando a exaustão - somada à inaptidão natural - me impediam de fazê-lo sozinha. Pelo cuidado, paciência e boa vontade em revisar incansáveis vezes este trabalho. Por em tão pouco tempo ser tanto.

À Lívia, pela convivência diária que revelou uma afinidade imensurável, fazendo-nos compartilhar as angústias e alegrias jurídicas e pessoais. Por externalizar de maneira tão singular, sincera e acolhedora o carinho e o cuidado, fazendo-me sentir muito mais do que sou.

Ao Bruno, por ser sempre minha maior e melhor referência.

Ao meu time da faculdade: Paula, Aulus, Ricardo, Ana e Wilter. Pela parceria de absoluto sucesso que fez e ainda faz com que torçamos um pelo outro como por nós mesmos, e por tudo ter “dado certo” ao final.

À Paula, em particular, por ter feito da sinceridade a força motriz da nossa amizade nesses anos, fazendo com que admiração só não fosse maior do que o afeto.

À Débora, minha primeira amiga da faculdade, por ter se tornado uma companheira de vida, dividindo todas as angústias e conquistas pessoais e acadêmicas. Por colocar também na nossa amizade a dedicação que tem com tudo na vida, meu respeito e carinho incalculáveis.

Às minhas conciliadoras preferidas: Laís, Carol, Poli e Marina. Por mostrarem que sempre há tempo de reconhecer afetos.

## RESUMO

Muito embora a realidade social se imponha - exigindo a tutela jurídica do cidadão aparentemente afastado da previsão legislativa - a ausência de norma expressa acaba por despertar o sentimento de exclusão desses indivíduos, uma vez que precisam enfrentar batalhas judiciais para ver reconhecidos seus direitos - a princípio negados em razão da orientação sexual voltada para pessoas do mesmo sexo. A interpretação constitucional, já reconhecida pelo STF na ADPF 132, deve viabilizar o reconhecimento das relações homoafetivas como relações familiares, representando o rompimento com a família hierárquica e patriarcal. A inércia legislativa aniquila o direito à não-discriminação e é conivente também com a própria homofobia. A utópica neutralidade do direito deve ser posta em xeque quando o Estado deixa de agir e dessa inércia resulta uma parcialidade injusta e segregadora. O novo modelo de família tem suporte na afetividade, não havendo óbices materiais ou formais que impeçam a adoção por casais homoafetivos. A legislação traz como requisitos à adoção a existência de reais vantagens para o adotado, sendo evidente que a institucionalização das crianças apenas e tão somente resulta-lhes em prejuízo; o falso pretexto de proteção destes menores acaba por condená-los a passar toda sua infância e juventude afastados de qualquer convívio familiar. Independente da orientação sexual dos pais, a possibilidade de trazer uma criança para o seio de uma família substituta atende ao seu melhor interesse. Desta forma, negar essa possibilidade de filiação é uma punição deveras cruel para ambos, mutilando-se a esperança de se reconhecerem como filho e pais. Trazer esta questão a debate desmistifica falsos conceitos e frágeis premissas. Paulatinamente a doutrina, a jurisprudência e a sociedade de modo geral, também representada pelos movimentos sociais, avançam nesse caminho tortuoso vencendo preconceitos e impondo ao Estado o reconhecimento dos valores contemporâneos.

Palavras-chaves: direitos fundamentais, direito civil-constitucional, adoção, adoção por casais homoafetivos.



## ABSTRACT

Although social reality imposes - demanding legal guardianship to citizens apparently away from the legal protection - the absence of express legal norm evoke the feeling of exclusion of these individuals, as they have to face legal battles to see their rights recognized - initially denied because the sexual orientation of people of the same sex. The constitutional interpretation, as recognized by STF in ADPF 132, should facilitate the recognition of homosexual relationships as family relationships, representing a rupture with the hierarchical and patriarchal family. The legislative inertia annihilates the right to non-discrimination and is also complicit with the homophobia. The utopic neutrality of the law must be put into question when the State fails to act and its inertia results in an unfair and segregated partiality. The new model of family supports the affectivity, inexistent material or formal obstacles which impede the adoption by homosexual couples. The legislation establishes the existence of real advantages for the adoptee as a requirement to adopt, and it is evident that the institutionalization of children only results in loss to them; the false pretext of protecting these children end up condemning them to spend their entire childhood and youth away from any family coexistence. Regardless of the sexual orientation of the parents, the possibility of bringing a child into a substitute family serves his best interest. Thus, denying the possibility of filiation is a cruel punishment for both, mutilating the hope to recognize them as a child and parents. Bring this issue to debate demystify misconceptions and fragile assumptions. Gradually the doctrine, jurisprudence and society in general, also represented by social movements, advances through this tortuous path to overcome the prejudice and imposing State recognition of the contemporary values.

Keywords: fundamental rights, civil rights, affectivity, adoption, adoption by homosexual couples.

## SUMARIO

<b>RESUMO</b> .....	<b>05</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>06</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>08</b>
<b>1 A FAMÍLIA SOCIOAFETIVA</b> .....	<b>10</b>
1.1 A desbiologização da família.....	10
1.2 Perspectivas constitucionais de inserção da família homoafetiva .....	19
<b>2 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR</b> .....	<b>26</b>
2.1 A família homoafetiva: desafio ou falso problema? .....	27
2.2 Planejamento e convivência familiares como concretizadores do melhor interesse da criança.....	35
<b>3 ADOÇÃO</b> .....	<b>45</b>
3.1 A possibilidade da adoção homoafetiva conjunta no Brasil.....	46
3.2 Aspectos sociais.....	57
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>66</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>68</b>

## INTRODUÇÃO

O desejo de vivenciar a maternidade/paternidade é algo inerente à condição humana – ainda que não se faça presente em todos os indivíduos - que não deixa de estar presente naqueles cuja orientação sexual se volta para uma pessoa do mesmo sexo. A adoção é a forma de inserção de uma criança/ jovem em uma família substituta e viabilizando a formação de uma entidade familiar e o reconhecimento daquele que quer ser pai/ mãe por aquele que, já com os traumas do abandono, esperava a possibilidade de ver inserido em um ambiente familiar.

Não cabe ao Estado exercer um controle sobre a afetividade, nem aos seus órgãos de soberania regular os sentimentos de quem quer que seja; muito pelo contrário, é seu dever garantir que o exercício dessa autonomia seja respeitado. Não faz sentido que a esfera mais pessoal do indivíduo seja objeto de regulação estatal, ainda mais para cercear e mutilar os direitos mais essenciais de um cidadão quando este assume para a sociedade a sua realidade como ser humano.

A família homoafetiva existe e existe porque é um fato da vida. As pessoas se relacionam e, em algum momento, o projeto de vida em comum se externaliza na formação de uma entidade familiar. Entidade familiar não porque composta por um homem e uma mulher, ou dois homens, ou duas mulheres, mas porque há a necessidade para realização pessoal do indivíduo sujeito de direito de constituir família.

Se o legislador calou, cabe aos operadores do direito viabilizar o reconhecimento desses núcleos familiares que não são uma possibilidade, mas um fato. Impedir que uma pessoa assuma aquela que é a sua verdade mais íntima porque desta exposição possa resultar cerceamento de direitos é negar o texto constitucional e menosprezar essas pessoas; é dizer para a sociedade que essas pessoas valem menos pelo fato de seu afeto residir em outras do mesmo sexo.

Concomitantemente, os dados estarrecedores da infância brasileira revelam a incapacidade estatal de efetivar as promessas constitucionais: o abandono e as consequências traumáticas e irreversíveis do desenvolvimento infantil em abrigos mal estruturados demonstram o fracasso nacional no que diz respeito à proteção da

criança, tão tutelada no âmbito formal e paradoxalmente abandonada pelo poder público e pela sociedade de modo geral.

Neste cenário, inadmissível que se negue a esses menores a possibilidade de estarem inseridos em uma família substituta apta a oferecer-lhes estrutura material, social e psicológica que jamais teriam se crescessem em instituições. Quando se obstaculiza o processo de adoção – que por si só já apresenta tantas falhas, sendo a morosidade a mais perigosa – tendo como justificativa a orientação sexual daqueles que manifestam a necessidade existencial de serem pais ou mães, está se aplicando a pena mais cruel às crianças abrigadas e condenando-as, muito provavelmente, a nunca reconhecerem o que seja um lar de afeto, carinho, acolhimento e cuidado, a serem privadas de se inserir em um ambiente familiar e compreender-se como parte dele.

## 1 A FAMÍLIA SOCIOAFETIVA

Num passado não muito distante a família era vista como um núcleo econômico, voltado à procriação e à manutenção do patrimônio familiar num âmbito restrito de pessoas ligadas pela consanguinidade. A hierarquia entre seus membros era característica estruturante, bem como a chefia pelo homem.

A paternidade passou por um processo de ressignificação e não mais encontra alicerce no aspecto econômico, fazendo emergir o afeto como suporte das relações familiares e, por isso, como valor jurídico a ser tutelado.

Deste contexto se extrai a pretensão de buscar revelar as dimensões e a importância das novas configurações do Direito de Família.

Cristalina a dificuldade do direito em acompanhar as demandas sociais: temos por base o Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Nova Lei de Adoção<sup>1</sup>, entretanto, por vezes, não suficientes. Como afirma Roberto Lyra Filho<sup>2</sup>, Direito e lei não se identificam, o Estado age no sentido de convencer que as contradições se encerraram, como se não houvesse direito a ser buscado a não ser aquele que está na lei. “Nesta perspectiva, quando buscamos o que o Direito é, estamos antes perguntando o que ele vem a ser, nas transformações incessantes do seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico e social.” Buscar a pluralidade de fontes do direito para trazer algumas respostas mostra-se imprescindível, ainda que, claramente, não encerrem a questão.

### 1.1 A desbiologização da família

O direito à verdade socioafetiva, até muito recentemente, era marginalizado e até mesmo desconsiderado no ordenamento jurídico nacional; configurava-se a

---

<sup>1</sup> Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009.

<sup>2</sup> LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. São Paulo: Brasiliense, 11ª ed. p.3.

supremacia da verdade biológica, enquanto as outras expressões da paternidade eram valorizadas somente em outras áreas do conhecimento, como, por exemplo, a psicologia. Apesar da importância da filiação biológica, ela não mais reina absoluta: nos dias atuais tem-se, portanto, a compreensão de que deve prevalecer, por vezes, a verdade jurídica, ainda que para abrigar uma filiação fictícia.<sup>3</sup>

Os laços afetivos passaram paulatinamente a ser contemplados pela doutrina e jurisprudência brasileiras, expressando, portanto, uma interpretação extensiva e de índole constitucional, uma vez que não contemplada de modo expreso na lei específica. Como relata Luiz Edson FACHIN<sup>4</sup>, as mudanças foram possíveis a partir da consagração do princípio da igualdade, pois até então o próprio Código Civil brasileiro discriminava explicitamente e hierarquizava a filiação. Além disso, classificava os filhos taxativamente como legítimos e ilegítimos, esses que poderiam ser reconhecidos, ao passo que os filhos chamados incestuosos ou adúlteros, não, o que expressava o caráter discriminatório do ordenamento jurídico.

Para Maria Berenice DIAS<sup>5</sup>, o que perpetuou esse tratamento tão cruel e discriminatório entre os filhos foi a necessidade de se preservar aquilo que até então era o “núcleo da família”, que era o patrimônio familiar. Além disso, o adultério que era visto como uma falta cometida pelos pais, gerava, por vezes, filhos os quais eram marginalizados, punidos pelos considerados “erros” dos pais.

O instituto da adoção era tratado de modo muito diverso do atual. Como demonstra SOUZA<sup>6</sup>, o Código Civil de 1916 trazia inúmeros dispositivos que a limitavam e dificultavam sua configuração, bem como impunha requisitos difíceis de se configurarem simultaneamente, o que a inviabilizava e a deixava muito distante da realidade social. Tal posição do legislador se justificava com as demais discriminações do sistema, uma vez que a adoção contemplava o reconhecimento de filhos então chamados adúlteros e incestuosos, trazendo-os para o núcleo da família brasileira e, por consequência, para a proteção do direito, o que não convergia com a tutela

---

<sup>3</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 33.

<sup>4</sup> Ibidem. p. 20

<sup>5</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p.322.

<sup>6</sup> SOUZA, Rosângela de Moraes. *Evolução histórica da adoção*. Revista Humanidades, nº 27, 1992. p.54.

centrada no casamento e nos filhos legítimos, referenciais da nossa primeira codificação.

Ainda, em se tratando do reconhecimento da paternidade<sup>7</sup>, que somente era permitido aos filhos ilegítimos naturais, devemos salientar que as exigências estabelecidas no Código para que ela pudesse se configurar era de difícil comprovação, pois o artigo 363 do Código Civil 1916<sup>8</sup> elencava condições para se demandar o reconhecimento da paternidade em vias judiciais: os pais deveriam ser concubinos, a concepção do filho deveria coincidir com o rapto da mãe ou a existência de um escrito no qual o suposto pai reconhecesse a paternidade.

Hoje, no Direito de Família, entende-se que na maior parte dos casos o mais justo é tratar como pai aquele que como pai age.<sup>9</sup> O sistema atual não mais diferencia filhos concebidos dentro ou fora do casamento, sendo que todos têm o direito de ter sua paternidade reconhecida, ocupando papel central nas relações familiares, cujo elemento fundamental é o afeto. “Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psicoafetiva.”<sup>10</sup>

A discriminação institucionalizada da filiação permaneceu no ordenamento jurídico brasileiro por mais de setenta anos sendo somente proibida explicitamente qualquer discriminação entre os filhos com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227 §6º<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> ZENI, Bruna Schindwein. A evolução histórico-legal da filiação no Brasil. *Direito em debate*, Ano XVII, nº 31, 2009. p. 4.

<sup>8</sup> Art. 363: Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai; II - se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; III - se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

<sup>9</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.144.

<sup>10</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 35.

<sup>11</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º - 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.

O diploma constitucional supramencionado se apresenta como um marco no direito de filiação, revogando, enquanto norma hierarquicamente superior, os dispositivos do Código Civil que confrontavam suas determinações. Segundo FACHIN,<sup>12</sup> reconheceu-se que o número de filhos sem tutela jurídica era muito grande, exigindo-se, assim, uma reforma, em nome da igualdade.

Da mesma forma, a descoberta e a popularização do exame de DNA trouxe outras perspectivas para a questão da paternidade, sendo possível chegarmos a uma situação quase de certeza em relação à filiação biológica. Assim, autores, como Maria Cristina de ALMEIDA, alertam que o conhecimento da origem genética é uma necessidade humana<sup>13</sup>, consubstanciando-se a necessidade de harmonização de direitos fundamentais em linha de colisão na qual deve prevalecer o direito do filho a sua verdade genética.

Ao longo do século XIX, as questões familiares começam a ser trazidas para o âmbito do direito e, ao mesmo tempo, afastadas da esfera religiosa e o instituto “família” passou a ser entendido de forma mais restrita, no sentido de abranger somente aquelas pessoas mais próximas, de convivência mais intensa; nas palavras de Maria Berenice DIAS, “tornou-se nuclear”<sup>14</sup>. Além disso, aumentou o número de famílias constituídas fora do casamento, o divórcio em índices bastante significativos, famílias naturais não matrimonializadas, a família homoafetiva, a monoparental e diversas questões não previstas na legislação, mas diante das quais o direito não pode se abster.

A legislação que contemplava apenas uma modalidade de família e que impossibilitava sua dissolução, fazendo com que vários direitos restassem excluídos da esfera de atuação estatal para preservar o vínculo matrimonial, é paradigmaticamente alterada com o advento da Constituição Federal de 1988, entre outros diplomas

---

<sup>12</sup> FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: *relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 42.

<sup>13</sup> ALMEIDA, Maria Cristina de. *Direito à identidade pessoal e estado de filiação*: contributo à tutela da dignidade da pessoa humana. Curitiba: UFPR, 2002. p.83. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice. Quem é o pai? (Do filho presumido). Disponível em: <<http://www.pailegal.net/ser-pai/407>>. Acesso em



legislativos, que passam a “proteger de forma igualitária todos os seus membros”<sup>15</sup>: homens e mulheres, pais e filhos, filhos, que passam a ter suas relações reguladas em sede constitucional.

As questões familiares passam a ser matéria de Estado, que interfere para proteger o cidadão em aspectos que deixam de pertencer exclusivamente à esfera privada do indivíduo; desta forma, família passou a ser identificada como o vínculo afetivo que relaciona seus membros. Importantes alterações ocorreram como o reconhecimento da união estável, a dissolução do casamento através do divórcio, e, mais recentemente o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal – ADPF 132/RJ - da união homoafetiva como entidade familiar, fazendo com que o Código Civil então vigente deixe de ser a lei fundamental do Direito de Família<sup>16</sup> e tenha que se adequar para não confrontar a norma superior.

Da desbiologização<sup>17</sup> da paternidade se extrai a noção de que esta antes é um fato cultural do que meramente natural e biológico bem como se sustenta que a verdade genética não necessariamente se confunde com a investigação de paternidade, uma vez que dessa coincidência resultaria uma perda de referencial e ignoraria o feixe de relações jurídicas decorrentes da relação paterno-filial.

Não há que se sustentar que o pai jurídico seja sempre o pai natural, como se o exercício da paternidade coincidissem com a origem genética, sem reconhecer a efetiva separação dos papéis daquele que gerou e daquele que exerce a paternidade. Para Gustavo TEPEDINO<sup>18</sup>, inclusive, a verdade biológica só deveria ser buscada quando para atender ao melhor interesse da criança, sendo sacrificada nas outras hipóteses.

Embora em um primeiro momento parecesse inócuo falar em família e afeto, a historicidade do Direito de Família revela que nem sempre estiveram tão estritamente

---

<sup>15</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 31.

<sup>16</sup> FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: *relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 83.

<sup>17</sup> VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, ano XXVIII, nº21. p. 401.

<sup>18</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 474.

vinculados, sendo a paternidade, hoje, reconhecidamente, a externalização do cuidado, do amor e do carinho fraternos dedicados uns aos outros no ambiente familiar.

Se, no passado, vivenciamos a superioridade da filiação consanguínea, com a pretensão de manutenção da família tida como legítima e do patrimônio dessa estrutura familiar, tem-se, atualmente, a valorização da afetividade, a supremacia do amor, que é o verdadeiro núcleo estruturante das relações familiares.

Diante da evidente transformação do núcleo familiar, permeado agora por valores pessoais e não mais patrimoniais, o prestígio à consanguinidade perde espaço: neste contexto da repersonalização das relações familiares e da constitucionalização do Direito Civil, como bem aponta ALBUQUERQUE<sup>19</sup>, o escopo da filiação socioafetiva é consolidar a posse do estado de filho com base no afeto.

A doutrina<sup>20</sup> identifica por posse de estado de filho, a reunião de três elementos clássicos: a *nominatio*, que implica a utilização pelo suposto filho do patronímico, a *tractatio*, que se revela no tratamento a ele deferido pelo pai, assegurando-lhe manutenção, educação e instrução, e a *reputatio*, representando a fama ou notoriedade social de tal filiação.

A legislação brasileira é muito tímida, fazendo com que o julgador e a doutrina tenham que trabalhar à luz dos princípios constitucionais para buscar quais elementos traduziriam a paternidade mais condizente com a realidade daqueles que a procuram. Para o Prof. FACHIN<sup>21</sup>, a posse de estado de filho é uma noção flutuante cuja função é trazer para o mundo jurídico a realidade social, sendo um balanceamento entre a verdade biológica e a realidade afetiva: havendo uma verdade aparente, que é externalizada, não pode o Direito ignorá-la por falta de previsão legal, e a sua não identificação com a verdade biológica não invalida a configuração da posse de estado de filho. O entendimento seria, então, o de que a posse de estado de filho seja a tradução da verdadeira filiação.

<sup>19</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à Brasileira e a Verdade do Registro Civil. In: Família e Dignidade Humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família; Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thomsom, 2006. p. 347.

<sup>20</sup> Tratam do assunto: FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992. p. 54, e também DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 372.

<sup>21</sup> FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: *relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 65.

A interpretação das normas que regulam essas questões do Direito de Família devem considerar as construções doutrinária e jurisprudencial da temática, evocando a importância da pessoa no viés da interpretação constitucional.

A partir de uma análise sistemática no contexto contemporâneo não parece razoável considerar que a falta de previsão normativa expressa exclua a afetividade da tutela estatal. Se o conceito de família passa a ser compreendido como o espaço do exercício do afeto que, como revela Paulo LÔBO<sup>22</sup>, é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares, extrai-se como consequência natural que o valor social passe a ser apreendido como um valor jurídico. Conforme conclui o autor, inclusive, ele seria um princípio constitucional decorrente dos princípios da dignidade e da solidariedade, refletindo, ao mesmo tempo, direitos e deveres.

Num cenário em que se busca a efetividade máxima dos valores constitucionais, sua amplitude e extensão sobre os fatos da vida e as regulamentações legislativas, não faz mais sentido a correspondência entre laços familiares e laços biológicos como dado único ou superior. A ausência de regra expressa não pode refletir em restrição de direitos, mas deve ser concebida como uma exemplificação, de modo a não afastar núcleos familiares da proteção estatal.

O reconhecimento das entidades familiares deve refletir a realidade da vida, sendo o afeto não apenas uma característica, mas sua a estrutura basilar. Tem-se, portanto, nas construções jurisprudenciais e doutrinárias a solidificação do valor da afetividade nas relações familiares e, prioritariamente, nas relações de filiação. A verdade que é construída no cotidiano com base no amor, no afeto e no amparo ganha destaque ao lado da verdade biológica. Assim, a complexidade da realidade fática dará os componentes informadores da “verdadeira filiação”, direito essencial que compõe o núcleo central da dignidade humana - centro do nosso ordenamento jurídico, princípio para cuja concretização se volta toda a sociedade.

O enfrentamento do preconceito em suas mais diversas facetas precisa ser visto como uma proteção não somente do indivíduo que mais diretamente sofre seus efeitos, mas de todo o grupo e da sociedade, na medida em que as condutas discriminatórias afetam a participação de indivíduos e do grupo no seio social: legitimar

---

<sup>22</sup> LÔBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52.

a exclusão implica condicionar e limitar a liberdade daquele que é discriminado, daí poder-se afirmar que a questão transcende a esfera individual e passa a ser responsabilidade coletiva.

Como destaca Paulo Mota Pinto<sup>23</sup>:

A autonomia privada, enquanto liberdade de modelação da própria esfera jurídica, é justamente o poder de fazer escolhas e diferenciações, e de as fazer não segundo critérios objetivos – de conveniência econômica, de razoabilidade, de igualdade social e etc.-, mas antes segundo o livre arbítrio do sujeito (...) que seria destruído pela tentativa de imposição de critérios objetivos que não pudessem ser contrariados pela vontade o ou, até, por uma liberdade puramente emotiva.

Como bem alertam Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk<sup>24</sup>, as questões juridicamente relevantes não se restringem aos modelos legislativos expressos, os quais não dão conta de oferecer todas as respostas à complexidade da vida. A esse respeito, aduzem:

Se o sujeito, ainda que abstrato é o elemento unificador do sistema, mais cedo ou mais tarde a sua abstração implicaria uma crise de legitimação de um direito que, embora discursivamente centrado no sujeito, afasta-se da realidade concreta, sem ter olhos para as desigualdades concretas e para a exclusão daqueles que não se inserem no modelo jurídico.

Os autores observam que o direito subjetivo parece equivocadamente emergir não em decorrência da pessoa e da tutela de sua dignidade, novo referencial que teoricamente se insere no sistema, mas dependeria da concretização do modelo previsto em abstrato, o que não parece ser a leitura mais adequada e a interpretação que mais dialoga com a sistemática da constituição, uma vez que se exclui aquilo que não está legislado. Afirmam que, se o centro do ordenamento passa a ser a pessoa, possível e necessária a racionalidade que permita a abertura do sistema para

---

<sup>23</sup> PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 382.

<sup>24</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 96.

recepcionar o dado da vida que transcende a questão técnica de (i)lícitude decorrente da ausência ou existência de prévia regulamentação legal.

Neste sentido:

A nova racionalidade, na perspectiva dos que preconizam um sistema normativamente fechado, produz um “caos” em sua internalidade. É precisamente esse pretense “caos”, contudo, que pode permitir a modificação da racionalidade excludente, assegurando a efetividade dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas.

Outrossim, o que se busca é a emancipação do indivíduo, o que somente se viabiliza com um sistema poroso, que não se esgote no ordenamento positivo, uma vez que a forma não é um fim em si mesma, mas opera como instrumento para a busca da efetivação dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 consagra o princípio da dignidade humana como elemento basilar da ordem jurídica brasileira: isto significa que o direito não mais encontra embasamento em valores individualistas, mas na noção de busca por uma sistematização normativa capaz de proteger a dimensão existencial da pessoa. Esta dimensão, contudo, não pode assumir contornos tão abstratos que inviabilizem sua efetivação, devendo ser interpretado conforme propõe Maria Celina Bodin de Moraes<sup>25</sup>, como cláusula geral de tutela da pessoa. Assim, esta cláusula garante não somente a não violação por parte do Estado como também a proteção ativa por parte dele.

A dignidade da pessoa humana não pode ser vista, portanto, como panaceia, sob pena de esvaziar-se de sentido; isso significa que a dimensão de abstração da interpretação principiológica deve servir como instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais no caso concreto e não para legitimar a extrapolação desenfreada dos modelos positivados conforme a conveniência e oportunidade do intérprete.

---

<sup>25</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 143.

## 1.2 Perspectivas constitucionais de inserção da família homoafetiva

Nesta época de renascimento e intensificação do direito constitucional, em que é necessário espalhá-lo materialmente na construção e na aplicação de todas as normas: o direito experimenta, sobretudo a nível constitucional, uma demanda de transformações decorrente da racionalidade inerente à nossa vivência e realidade. Não se pode abrir mão, no caso concreto, de compreender para quem se dedica a aplicação da norma. A atividade de interpretação é também criadora, na medida em que reconstrói e reconstitui o sentido e a coerência normativa caso a caso, devendo respeito aos valores mais significativos a uma dada sociedade num período histórico.

O diploma constitucional brasileiro traz expressamente o casamento, a união estável heterossexual e a família monoparental<sup>26</sup> como entidades familiares a cujo caput do artigo 226 confere especial proteção do Estado.

O casamento sempre foi tido como o modelo clássico de família, gozando desde os tempos mais longínquos de especial estima social e de tutela incondicional do Estado, por vezes, inclusive, excessivos, uma vez que possibilitou até muito recentemente um tratamento desigual entre indivíduos e absoluta indiferença em relação a outros, como já explicitado anteriormente. Seja por supervalorização do patrimônio, que deveria permanecer no núcleo familiar em que se originou, seja pelo prestígio à consanguinidade ou pela influência da moral religiosa, o matrimônio historicamente foi compreendido como a forma legítima de união em busca do projeto de vida voltado à procriação, hierárquico e patriarcal, por excelência.

A união estável heterossexual, por sua vez, claramente se impôs enquanto fato da vida, fazendo com que ao ordenamento jurídico, mais uma vez inicialmente por meio do poder judiciário e da doutrina nacionais, não houvesse alternativa que não conferir a tutela adequada a essas relações, flexibilizando-se a restrição de direitos e

---

<sup>26</sup> Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 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.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

conferindo-lhes paulatinamente reconhecimento jurídico, até que, com o advento da Carta Constitucional, fosse admitida como entidade familiar. Importante ressaltar, contudo, que o matrimônio ainda desfruta de espaço privilegiado, vez que o constituinte preceituou expressamente<sup>27</sup> o dever de se facilitar a conversão da união estável em casamento.

Quanto à família monoparental, ou seja, aquela que se compõe por um dos pais e seus filhos, novamente se observa que a realidade brasileira<sup>28</sup> exigiu do Estado uma resposta, de modo que a realidade de grande parte das famílias não pudesse ficar à margem da sociedade, ignoradas como um dado social irrelevante para o direito. Assim, o constituinte trouxe esta modalidade familiar expressamente no texto constitucional.

Isto posto, cabe salientar que o rol previsto pela Constituição é meramente exemplificativo<sup>29</sup>: as leis e as normas devem ser compreendidas como norteadoras para o direito, como materialização dos valores socialmente relevantes, sendo certo que promover a igualdade entre as pessoas pressupõe uma abertura normativa capaz de permitir a renovação e a adequação do direito positivado aos princípios constitucionais.

Neste contexto emerge o que a doutrina mais atual<sup>30</sup> entende por pluralidade das relações familiares, com a necessidade de reconhecer-se a existência de famíliaS, as quais, muito embora implícitas, também merecem tutela e reconhecimento jurídicos. Imperioso ressaltar que inúmeras são as maneiras pelas quais os indivíduos possam compor e recompor seus núcleos familiares, não cabendo ao legislador, ao jurista, ao julgador ou a quem quer que seja prestigiar algumas modalidades em face da exclusão de outras. A título exemplificativo mencionam-se a família recomposta, as simultâneas,

---

<sup>27</sup> Artigo 226, §3º.

<sup>28</sup> Dados fornecidos pelo IBGE, extraídos do último censo realizado no Brasil – 2010 – revelam que 18,6% das famílias brasileiras são monoparentais. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000010435610212012563616217748.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

<sup>29</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nesser; RORHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Família e Dignidade Humana: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p.507.

<sup>30</sup> A título exemplificativo: Luiz Edson Fachin, Paulo Lôbo, Ana Carla Harmatiuk Matos, Maria Berenice Dias.

a superposição de papéis parentais, bem como a família homoafetiva, objeto deste trabalho<sup>31</sup>.

Conforme se depreende das reflexões de GIRARDI<sup>32</sup>, ao longo da história, os aspectos individuais da homossexualidade foram ora tolerados, ora aceitos, ora rejeitados, proibidos, vistos como um distúrbio, uma doença, mas desde o século XX essa concepção patológica da orientação sexual vem sendo abandonada, muito embora isso não signifique que haja uma postura uníssona nas diversas sociedades.

A autora alerta para o fato de que apesar da homossexualidade ser um fato da vida que acompanha a história da humanidade, diversas foram as formas como ela foi percebida e compreendida ao longo do tempo. Em algumas sociedades era repudiada, rechaçada, vista como algo muito grave que precisava ser combatido, chegando ao extremo de ser criminalizada; em outras, nem chegava a ser uma preocupação do Estado, dizendo respeito à intimidade e a privacidade de cada um, apenas.

Assim, o desejo pela pessoa do mesmo sexo não é, em si, um advento da sociedade pós-moderna, conforme discorre a jurista, tendo em vista que historicamente é algo que se desenvolve de forma natural: o exercício da sexualidade pela humanidade, diferente do que se costuma afirmar, não segue padrões, o modelo heterossexual é aquele que sempre esteve compreendido num conceito de normalidade pela sociedade, mas a relação homoafetiva não é um novo modelo de relacionamento, sempre esteve presente em decorrência de ser a orientação sexual um dado da vida, algo natural no exercício da intimidade de cada um.

GIRARDI dedica<sup>33</sup> em seu livro um capítulo para os princípios da dignidade humana e do direito à orientação sexual e desenvolve o raciocínio no sentido de ser um direito fundamental, no exercício da dignidade humana que os homossexuais vejam seus direitos efetivados e a resposta à omissão do legislador seja a concretização das promessas constitucionais.

---

<sup>31</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A família na Constituição Federal: Perspectiva civil-constitucional. In: *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 130.

<sup>32</sup> GIRARDI, Viviane. Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. *A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 66-72.

<sup>33</sup> *Ibidem*. p. 47-65.



Para a autora, o respeito à orientação sexual é reflexo da autodeterminação inerente ao princípio da dignidade, sendo direito personalíssimo que cada ser humano seja “sujeito de sua própria existência”<sup>34</sup> e não privado de exercer livremente aquela que é a sua verdade íntima.

Em alguns países é garantida a plenitude de direitos para todos os cidadãos, sendo o casamento e a adoção, por exemplo, possibilidades naturais do pleno exercício das capacidades civis dos indivíduos; em outros, é crime castigado com pena de morte<sup>35</sup> e temos países, como o Brasil, ainda tímidos no que concerne ao tratamento das questões homossexuais, mas que, de alguma forma, normalmente através do Poder Judiciário, caminham em direção à concretização dos ideais democráticos.

No Brasil, o meio pelo qual as conquistas vêm sendo viabilizadas é o Poder Judiciário: a falta de regulamentação positiva logicamente não impediu que os fatos sociais exigissem, também neste caso, uma postura do Estado o qual precisa dar uma resposta às demandas nas quais é chamado a atuar, independentemente da omissão legislativa.

Em 2011 o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar no julgamento de ADPF 132<sup>36</sup>, representando um marco na luta de juristas, doutrinadores e dos movimentos sociais que há muito batalhavam pelo reconhecimento da causa homossexual, sobre cujos efeitos tratar-se-ão no capítulo seguinte deste trabalho.

Operadores do direito se utilizavam dos mais diversos meios para que o descompasso entre a realidade social e a jurídica se estreitasse e para que essas pessoas pudessem adentrar a esfera jurídica com a sua verdade. Conforme ensina Ana

---

<sup>34</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 57.

<sup>35</sup> O homossexualismo é castigado com a morte em pelo menos cinco países: Maurîtânia, Arábia Saudita, Sudão, Irã e Iêmen. E dois outros governos, o da Nigéria e o da Somália, seguem pelo mesmo caminho. Essa é a conclusão do último relatório sobre os direitos de gays e lésbicas no mundo feito pela ILGA (Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais). Disponível em: <<http://noticias.r7.com/internacional/noticias/homossexualismo-e-crime-castigado-com-a-morte-em-cinco-paises-20090929.html>>. Acesso em 16 de agosto de 2013.

<sup>36</sup> STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

Carla Harmatiuk MATOS<sup>37</sup>, a questão central não pode jamais ser procurar uma causa para a homossexualidade, sob o risco de tratá-la como um distúrbio, algo que possa ser solucionado por ser um problema. A autora ressalta, ainda, que os motivos pelos quais uma pessoa encontra seu desejo em outras do mesmo sexo são os mesmos pelos quais um heterossexual o faz no sexo oposto, mas com a diferença de que estes não precisam se justificar e demonstrar serem merecedores dos direitos que lhe são inerentes por serem pessoas e não por terem uma ou outra orientação sexual. Oportuno mencionar a reflexão de Francisco de Assis Figueiredo quando afirma que independentemente da orientação sexual do indivíduo, este tem necessidade de realizar-se, não apenas sexualmente, mas, sobretudo, afetivamente.<sup>38</sup>

O modelo clássico da família patriarcal perde espaço na contemporaneidade para os laços familiares de afeto, solidariedade e comunhão de esforços para a construção daquilo que hoje se entende por família; nas palavras de Michele Perrot, “O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano”<sup>39</sup>, ou seja, a família hoje plural e aberta representaria a externalização do cuidado, do amor e do carinho fraternos dedicados uns aos outros no ambiente familiar e o direito não pode ficar inerte esperando a norma positivada e sendo objeto de negociação política.

Como ensina a autora supracitada<sup>40</sup>, a conjugalidade por si só faz parte da sociedade, inclusive das relações homoafetivas, conseqüentemente cada uma busca amoldar a forma de família que preenche as suas necessidades e as da família contemporânea são a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de amor e

---

<sup>37</sup> “Preferimos mencionar, nesse aspecto, primeiramente os dados dos pesquisadores sobre a incidência da homossexualidade, ao invés de iniciar o debate perquirindo sua origem. Acreditamos que a insistência na busca das razões da homossexualidade pode estar dentro de uma lógica discriminatória – descobrir a causa do “problema”.(...) Após verificadas as pesquisas mais citadas, pode-se afirmar que, provavelmente, os fatores determinantes para uma pessoa ter sua orientação sexual dirigida para pessoas de seu mesmo sexo sejam ao mesmos que levam as pessoas heterossexuais a terem sua afetividade e sexualidade dirigidas para o sexo oposto. Entretanto, há uma substancial diferença: os heterossexuais não necessitam argumentar sobre as razões da existência de sua orientação sexual e justificar a legitimidade de sua luta por direitos.” MATOS, Ana Carla Harmatiuk. União entre pessoas do mesmo sexo: *aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2004. p.43 a 45.

<sup>38</sup> FIGUEIREDO, Francisco de Assis. Família Isossexual. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: livraria do advogado, 2006. p. 422.

<sup>39</sup> PERROT, Michelle. O nó e o ninho: *Reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993. p. 81.

<sup>40</sup> Ibidem. p. 75.

de afeto; sendo que passamos a recusar o modelo “excessivamente rígido” para, ao invés disso, aceitar as diversas realidades latentes sem negar nenhuma delas.

A principal dificuldade que permeia a família homoafetiva é a ausência da norma positivada. Grande parte dos homossexuais sequer têm conhecimento da amplitude de direitos que lhe são negados, somente se conscientizando no mesmo momento em que é necessário bater às portas do Judiciário para pedir providências acerca de alguma questão não regulamentada.

Diante dessas situações, o texto constitucional dita normas que procuram estruturar uma convivência digna e livre entre todas as pessoas, e dessas pessoas com o Estado, sendo a Constituição Federal e os princípios trazidos por ela que devem nortear a solução no caso concreto. Logo, diante da lacuna da lei expressa, a interpretação razoável é aquela que absorve os valores morais e políticos, sendo dever do intérprete dar-lhe unidade e coerência.

Não se pode admitir a ausência de proteção jurídica do indivíduo em nenhuma circunstância e sob nenhuma justificativa. Se há uma realidade de exclusão da esfera jurídica estatal isso precisa ser visto como algo que escapa à normalidade, algo que o próprio ordenamento não comporta, porque deve ser, por princípio, incluyente e não cerceador.

Se há a preocupação de se tutelar a família, a criança, o indivíduo e essas preocupações são trazidas a nível constitucional, significa que foram elevadas ao mais alto patamar e que se deve rejeitar qualquer outra norma que colida com elas, significa que são, sobretudo, valores aceitos e reconhecidos como bens jurídicos fundamentais.

Tem-se, hoje, que “o direito não pode ter como objetivo principal conservar formas, mas sim a humanidade.”<sup>41</sup> Isso quer dizer que estamos diante de uma contemporaneidade dinâmica, diante da qual o direito frequentemente não tem condições de se antecipar e, por esse motivo, deve posteriormente reconhecer os fatos da vida que o surpreendem.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> ALMEIDA, Maria Cristina de. Direito à identidade pessoal e estado de filiação: *contributo à tutela da dignidade da pessoa humana*. Curitiba: UFPR, 2002. p. 150. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

<sup>42</sup> FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: *relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 96.

A tutela da pessoa humana como centro do sistema, e, não mais as relações de patrimonialidade, trazem a noção de repersonalização das relações familiares. Fenômeno no qual, como nos traduz Paulo LÔBO<sup>43</sup>, as relações consanguíneas perdem espaço para os laços de afetividade, tutelando-se, sobretudo, o princípio da dignidade humana, como reafirmação da noção essencial de família, que é, de fato, o humanismo, a solidariedade que se constrói nessas relações.

Houve uma alteração significativa no núcleo das relações familiares ao longo do tempo, com as normas se ajustando ao pensamento da sociedade e nos colocando diante de “imperiosos novos referenciais, pois não mais se pode buscar nem na verdade jurídica nem na realidade biológica a identificação dos vínculos familiares”<sup>44</sup>. A família homoafetiva é uma realidade que está posta, não comportando o ordenamento jurídico brasileiro qualquer tipo de discriminação.

Se temos um núcleo de amor, de projeto de vida em comum, um lar conjugal e, como nos traz a Prof<sup>a</sup>. Maria Celina Bodin MORAES, se há constituído “um espaço de troca de afetos, assistência material e moral, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes”<sup>45</sup>, há que se falar, necessariamente, em entidade familiar, protegida constitucionalmente em decorrência de sua natureza.

A família composta por indivíduos homossexuais deve, portanto, ser assim identificada, não parecendo razoável que seja excluída de qualquer previsão normativa que regulamente a família heterossexual: em se tratando de pessoas que se unem com um projeto de vida comum, natural que assim sejam reconhecidas social e juridicamente.

---

<sup>43</sup> LÔBO. Paulo. A repersonalização das relações de família. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>. Acesso em: 27 de setembro de 2013.

<sup>44</sup> DIAS, Maria Berenice. Quem é o pai? (Do filho presumido). Disponível em: <<http://www.pailegal.net/ser-pai/407>>. Acesso em 16 de agosto de 2013.

<sup>45</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A União entre pessoas do mesmo sexo: *uma análise sob a perspectiva civil-constitucional*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, Ano I, Vol.1. Jan/Mar 2000. p. 108.

## 2 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

A reflexão acerca da família e seu papel social, em especial na formação das crianças, e as consequências das rupturas dos vínculos familiares, deve sempre feita à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A convivência familiar “antes de ser um direito, é uma necessidade vital da criança, no mesmo patamar de importância do direito fundamental à vida.”<sup>46</sup> Sabe-se que “durante toda a sua vida, é na família que o indivíduo encontra conforto e refúgio para sua sobrevivência”<sup>47</sup> e “(...) a criança não cresce sadiamente sem a constituição de um vínculo afetivo estreito e verdadeiro com um adulto (...).”<sup>48</sup>

A proteção infanto-juvenil, no contexto histórico brasileiro, perpassa por diferentes momentos: primeiramente o de mero caráter penal, regido pelos Códigos Penais de 1830 e 1890, onde se aplicava a Teoria da Ação que criminalizava o menor e punia a delinquência infantil. Com o fortalecimento dos Direitos Humanos e a relevância tomada com a constitucionalização, de cunho principiológico do Direito, a proteção à criança e ao adolescente passa de mero cuidado assistencial e excludente, para assumindo um novo olhar, ao final do sec. XX e início do XXI, a proteção integral. O Brasil acolhe os tratados internacionais de Direitos Humanos direcionados à criança e ao adolescente redefinindo, portanto, sua política sócio-jurídica voltada a essa demanda.

Como ressalta Prof. Eduardo de Oliveira Leite, “A nova família, estruturada nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, em nada se confunde com o modelo tradicional, quase sempre próximo da hipocrisia, da falsidade institucionalizada.”<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> COSTA, Tarcísio José Martins apud MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade In: MACIEL, Kátia (coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 2ª ed. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2007. p. 61.

<sup>47</sup> SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao filho – descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho In: Revista de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.6, n.25, ago.-set., 2004. p. 1.

<sup>48</sup> MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri, SP: Manole, 2003. p.154.

<sup>49</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de Direito de Família: *origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 367.

A criança passa a ser protegida e o seu desenvolvimento buscado por meio da efetivação do cuidado e do amor: a família é reconhecida pelos laços de solidariedade, dedicação e afeto os quais constituem verdadeira filiação. Se em um primeiro momento, historicamente, optou-se pela valorização exacerbada dos dados biológicos, este entendimento modificou-se paulatinamente como reflexo das configurações sociais.

## 2.1 A família homoafetiva: desafio ou falso problema?

Embora ao longo dos anos se atribuíssem à família diferentes papéis na sociedade, é pacífico afirmar que ela ocupa papel central no desenvolvimento social do ser humano e diz respeito a sua esfera mais privada e íntima.

Como demonstra Carlos Alberto BITTAR<sup>50</sup>, na família romana, tínhamos, na figura do *pater familias*, os reflexos de uma sociedade patriarcal e desigual, com a submissão da mulher e dos filhos ao pai, que era o chefe família e detinha, inclusive, o poder sobre a vida daqueles que a ele estavam subordinados.

A religião desempenhava, segundo o autor, um papel fundamental na conservação dessa estrutura familiar, trazendo como seu fim a procriação; ou seja, as pessoas reuniam-se em uma família para, sob orientação da Igreja, procriar; esta era a finalidade do casamento, que era a única forma de união legítima entre os indivíduos, no sentido de somente a ele serem atribuídos todos os efeitos jurídicos previstos.

Como afirma Viviane GIRARDI, “a doutrina civilística contemporânea, ao tratar da família, reconhece nela a característica de funcionalidade, o que importa em tê-la como um espaço institucionalizado que viabilize a realização das pessoas que a compõem.”<sup>51</sup>. Neste contexto, a concepção jurídica de família que se tinha no século

---

<sup>50</sup> BITTAR, Carlos Alberto et al. O direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 3.

<sup>51</sup> GIRARDI, Viviane. Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. *A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.

XIX, de que ela representaria o conjunto de pessoas ligadas pela consanguinidade mostra-se diverso na contemporaneidade.

Este cenário exigiu grande esforço da doutrina e jurisprudência para que viabilizassem paulatinamente o reconhecimento das entidades familiares não elencadas, porém implícitas no texto constitucional, motivo pelo qual ao longo dos anos os mais variados argumentos fossem utilizados pelos juristas para trabalhar com essa perspectiva de inserção em diferentes contextos histórico-sociais.

As primeiras conquistas que se deram pelo Poder Judiciário - no sentido de atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas - foi evocar o instituto negocial da sociedade de fato, cujo pressuposto é a conjugação de esforços para a manutenção, formação ou aumento de um patrimônio único. Era a saída encontrada por uma parcela minoritária de operadores do direito para assegurar alguns direitos, embora quase que exclusivamente patrimoniais, para esta parcela marginalizada juridicamente. Temos, entretanto, decisões de vanguarda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, quando em meados de 1999 o Sr. Desembargador Relator Breno Moreira Mussi determinou fossem os autos remetidos para apreciação do juízo competente; como se tratava de “separação de sociedade de fato” que fossem os autos remetidos às Varas de Família, e conduzidos com os mesmos procedimentos da separação de casais heterossexuais, por se tratar de entidade familiar<sup>52</sup>. O posicionamento do Ilustre magistrado demonstra a tentativa de superar velhos paradigmas, de abandonar preconceitos que de tão justificados e racionalizados ao longo do tempo, parecem naturais.

O que se busca, como pontua Ana Carla Harmatiuk MATOS, é “uma concepção de Direito fundada nos valores da pessoa.”<sup>53</sup>. Os modelos formais de igualdade, liberdade e justiça, apesar de representarem grandes conquistas e um

---

<sup>52</sup> RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. EM SE TRATANDO DE SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM RELAÇÕES DE AFETO, MOSTRA-SE COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA, A SEMELHANÇA DAS SEPARAÇÕES OCORRIDAS ENTRE CASAIS HETEROSSEXUAIS. AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999).

<sup>53</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. União entre pessoas do mesmo sexo: *aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2004. p. 16.

degrau importante na luta pelo reconhecimento dos ideais democráticos, não podem satisfazer por si só, mas impulsionar a luta pela sua efetivação e concretização.

Não parece razoável que seja obstaculizado o exercício da maternidade/paternidade tendo-se em vista a orientação sexual do indivíduo. Nas palavras de GIRARDI, “Não parece sustentável sob o ponto de vista ético e também jurídico que se negue o direito à formação de uma família tanto a uma criança quanto a um indivíduo ou casal somente por conta da orientação sexual destes (...)”<sup>54</sup>. Interessante observar que somente o preconceito poderia justificar este impedimento, já que o ordenamento jurídico não proíbe as relações entre pessoas do mesmo sexo, tampouco o exercício de direitos em decorrência da orientação sexual: a união livre entre as pessoas emerge como condição de realização pessoal.

Neste sentido, conveniente trazer as reflexões do doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira<sup>55</sup>:

Trilhar o caminho da ética jurídica significa suspender o juízo moral particularizado, sob pena de tornar o discurso jurídico religioso e dogmático. (...) O discurso psicanalítico e o movimento feminista abalaram profundamente algumas considerações e certezas do homem com a ética do bem.

Se parece tratar de uma obviedade afirmar que todos são iguais e, por isso, sujeitos de direito merecedores de tutela jurídica na mesma medida, não se pode desconsiderar que vivemos uma realidade de exclusão, sendo justamente esta discrepância entre a realidade fática e a previsão normativa que deve ser combatida. A família hierárquica e patriarcal que subestimava a capacidade das mulheres e hierarquizava os filhos até muito recentemente vigorava no ordenamento jurídico: o núcleo familiar ideal era aquele em que cada membro cumpria adequadamente seu papel definido previamente no seio social.

A exclusão material e jurídica ainda parece ser a realidade de muitas pessoas, anunciando, portanto tortuoso o caminho a ser percorrido em busca da emancipação do indivíduo, de modo que a orientação sexual não obstaculize o

---

<sup>54</sup> GIRARDI, Viviane. Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. *A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 81.

<sup>55</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 13.



exercício de nenhum direito e que as composições familiares sejam acolhidas pelo ordenamento jurídico em sua integralidade, enquanto fato da vida que impõe para efetivar a previsão do constituinte.

O que se pode perceber neste contexto é o movimento do constituinte de ampliar o conceito de família, como atenta Paulo Lôbo, quando não define o que é família, não elenca quais famílias o ordenamento jurídico irá tutelar; ao invés disso, passa a ser o núcleo estruturante não a instituição família em si, mas os membros que a compõe, na formação não do casamento ou da união estável, mas em um núcleo familiar que represente justamente aquilo que o Estado se dispõe a tutelar: os interesses existenciais de seus membros, ressaltando que “A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.”<sup>56</sup> É o reconhecimento da família de modo includente.

O texto constitucional, as construções doutrinárias e jurisprudenciais, a luta dos movimentos sociais, enfim, o direito contemporâneo em todas as suas expressões, não nos permite que a pessoa humana seja um meio para a persecução de um fim, os laços familiares de afeto e solidariedade mútuos são os próprios fins a que se destinam as entidades familiares, motivo pelo qual inaceitável a exclusão de qualquer modalidade familiar, inclusive a homoafetiva.

Maria Berenice DIAS esclarece que a única diferença entre duas pessoas homossexuais que têm um projeto de vida em comum e duas pessoas heterossexuais com as mesmas características seria a impossibilidade de procriação daquelas,<sup>57</sup> e, já que foge a toda razoabilidade se pensar contemporaneamente na família como o meio da procriação, inaceitável qualquer hierarquização entre elas.

---

<sup>56</sup> LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: *para além do numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord) Família e cidadania: *o novo CCB e a “vacatio legis”*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89-107.

<sup>57</sup> “Ainda que tenha se omitido o legislador de referir às uniões homoafetivas, não há como deixá-las fora do atual conceito de família. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem. A única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre um homem e uma mulher é a inexistência da possibilidade de gerar filhos. Tal circunstância, por óbvio, não serve de fundamento para a diferenciação levada a efeito. Como a capacidade procriativa ou a vontade de ter prole não são elementos essenciais para que se empreste proteção legal a um par, é de reconhecer-se a incompatibilidade da regra com o preceito igualitário, que dispõe de um espectro maior.” DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 199.

O exercício da filiação vem rompendo rígidas barreiras, expressando-se para muito além dos dados biológicos, e, neste contexto, a família homoafetiva também se configura como um espaço de realização do afeto e de concretização dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade e, sobretudo, da dignidade humana.

Diante deste cenário, o discurso acerca das implicações da homossexualidade deve ser afastado: o entendimento da orientação sexual voltada para pessoas do mesmo sexo como um distúrbio ou doença legítima até hoje inúmeras atrocidades e a marginalização de grande parcela da população, contudo, o que se defende é que o sistema jurídico seja operador da desconstrução desse estigma social que implica em desigualdades formais e materiais, por uma questão, sobretudo, de respeito a um modo de ser<sup>58</sup>, conforme ilustra GIRARDI:

Descortinando esse universo que vê na homossexualidade simplesmente mais um modo de ser (...), o tratamento igualitário da homossexualidade é um processo ainda em construção, mesmo porque é fácil tratar igualmente os iguais, mas a verdadeira igualdade reside no tratamento isonômico da diferença.

Uma vez que a tríade casamento, sexo e reprodução não mais se sustenta, oportuno mencionar a reflexão de PEREIRA, o qual afirma que deve ser abandonado o anseio de aplicar nas relações sexuais e afetivas um selo de legitimidade ou ilegitimidade<sup>59</sup>. No que tange mais especificamente à família homoafetiva há que se observar que a orientação sexual voltada para pessoas do mesmo sexo não viola nenhuma norma e que não se pode impor um modo de vida, qualquer que seja, por considerá-lo o mais adequado.

Outrossim, a homossexualidade se expressa independentemente do consentimento de quem quer que seja, mas seus desdobramentos devem ser os mesmo do exercício cotidiano da heterossexualidade: incoerente seria não atribuir o *status familiae* às entidades familiares homoafetivas, uma vez que se estaria autenticando uma estrutura jurídica e também social que muito embora previsse a tutela

---

<sup>58</sup> GIRARDI, Viviane. Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. *A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 72.

<sup>59</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Apud. GIRARDI, Viviane. Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. *A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 71.

de determinados valores apresentaria sua estrutura ordenada para obstar sua efetivação.

Como não poderia deixar de ser, as discussões acerca da diversidade sexual e a necessidade de regulação normativa de suas relações vêm ganhando destaque, ainda que tardiamente, no cenário jurídico nacional, batendo às portas do judiciário que diariamente se depara com questões de reconhecimento de união estável, casamento, adoção, partilha de bens, reconhecimento de paternidade, enfim, questões de direito de família que, quando vivenciadas por homossexuais, tornam-se tortuosas, principalmente diante da ausência de norma expressa que as regule. Contudo, independentemente da omissão do legislador, o aplicador do direito, deve, diante do caso concreto, trazer respostas.

No ano de 2011 o Supremo Tribunal Federal julgou duas ações constitucionais - quais sejam: ADPF 132 e a ADI 4277-, as quais culminaram na equiparação da união estável homossexual à heterossexual, equiparação esta que ressignificou o tratamento jurídico das uniões homoafetivas, tendo em vista seu reconhecimento como entidade familiar pela Suprema Corte brasileira.

Marianna CHAVES<sup>60</sup> faz uma análise dos efeitos destes julgamentos, observando que diversos foram os argumentos trazidos por cada um dos 10 ministros votantes no julgamento das referidas ações, cada qual fundamentando da maneira que considerou mais adequada mas com entendimento unânime pela necessidade de repressão à discriminação e à compreensão da união homoafetiva como modelo familiar implícito no texto constitucional.

A autora alerta para o fato de que o ativismo judicial, no sentido de existir uma participação mais ampla e intensa do Judiciário que decide o sentido da norma e os limites de sua aplicabilidade não pode ser pensado como uma afronta à separação dos poderes. Esta afirmação não merece prosperar. Isto porque claramente trata-se de lacuna na lei expressa, situação para as quais há que se falar na necessidade de interpretação da norma constitucional para entender seu alcance e sentido. Ademais, imperioso um posicionamento do STF diante da absoluta inércia, senão

---

<sup>60</sup> Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20672/o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>>. Acesso em 12 de outubro de 2013.

acovardamento, do poder legislativo, a qual vinha se materializando como marginalização de parcela da população, não obstante a tramitação de diversos<sup>61</sup> projetos de lei e propostas de emenda à constituição os quais tratam de direito homoafetivo e que jamais foram levados à votação.

Diante deste contexto, imperioso trazer a conclusão de CHAVES, pontuando que o referido julgamento não só reconhece a legitimidade dessas entidades familiares como também trouxe repercussão para as esferas pessoal e patrimonial dos envolvidos. A partir do momento em que se reconhece o pluralismo das relações familiares e o direito à disposição da própria sexualidade como fatores indispensáveis à tutela da intimidade, da autonomia, da igualdade e da dignidade humanas, sendo expressamente vedada na Constituição<sup>62</sup> a discriminação, imprescindível se faz atribuir à família homoafetiva todos os efeitos jurídicos concedidos à heterossexual. Importante aspecto também analisado quando da ocasião do julgamento das supramencionadas ações constitucionais diz respeito ao reconhecimento da autoaplicabilidade da carta constitucional, não sendo necessária legislação infraconstitucional que regule a matéria<sup>63</sup>.

Isto retrata, por óbvio, uma postura inclusiva cujos efeitos convergem para o ponto comum da inaceitabilidade do preconceito como operador da exclusão social e jurídica dos indivíduos.

Desta compreensão decorre o entendimento de que - se já não havia óbices formais e materiais à possibilidade do casamento civil homoafetivo, já que nem o Código Civil nem a Constituição limitam a sexualidade dos nubentes – uma vez reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar e, portanto, equiparada à união heterossexual e, ainda, diante da previsão<sup>64</sup> de que deve ser facilitada sua conversão em casamento, lógica a conclusão acerca da possibilidade de celebração do casamento homoafetivo.

---

<sup>61</sup> A título exemplificativo: Projetos de Lei nº1151/1995 e 3727/1997, 6871/2006, 122/2006, PEC 66/2003, entre outros.

<sup>62</sup> Artigo 5º, inciso XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

<sup>63</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: *famílias*, São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.

<sup>64</sup> Artigo 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.

Diante dessa perspectiva, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou neste ano de 2013 a resolução 175<sup>65</sup> que dispôs acerca da habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. O referido texto proíbe as autoridades competentes de se recusarem a habilitar, celebrar casamento ou converter a união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, isto porque, após a decisão da Suprema Corte brasileira, alguns estados brasileiros assim procediam e outros não, de forma que a resolução objetivou trazer tratamento uniforme à questão.

Embora também polêmica na doutrina a postura do CNJ, parece imprescindível observar sua competência constitucional<sup>66</sup> para orientar a atuação dos cartórios, não parecendo pertinente a afirmação de que o referido Conselho tenha extrapolado os limites do julgamento do STF, tendo, na verdade, tornado efetiva a decisão proferida por ele, dando, portanto, máxima efetivação aos direitos assegurados por esta corte.

Deve-se observar que não se criou novo direito subjetivo: uma vez que se excluiu qualquer restrição quanto à orientação sexual na interpretação ao artigo 1.723 do Código Civil, não há que se falar em inovação quando o CNJ apenas e tão somente uniformizou os procedimentos cartoriais do país, impedindo que eventuais óbices administrativos pudessem se materializar em injustiças.

É o que afirma Maria Berenice Dias em entrevista veiculada pelo Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM)<sup>67</sup>:

O Conselho Nacional de Justiça é um órgão deliberativo. Ele tem, sim, a competência e a atribuição de agir administrativamente, sobretudo quando não há lei específica sobre o casamento. Portanto, o CNJ nada mais fez do que uniformizar procedimentos, determinando que os cartórios de todo o país convertam uniões estáveis em casamento, quando forem demandados.

A autora coloca que as críticas feitas à atuação do CNJ e também a um possível ativismo judicial devem ser facilmente refutadas diante da omissão do Poder

---

<sup>65</sup> Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

<sup>66</sup> Artigo 103-B da Constituição Federal.

<sup>67</sup> Disponível em: <http://www.clam.org.br/destaque/conteudo.asp?cod=10497>. Acesso em: 29 de setembro de 2013.

Legislativo, uma vez que os parlamentares se recusam a apreciar tais questões, elas acabam sendo decididas pelo Judiciário; apontando, ainda para a contradição existente: a inércia do Congresso para analisar certos temas e seu ativismo para impedir que o Judiciário o faça.

A análise da adoção por casais do mesmo sexo será desenvolvida em capítulo próprio neste trabalho, no qual se verá sua perfeita possibilidade dentro do atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Independente da linha argumentativa de que nos possamos utilizar para sustentar o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, o momento histórico vivenciado pelo Direito de Família brasileiro atualmente é o da superação de paradigmas: o caminho desvelado pela doutrina e pela jurisprudência é, agora, após o julgamento das ações constitucionais em tela, medida que se impõe.

Apesar da divergência nas fundamentações dos votos o Supremo Tribunal Federal pacificou a compreensão de serem essas uniões capazes de compor núcleos familiares, sendo sua proteção uma defesa da própria Constituição e do Estado democrático de Direito, na medida em que tutela o indivíduo, em sua essência, seja em prol de uma igualdade fática, da efetivação da dignidade humana ou do exercício da liberdade, sobretudo, de ser quem verdadeiramente se é.

A tutela estatal se debruça, portanto, sobre toda e qualquer forma de comunhão de vida que tenha como fim a formação de um núcleo familiar. O conceito eudemonista de família, identificada como a modalidade familiar voltada à felicidade de seus membros, rompe os paradigmas clássicos e reconhece para além do modelo formal do matrimônio, a família enquanto convivência afetiva e solidária.

## **2.2 Planejamento e convivência familiares como concretizadores do melhor interesse da criança**

As transformações pelas quais passou o Direito de Família, como vimos, realocou o centro do ordenamento jurídico no contexto da repersonalização das

relações familiares, reconhecendo-se para além da família enquanto instituição hierárquica e patriarcal - que se expressava pelo matrimônio com fins procriativos e cujos membros possuíam papéis previamente definidos e bem delineados -, a perspectiva mais íntima e pessoal de seus membros, que passaram a ser vistos não como meios de conservação de um padrão que não mais corresponde aos valores contemporâneos, mas como indivíduos iguais que se relacionam sobretudo pelo afeto e solidariedade mútuos e que devem ser respeitados integralmente em sua individualidade.

Paulatinamente os dogmas religiosos que permeavam essas relações são abandonados juntamente com seu aspecto institucional. A ideia da família indissolúvel, para cuja perpetuação ao longo do tempo se voltava o ordenamento jurídico, dá espaço para a noção de comunhão de vida, para a liberdade de escolha do indivíduo que busca se relacionar em prol de um projeto comum que somente se sustenta com base no afeto e na solidariedade, elevando o afeto e o cuidado a valores jurídicos a serem protegidos, sobretudo, como consagração da tutela da pessoa humana.<sup>68</sup>

Não guarda qualquer sentido se falar atualmente em proteção da família e do indivíduo ou de constitucionalização do direito civil se nos faltar a sensibilidade quanto ao papel da criança e o motivo pelo qual o constituinte entendeu imprescindível colocar sua proteção e seu desenvolvimento como responsabilidade de toda a sociedade e do poder público.

A relação de exclusiva sujeição a que eram submetidas outrora, sobretudo na dinâmica familiar, já não é um ideal a ser alcançado, sequer desejável, uma vez que se espera o respeito entre todos os componentes da família não por uma questão de gênero ou função desempenhada, mas como decorrência do afeto e do cuidado que deve permear todas as relações. Assim, a criança deixa de ser vista como alguém de quem se espera única e exclusivamente obediência e submissão e se insere como sujeito de direito, enquanto indivíduo cujo desenvolvimento sadio é reconhecido como prioridade absoluta.

---

<sup>68</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In: Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.194.

Se a criança e o adolescente deixaram de ser vistos como objetos de dominação do chefe da família e foram introduzidos como sujeitos autônomos que merecem especial cuidado no seio familiar, devem então ser tratados como seres cuja personalidade encontra-se em processo de formação e o respectivo amadurecimento decorreria não do atingimento da maioridade – presunção amplamente criticável por alguns autores<sup>69</sup>-, mas do gradual desenvolvimento de suas potencialidades. A tutela especial que recebem adviria, portanto, do reconhecimento da importância de um crescimento sadio, de forma que o ser em formação receba toda a assistência de que necessita para exercitar de forma satisfatória todas as suas capacidades na vida adulta.

Isto posto, esta análise perfunctória acerca do papel da criança e do adolescente no presente contexto não objetiva esgotar o tema, mas apenas esboçar algumas premissas necessárias para introduzir aspectos indispensáveis para o desenvolvimento do tema central deste trabalho, quais sejam: o princípio do melhor interesse da criança como suporte à efetivação dos direitos de convivência e planejamento familiares.

Ingênuo seria considerar que o conceito do que venha a ser o melhor interesse da criança apresente contornos bem definidos, que possam delimitar com clareza sua aplicabilidade nos casos concretos que batem às portas do Judiciário; isto porque nem o constituinte nem o legislador ordinário se debruçaram neste sentido, o que não impede, todavia, que se possam delinear parâmetros interpretativos para a aplicação das normas de modo a serem resguardados, com a prioridade exigida em sede constitucional, os direitos das crianças e dos adolescentes.

Neste sentido afirma Ana Carla Harmatiuk Matos<sup>70</sup>:

A expressão melhor interesse da criança, contudo, apenas anuncia contornos gerais da normatividade. Para muitos trata-se de um conceito jurídico indeterminado (...) outros ainda destacam que pode até afirmar tratar-se de uma cláusula feral que se espraia por todo o ordenamento jurídico e “contamina” diversas questões correlatas.

---

<sup>69</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. O direito das famílias entre a norma e a realidade. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45-65.

<sup>70</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e homossexualidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e dignidade humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p.78.



Uma breve análise do direito positivo brasileiro torna pacífica a compreensão de que as crianças recebem tutela especial do Estado. Isto significa que a proteção de seus interesses, bem como a garantia de seus direitos devem ser tratados com absoluta prioridade, em especial no seio familiar, espaço no qual lhes devem ser oferecidas condições para que se desenvolvam de forma plena: física, social e psicologicamente.

O princípio do melhor interesse da criança não possui previsão normativa expressa no texto constitucional, contudo, a doutrina parece uníssona<sup>71</sup> ao afirmar que se trata de uma interpretação lógica da Constituição Federal, ainda mais em se levando em conta a preocupação do legislador em tutelar adequada e especialmente este grupo por intermédio do microssistema normativo do Estatuto da Criança e do Adolescente

A ratificação do tratado internacional decorrente da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança representou, nesta realidade de imprecisão normativa, importante avanço, parecendo necessário e razoável o diálogo interpretativo entre ele e o que dispõe o artigo 227 da Constituição Brasileira e os artigos 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que suas disposições possuem eficácia legislativa desde que ratificadas pelo Decreto nº 99.710/1990.

O referido tratado trouxe a noção de proteção integral da criança a qual preceitua que deve ser dada à criança e ao adolescente ampla tutela, justificada em função do estágio de desenvolvimento em que se encontram e que tornaria cristalino o princípio do melhor interesse da criança. Daí se extrai que a recepção desta norma pelo ordenamento jurídico brasileiro se deu em consonância com o artigo 227 da Carta Magna, cujo caput nos traz:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

---

<sup>71</sup> Sobre o assunto dispõe: Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Eduardo de Oliveira Leite, Paulo Lôbo, Ana Carla Harmatiuk Matos.

Paulo Lôbo chega a afirmar<sup>72</sup> que o princípio em questão encontra fundamento essencial neste dispositivo, restando claro, portanto, que ambos se dedicam a atribuir à família, ao Estado e à sociedade o dever de cuidar, proteger e respeitar crianças e adolescentes enquanto titulares de direito especial e juridicamente protegidos.

No mesmo sentido temos os artigos 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais dispõem:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Diante de todo o exposto se pode perceber com clareza que o melhor interesse da criança deve servir como diretriz para a interpretação e aplicação do direito no caso concreto. Uma vez reconhecidos como sujeitos de direito com especial proteção do Estado, para cujo desenvolvimento se volta toda a sociedade, - a qual assume o dever constitucional e legal de prezar pelo seu desenvolvimento e sua proteção - assegurando-lhes a integridade física e a psíquica, os próprios textos legais apresentados passam a ser exemplificativos quanto ao conteúdo que se pretender definir para atribuir uma definição do que venha a ser o melhor interesse da criança.

Desta forma, este princípio constitucional implícito estaria sendo observado quando garantidos e viabilizados alguns direitos tais como: saúde, alimentação, lazer, profissionalização, cultura, liberdade, convivência familiar bem como o combate à negligência, à discriminação, à violência, à opressão.

Assim, no caso concreto o aplicador do direito precisa se orientar segundo esses critérios para observar qual solução se mostra mais adequada, atendendo de forma mais completa ao melhor interesse do menor envolvido.

---

<sup>72</sup> LÔBO, Paulo. DIREITO CIVIL: Famílias de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 (Divórcio). 4ª ed., 2011. p. 76.

O Ministro Luis Felipe Salomão apontou em acórdão<sup>73</sup> que decidiu pela possibilidade de adoção por dupla homoafetiva para a necessidade da sincronização entre a interpretação legal e o tempo presente, no sentido de que a partir do momento em que o que está em jogo é o direito de filiação, imprescindível a prevalência dos interesses do menor, afirmando, ainda, que “a lacuna existe na lei, não no ordenamento jurídico”, sendo, portanto injustificável qualquer argumento que intente a sobreposição ao princípio do melhor interesse da criança.

Como se vê, o contexto contemporâneo é o da revelação de novos conceitos e ampliação da perspectiva familiar, sempre pela ótica da pessoa, não fazendo mais sentido conservar formas que não guardam correspondência com os valores sociais.

Nosso diploma constitucional se dedica a proteger o indivíduo e sua privacidade, assegura a esfera da liberdade como garantidora da dignidade e a família, apesar de continuar recebendo especial tutela estatal passa a ser vista numa dimensão plural, pode se apresentar de forma multifacetada: com ou sem filhos, matrimonializada ou não, ficando resguardado expressamente no §7º do artigo 226 o direito ao planejamento familiar, senão vejamos:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao

---

<sup>73</sup> DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. (...) 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. (...) 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. (STJ - REsp: 889852 RS 2006/0209137-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/08/2010)

Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas.

Se estamos diante da preservação da liberdade do indivíduo de compor seu núcleo familiar conforme seu desejo, sendo defeso ao Estado ou a quem quer que seja inviabilizar sua concretização, e, ainda, diante da reconhecida pluralidade familiar, necessário se fazem algumas considerações nesta seara.

Mister se faz mencionar as reflexões de MATOS<sup>74</sup> quando destaca a emancipação feminina bem como a superação da correspondência necessária entre família, sexualidade e procriação: a possibilidade efetiva da contracepção significou a efetivação desta autonomia, de se poder delimitar livremente o planejamento familiar, cabendo ao Estado tão somente garantir que este direito se efetive na concretude, fornecendo métodos eficazes e seguros para a contracepção, bem como meios de assegurar a saúde reprodutiva dos indivíduos.

Este trabalho busca analisar o contexto daquelas pessoas que desejam exercitar a maternidade/paternidade porém cuja orientação sexual impede que este anseio se efetive por meio dos métodos tradicionais da família heterossexual, em que ambos parceiros fornecem material genético e a mulher do casal gesta o filho comum. Muitos afirmam que no contexto familiar poderia parecer essencial ao desenvolvimento dos filhos a referência paterna masculina e a materna na figura feminina e que somente nestes moldes a criança teria plenas condições de se desenvolver.

É cristalina, contudo, a percepção de que esta não é a realidade de todas as crianças brasileiras. Ademais, nem todas que crescem no contexto heterossexual desenvolvem-se de forma satisfatória e plena; além disso, sabe-se que não faz mais sentido falar-se contemporaneamente em papéis inerentes à condição feminina ou masculina e que a busca pelo referencial se perde mesmo em realidades heterossexuais bem como na família monoparental. Frágil, portanto, o raciocínio que pressupõe a aptidão de determinados indivíduos em detrimento da suposta inaptidão de outros núcleos familiares. A realidade da vida se sobrepõe quando se observam mães e pais dividindo integralmente o cuidado com os filhos, ou um ou outro exercendo-o

---

<sup>74</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 22.

sozinho. Estaríamos então, diante de um retrocesso, na medida em que ideal seria delimitar o papel feminino e o masculino no contexto familiar como uma única forma de garantir o pleno desenvolvimento das crianças. No mais, inócuo este entendimento diante da realidade brasileira, operando-se a exclusão de grande parte da população e ignorando todo o aporte constitucional para preservação da dignidade, igualdade e valorização da pessoa humana.

Observa-se, ainda, que a ideia da predisposição feminina para cuidar da família ao passo que ao homem competiria trazer outros referenciais para a criança encontra-se superada. O que se pretende afirmar é quanto ao direito do exercício da paternidade/maternidade independente da orientação sexual. Maria Claudia Crespo BRAUNER afirma<sup>75</sup> que o Estado tem o dever de viabilizar o exercício da paternidade responsável oferecendo condições para que as pessoas façam livremente sua escolha de ter ou não filhos e a concretize.

Assim, em optando por efetivar o exercício da paternidade/maternidade a adoção seria uma alternativa aos casais homoafetivos cujo projeto de vida comum inclui a filiação. Superada e combatida a hierarquização entre os filhos bem como concretizada a supremacia da afetividade nas relações familiares como essencial para caracterização da verdadeira paternidade/maternidade, necessário abordar o direito à convivência familiar.

Parece tratar-se de uma obviedade que a criança acolhida em um seio familiar goza de melhores condições para livremente desenvolver suas aptidões, que o desenvolvimento satisfatório da pessoa esteja vinculado necessariamente aos laços afetivos que é capaz de exercitar ao longo da vida e que indispensável seria a todo ser em formação o carinho, o suporte, o acolhimento e a orientação parental.

A esse respeito Fernanda Otoni BARROS elucida<sup>76</sup>:

O entorno desta criança vai formar sua base de referências para o alguém que vai ser na vida. Essa base referencial é o alicerce de seu sistema de valores, de seu olhar para o mundo, de sua racionalidade, de seu futuro proceder com os demais.

---

<sup>75</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Direito, sexualidade e reprodução humana: *conquistas médicas e debates bioéticos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 54.

<sup>76</sup> BARROS, Fernanda Otoni. Um pai digno de ser amado. In: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. p. 235.

Em consonância com esse entendimento parece estar o texto constitucional, conforme já exposto e também os artigos 4º e 19 do Estatuto da Criança e do adolescente:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Desta forma, pacífica a compreensão de que as crianças necessitam de uma estrutura familiar sólida para que o seu melhor interesse esteja atendido; isto porque é no ambiente familiar em que está acolhido que o ser em desenvolvimento recebe o auxílio de que precisa e os estímulos imprescindíveis para uma formação.

É da convivência familiar que emerge o cuidado como reflexo imediato do afeto e não necessariamente vinculado aos laços biológico de seus membros; o que se busca, portanto, com a efetivação deste direito é que núcleo familiar garanta à criança e/ou ao adolescente seus direitos bem como o acolhimento, de modo que possa se sentir protegido e seguro para plenamente se desenvolver.

Como se sabe, esta nem sempre é a realidade e já prevendo essas situações em que as crianças encontram-se desamparadas, o legislador e o constituinte estabeleceram como dever estatal e social garantir o direito à convivência familiar como um direito fundamental de crianças e adolescentes. Assim, independentemente de permanecerem na família em que foram concebidos, esses indivíduos possuem assegurado o direito de compor um núcleo familiar, nem que para isso seja necessário inseri-los em uma família substituta, por meio da adoção.

O que existe, portanto, é um direito mais amplo, que se procura amoldar à triste realidade brasileira em que o abandono infantil não é uma exceção – este aspecto, contudo, será tratado em capítulo próprio e de maneira mais aprofundada neste trabalho.

Sabemos que a Constituição Brasileira é um diploma dirigente<sup>77</sup>, ou seja, temos uma série de promessas feitas pelo constituinte cuja efetivação é o fim a que destina o Estado brasileiro, não sendo um retrato da realidade, mas um fim a ser perseguido. Entre essas promessas constitucionais temos um Estado democrático que pretendeu se livrar das amarras da ditadura- como é característico do período histórico em que foi promulgada -, trazendo a pessoa humana e seus direitos fundamentais para o centro do sistema.

Os ideais de igualdade, dignidade, liberdade, proteção da criança e do adolescente e o combate à discriminação precisam superar a previsão do texto constitucional. Estes valores reiteradamente elencados pelo constituinte e pelos legisladores ordinários precisam se concretizar por meio da materialização dos ideais proclamados pela Constituição Brasileira.

Não se pode aceitar que o preconceito continue legitimando, ainda que veladamente, o descumprimento das premissas constitucionais. Cabe ao intérprete atribuir sentido às normas, buscando sempre a compreensão sistemática da Constituição, que não pode ser analisada conforme sua conveniência. Inócua a interpretação normativa que não assegura a efetivação de direitos, a superação da abstração da dignidade humana e da hipocrisia e preconceito que ainda parecem arraigados no mundo jurídico.

Deste modo, as leis e as normas não foram elaboradas para se perpetuarem incondicionalmente: o papel do operador do direito é indispensável para que se aplique adequadamente aquilo que foi previsto de forma abstrata. Isto é, cabe a ele direcionar a formalidade para que seja efetivada de acordo com os valores constitucionais, isto porque, depositar na norma a expectativa de consubstanciar a correspondência entre aquilo que foi previsto e a demanda social parece inócuo. Por esta razão o papel do intérprete e do julgador mostra-se fundamental para a temática da adoção por casais homoafetivos, a fim de conferir a tutela jurídica de que necessitam os adotantes e os adotandos.

---

<sup>77</sup> “As constituições dirigentes não se bastam com dispor sobre o estatuto do poder. Elas também traçam metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico. (...) A Constituição brasileira de 1988 tem clara propensão dirigente.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73.

### 3 ADOÇÃO

Em toda a história humana, nos mais diversos tempos e sociedades, o abandono infantil e/ou a entrega dos filhos para que sejam criados por outrem são realidades que se apresentam pelos mais variados motivos e, muito embora se saiba que estes tristes fenômenos só podem ser efetivamente enfrentados se combatidas forem suas causas, este trabalho não se debruçará acerca dos fatores que levam um pai e/ou mãe a assim procederem. Doutra vértice, a proposta reside na tentativa de compreensão do contexto das crianças e jovens que vivenciam a realidade da institucionalização concomitantemente aos pais e mães que, não obstante possuírem a orientação sexual voltada para pessoas do mesmo sexo, buscam o procedimento da adoção desejando oferecer ao indivíduo um lar, um núcleo familiar estruturado no afeto e solidariedade de seus membros.

Quando se traz a baila o tema da adoção, de modo geral, imprescindível se faz compreender que o processo pelo qual passam pais e filhos nesta realidade envolve um complexo sistema de relações humanas, sendo necessário desconstruir o raciocínio de que a criança é trazida a uma família. Partir deste pressuposto significa que se busca a realização pessoal do adotante e que a criança seria, então, um meio para a realização deste fim, parecendo mais coerente a perspectiva do procedimento de adoção como um método por meio do qual uma família recepcionará o indivíduo.

Ensina a psicóloga Lidia Weber<sup>78</sup> que o desejo à descendência é o que atualmente predomina como aspecto psicológico na adoção, criando-se a expectativa de que a chegada do adotado resolverá todos os problemas que permeiam a vida dos adotantes, o que não é desejável, sequer concebível, uma vez que deve ser priorizada o que a autora denomina “adoção moderna”, segundo a qual o objetivo deve ser sempre garantir à criança um acolhimento familiar que viabilize seu desenvolvimento.

---

<sup>78</sup> WEBER, Lidia. Pais e filhos por adoção no Brasil: *características, expectativas e sentimentos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 22.



Aqui, mais uma vez, se enfatiza a primazia do melhor interesse da criança, que deve ser protegida, sendo a luta maior sempre para verem efetivados seus direitos, livrando-a das consequências trágicas do abandono.

Não se pretende, com isso, desprezar o anseio daqueles que desejam se realizar por meio do exercício da maternidade/paternidade, mas tão somente esclarecer que o interesse maior sempre deve ser o do adotado e não a satisfação de uma necessidade daqueles que desejam adotar. O entendimento acerca da complexidade que envolve a adoção, ainda mais considerando que no Brasil está diretamente associada ao abandono infantil - situação que por si só já predispõe a criança a uma fragilidade psicológica e emocional desmedidas –, mostra-se indispensável para que os direitos da criança sejam efetivados de fato com a construção dos laços afetivos e consequente formação do núcleo familiar.

Outrossim, não se pode ignorar a realidade brasileira, em que o número de crianças institucionalizadas parece se impor, exigindo uma resposta imediata da sociedade e do poder público, não obstante vir recebendo tratamento diverso, vez que faticamente invisíveis a ambos, condenadas a passar toda a vida afastadas do convívio familiar - formalmente assegurado – e, após atingida a maioridade, a permanecerem abandonadas à própria sorte, com absoluto despreparo e desestrutura psíquica, social e financeira para enfrentarem sozinhas as feridas de uma vida marcada pela ausência afetiva.

### **3.1 A possibilidade da adoção homoafetiva conjunta no Brasil**

O contexto contemporâneo de que a família seria o espaço de realização e desenvolvimento de seus membros, de forma simultânea e horizontal, no qual o afeto ocupa especial papel integrador e formador, coloca em xeque diversas premissas que sustentavam o padrão familiar hierárquico e essencialmente matrimonial. Os papéis masculino e feminino bem definidos no contexto familiar aparecem como resquício

desde modelo e a questão de gênero é frequentemente invocada como preocupação que permeia o tema da adoção por homossexuais.<sup>79</sup>

Em um primeiro momento se observa no pensamento popular uma resistência a vivenciar a homossexualidade como um dado da vida e, mais do que isso, o tratamento da orientação sexual do outro como uma questão coletiva sobre a qual seria necessário analisar e atribuir um status de legitimidade e, se não bastasse, delimitar os efeitos pessoais e jurídicos do exercício da sexualidade alheia. A incoerência parece ainda mais latente quando se observa que não há no ordenamento jurídico qualquer óbice ou tentativa de cerceamento a este respeito. Desta forma, e, ainda, considerando a dimensão principiológica do texto constitucional já analisada neste trabalho, impõe enfrentar uma problemática que supera a inconveniência da ausência de norma expressa regulamentando a questão para alcançar a esfera social e a necessidade de superação do preconceito.

Quando se fala no princípio do melhor interesse dos menores, se estabelece como prioridade do ordenamento jurídico a criança. Isto significa que os outros bens juridicamente tutelados cedem diante da necessidade de sua proteção.<sup>80</sup>

Comumente invoca-se a necessidade de proteção do adotado para justificar a impossibilidade da adoção por pares homoafetivos; respeitável doutrina chega a afirmar a ausência de omissão legislativa, aduzindo que há posicionamento claro quando não viabiliza o procedimento e optando pela triangularização da família: pai, mãe e filho (s) e, ainda, acerca de uma suposta consonância entre a opção legislativa e a doutrina da psicologia.

Nas palavras de Eduardo de Oliveira LEITE<sup>81</sup>:

O que o legislador não quer e proíbe, sem vacilar, é que destas uniões decorram direitos equiparáveis ao casamento, porque, entre o direito das crianças (adotadas) de terem pai e mãe e a eventual pretensão do casal homossexual, em adotar, o legislador não vacilou e priorizou aquele direito (dos adotados) em detrimento deste (dos homossexuais). (...) Vale lembrar, ainda,

<sup>79</sup> WEBER, Lidia. Pais e filhos por adoção no Brasil: *características, expectativas e sentimentos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 80.

<sup>80</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva Pereira. O melhor interesse da criança: *um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000. p. 13.

<sup>81</sup> LEITE. Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade, adoção, aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 25.

que a adoção é um processo bilateral que deve atender, primeiramente, aos interesses maiores da criança adotada e, secundariamente, aos interesses dos pais adotantes. (...) No terreno da psicologia, o “plano” é igualmente desastroso bastando considerar que todos os manuais de psicologia são unânimes em afirmar que a criança precisa, para seu desenvolvimento emocional e psicológico de duas identificações; necessita do pai e da mãe. Ignorar a família é amputar a criança. (...) As crianças têm necessidade da presença do pai e da mãe que os tratam paternal e maternalmente para modelar sua identidade. Por que fomentar situações atípicas se podemos encontrar no ambiente familiar natural elementos suficientes à garantia da fundamental segurança e equilíbrio que todas as crianças no mundo necessitam.

Imprescindível se faz desconstruir esse raciocínio para que não se desloque o foco real do problema.

Afirmar que a impossibilidade da adoção por pessoas do mesmo sexo no Brasil em decorrência de suposta imprescindibilidade da referência materna feminina e a paterna masculina simultâneas para a formação satisfatória da criança mostra-se inócuo. Como já afirmado neste trabalho, sabe-se que a delimitação dos papéis da mulher e do homem no seio familiar não encontra respaldo sob nenhuma circunstância: pacífico que a criança necessita de uma estrutura que imponha limites, se responsabilize pelo seu sustento e, ao mesmo tempo, ofereça amor e cuidado; equivocadamente, contudo, pensar que para cada uma dessas necessidades exista um responsável correlato, determinado pelo sexo biológico. Assim, frequentemente em família heterossexuais essas funções se confundem e se dividem entre seus membros; ademais, não se pode ignorar a família monoparental – para as quais há, inclusive, expressa previsão na Constituição - em que se concentram na mesma pessoa e que representam grande parte das famílias brasileiras.

Outro aspecto que merece especial atenção no que diz respeito à temática da adoção homoafetiva, apontado por Mariana de Oliveira FARIA e Ana Cláudia BORTOLOZZI<sup>82</sup> é o receio, que ainda se mostra presente, do potencial risco de abuso sexual a que uma criança adotada por dupla homossexual estaria exposta: por óbvio esta preocupação social precisa ser afastada de plano por não se sustentar sob nenhum ponto de vista uma vez que além de lhe faltar materialidade, dados concretos, não parece adequado em nenhuma circunstância, relacionar homossexualidade e

---

<sup>82</sup> FARIA, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Claudia Bortolozzi. Adoção por homossexuais: *a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 70.

pedofilia. Outrossim, sequer existem registros ou estudos que demonstrem esta absurda correlação tão facilmente identificada no pensamento popular que acaba por incentivar o preconceito, na medida em que vincula a orientação sexual voltada para uma pessoa do mesmo sexo com a perversidade, o que se sabe, não parece gozar de um grau mínimo necessário de correspondência lógica.

Análogo – porque também desprovido de qualquer respaldo técnico – e igualmente falho é outro desafio que a família homoafetiva precisa enfrentar perante aqueles que pretendem sustentar seu pensamento de desagrado quando à adoção por pares homoafetivos e, para isso, afirmam a ameaça para a composição da sexualidade da criança que representaria a criação por homossexuais. Para essas pessoas haveria a probabilidade de influência na orientação sexual do menor, que, uma vez exposto ao comportamento homossexual dos pais ou das mães poderia ter seu desenvolvimento obstado, diante da possível repetição do padrão sexual. Tal afirmação é rechaçada pela psicóloga Nazir HAMAD<sup>83</sup> que assegura inexistir este determinismo e parece se sustentar nas mesmas premissas que a questão anterior: no preconceito compondo o imaginário daqueles que, por algum motivo, desejam justificar sua forma de pensar.

Ademais, para desconstruir esta suposição aparentemente ainda mais arraigada ao pensamento social do que a anterior, basta se pensar que se o meio operasse como determinante sexual e as pessoas repetissem tão somente o padrão vivenciado no seio familiar, a homossexualidade seria uma realidade restrita às famílias homoafetivas, sendo improvável, senão impossível, que da relação heterossexual adviesse filho homossexual, uma vez que não haveria um padrão comportamental como este a ser repetido, o que sabemos não se comprovar - bastando mera análise da realidade que nos cerca.

Desta forma, mais frágil se mostra a presunção de que a criança criada por homossexuais teria dificuldade em vivenciar a diferença entre os sexos, na medida em que teria duas referências masculinas ou duas femininas e isso inviabilizaria sua compreensão acerca da sexualidade feminina e masculina individualmente. Claramente esta premissa não se sustenta. Isto porque à criança é assegurada a convivência

---

<sup>83</sup> HAMAD, Nazir. A criança adotiva e suas famílias; tradução: Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002. p. 67.

familiar e a comunitária. Desta forma, pressupondo que o indivíduo encontra-se inserido em uma realidade mais ampla do que a de seu núcleo familiar, relacionando-se socialmente em um contexto social muito mais amplo, por mais que a relação heterossexual não seja por ele vivenciada no seio familiar mais íntimo, a diferenciação de gênero se fará presente necessariamente em seu cotidiano.

A este tocante preceitua DIAS<sup>84</sup>:

Na Califórnia, há pesquisadores que desde meados de 1970 vêm estudando famílias não-convencionais, hippies que vivem em comunidade, casamentos abertos e criados por mães lésbicas e pais gays. O trabalho concluiu que crianças com os dois pais do mesmo sexo são tão ajustadas quanto os filhos de casais heterossexuais. Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do seu papel sexual. As meninas são tão femininas quanto as outras, e os meninos, tão masculinos como os demais. Os pesquisadores não encontraram até o momento nenhuma tendência importante no sentido de que filhos de pais homossexuais venham a tornar-se homossexuais.

A psicóloga Teresa Maria Machado Lagrota COSTA alerta<sup>85</sup> para a necessidade de ressignificação da família, não porque ela esteja em crise, como muitos pretendem afirmar, mas porque o processo de transformação pelo qual vem passando não pode, de forma alguma, ser ignorado. Considerar que a criança somente desenvolveria suas capacidades na família triangular é desconsiderar a realidade brasileira, qualificar e hierarquizar a família, coisa que o legislador e o constituinte não fizeram. A autora aduz que cada um sabe aonde depositar o seu afeto, devendo fazê-lo sem que seja compelido a reprimir o seu desejo ou se submeter à vontade alheia.

Em consonância a este entendimento, a também psicóloga Lidia WEBER afirma<sup>86</sup> ser o preconceito fruto da expectativa frustrada da sociedade que pretende

<sup>84</sup> Disponível em: < [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5\\_-\\_uni%E3o\\_homossexual\\_-\\_aspectos\\_sociais\\_e\\_jur%EDdicos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_uni%E3o_homossexual_-_aspectos_sociais_e_jur%EDdicos.pdf)> Acesso em: 27/10/2013.

<sup>85</sup> COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. *Adoção por Pares Homoafetivos: uma abordagem jurídica e psicológica*. 2003. Disponível em: <[www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_10005.pdf](http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10005.pdf)> Acesso em 24 de outubro de 2013.

<sup>86</sup> Todas as pessoas “Em maior ou menor grau todas as pessoas têm algum tipo de preconceito. Alguém “diferente” pode ser alguém de outra cor, de outra raça, de outra religião, com muito peso, com pouco peso, muito bonito, ou pouco bonito, muito alto, muito baixo..., enfim, vemos sempre a relatividade dessa questão: nós sempre achamos que o “outro” é diferente tomando a nós mesmos como base. De um ponto de vista existencialista, Sartre nos diz que “o inferno, são os outros”, e é isso que percebemos quando vemos que a justificativa das pessoas em não aceitar crianças de cor diferente da sua em adoção é que, embora eles não sejam absolutamente preconceituosos, a “sociedade”, e “os outros” o são e a criança sofreria futuramente com a discriminação racial. Na verdade, esse preconceito, consciente ou não, tem por base o medo que temos do diferente, daquele que não é igual a nós, do outro que não

moldar o outro, projetando-o conforme os seus conceitos, que quando não correspondidos, geram um estigma, uma situação de aparente anormalidade. Esta anormalidade, contudo, decorreria da expectativa que se tinha sobre o sujeito e que não se concretizou e não por lhe ser inerente uma condição de inferioridade. Haveria, então, segundo a autora, uma dificuldade - que pode ser inclusive inconsciente - de lidar com a não correspondência do outro a um padrão de normalidade que não é o dele e daí adviria a tentativa de exclusão, explícita ou velada, do sujeito, para que aquele modelo fosse mantido.

O que parece se manter ao longo do tempo é o rótulo, a associação irracional da homossexualidade com a perversidade, a promiscuidade, como se houvesse um determinismo que os relacionasse, o que não parece encontrar respaldo em nenhuma área do conhecimento.

Ademais, argumentar que se estaria protegendo a criança, que sofreria preconceito pela sexualidade dos pais ou mães e que lidar com isso poderia trazer algum tipo de seqüela emocional e consequência trágica ao seu desenvolvimento igualmente parece não se sustentar. Isto porque parece cristalino que as minorias, de modo geral, precisam enfrentar diariamente o estigma social e o preconceito, justamente por serem minoria e por conviverem em seu cotidiano com a dificuldade das pessoas em lidar com o “diferente”, como bem esclarece WEBER em sua obra<sup>87</sup>.

Assim, não há como se sustentar que a dificuldade em lidar com essas situações configure um óbice para a adoção por casais homoafetivos. Muito pelo contrário: necessária a inserção desse modelo familiar como modo, inclusive, de promoção do amadurecimento social para tratar dessa questão, para que as próximas gerações possam compreender que o “diferente” é “normal” e que o que não é razoável é pressupor que haja um padrão estrito, uma normalidade taxativa a ser buscada, reiterada e imposta, a qualquer preço.

Isto posto e depois de vencidos os principais mitos que envolvem o tema da adoção homoafetiva, cabe-nos fazer uma análise da legislação nacional aplicável ao

---

reflete a nossa imagem como gostaríamos. O outro deve assumir um papel de alguém que possa confirmar o nosso desejo. WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. Aspectos Psicológicos da Adoção. Curitiba: Juruá, 1999. p. 19 e 20.

<sup>87</sup> Idem.

tema, a fim de identificar possível impedimento ou, ainda, viabilidade do exercício conjunto da paternidade ou maternidade por dupla homossexual por meio da adoção.

Ainda que o ordenamento jurídico não se restrinja ao direito positivo, se a ausência da norma posta está atrelada à exclusão social e jurídica de grande parte da população, então primeiramente é imprescindível desconstruir o raciocínio de que a omissão legislativa seja uma opção implícita, mas clara pela impossibilidade da adoção homoafetiva. Se assim fosse, tudo aquilo que não está regulamentado seguiria esta mesma lógica, além do que, parece cristalino que o direito não tem condições de acompanhar a demanda social no mesmo instante em que as transformações ocorrem, tampouco seria razoável a pretensão de engessar a realidade por esse motivo.

Uma interpretação sistemática da Constituição Federal e do microsistema do Estatuto da Criança e do Adolescente nos traz o seguinte cenário: O artigo 227<sup>88</sup> do texto constitucional estabelece como um dever da sociedade e fim a que se destina o Estado brasileiro, a proteção da criança, a efetivação dos seus direitos bem como a garantia de possibilidade de pleno desenvolvimento de suas capacidades. Além disso, o inciso VI do § 3º<sup>89</sup> do mesmo dispositivo legal traz como objetivo do poder público amparar as crianças e jovens desabrigados e abandonados em famílias substitutas.

O processo da Adoção por casais homoafetivos deve ser norteado, em cada caso concreto, pelo princípio do melhor interesse da criança, assim como todos os outros. O que se pretende é que a luta maior seja sempre pela inserção dos menores em um núcleo familiar, porque isso é atender ao seu melhor interesse e viabiliza a concretização dos seus direitos formalmente estabelecidos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), enquanto microsistema legislativo de proteção à criança e ao adolescente, regulamenta a inserção do adotando em uma família substituta, regulamentando este processo, conforme esclarece

---

<sup>88</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>89</sup> § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

GIRARDI<sup>90</sup>, em dois momentos: a habilitação dos adotantes e a decisão judicial que confere a adoção, atribuindo, por consequência, seus efeitos. Entre esses dois momentos há um estágio de convivência pelo qual passam os possíveis adotantes e o (s) adotado (s), conforme preceitua o artigo 46 no referido diploma normativo<sup>91</sup>, a fim de que se promova uma adaptação e aproximação entre eles. Novamente aqui se coloca a complexidade inerente ao processo de adoção, envolvendo diversas áreas do conhecimento para além do procedimento jurídico, tais como o serviço social e a psicologia, que conduzirão o convencimento do juiz a fim de que possa, no caso concreto, tomar a decisão que concretize o melhor interesse da criança e do adolescente envolvido.

Há, contudo, critérios objetivos previamente estabelecidos pelo legislador que precisam ser preenchidos na antessala daqueles três momentos acima descritos. GIRARDI afirma<sup>92</sup> que essas específicas exigências visam assegurar, sobretudo, o bem estar social e afetivo do menor. São elas: a impossibilidade de ser realizada mediante procurador (artigo 39 §2º), idade mínima ao adotante (artigo 42), idade máxima ao adotando (artigo 40), diferença de idade mínima entre adotante e adotado (artigo 42 §3º), o casamento ou união estável quando a pretensão é a adoção conjunta (artigo 42 § 2º), consentimento do adotando maior de doze anos (artigo 45 §2º), o consentimento dos pais ou representante legal do adotando, desde que não destituído o poder familiar (artigo 45 caput e §1º), e a impossibilidade de adotarem os ascendentes e irmãos do adotando (artigo 42 §1). Além disso, é permitido que casais divorciados adotem em conjunto, desde que o estágio de convivência familiar tenha se iniciado na constância do casamento e acordarem quanto à guarda e visitas (artigo 42 §4º) e também que a adoção se efetive mesmo com a morte do adotante no curso do processo (artigo 52 § 5º).

Doutro vértice, para que a adoção se efetive não basta o preenchimento desses requisitos formais, uma vez que o legislador sensivelmente se atentou para o

---

<sup>90</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 124.

<sup>91</sup> Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

<sup>92</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 125.



fato de serem insuficientes para satisfazer o princípio do melhor interesse da criança. Desta forma, tem-se três dispositivos dotados de um grau de abstração e porosidade que, conforme observa GIRARDI<sup>93</sup>, permitem que o julgador forme seu convencimento analisando vários aspectos que permeiam cada caso concreto.

Corroborando com as premissas constitucionais, o ECA, em seu artigo 19<sup>94</sup>, traz como direito de todas as crianças serem acolhidos em um ambiente familiar. Além disso, merecem destaque os artigos 29<sup>95</sup> e 43<sup>96</sup>: este estabelece como condição para a adoção que esta traga reais vantagens ao adotado e que seja fundada em razões legítimas, enquanto aquele determina o indeferimento do processo de adoção quando não houver um ambiente familiar adequado.

Em março de 2013 o Superior Tribunal de Justiça publicou relevante decisão pertinente à temática, em Recurso Especial nº 1.281.093<sup>97</sup>, interposto pelo Ministério Público do estado de São Paulo em face da decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça daquele estado, a qual concedeu a adoção de uma menina, filha biológica de uma das

<sup>93</sup> GIRARDI, Viviane. Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. *A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 126.

<sup>94</sup> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família (...)

<sup>95</sup> Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

<sup>96</sup> Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

<sup>97</sup> "DIREITO CIVIL. ADOÇÃO. CONCESSÃO DE ADOÇÃO UNILATERAL DE MENOR FRUTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA À COMPANHEIRA DA MÃE BIOLÓGICA DA ADOTANDA. A adoção unilateral prevista no art. 41, § 1º, do ECA **pode ser concedida à companheira da mãe biológica da adotanda, para que ambas as companheiras passem a ostentar a condição de mães(...). O STF decidiu ser plena a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, o que trouxe, como consequência, a extensão automática das prerrogativas já outorgadas aos companheiros da união estável tradicional àqueles que vivenciem uma união estável homoafetiva. Assim, se a adoção unilateral de menor é possível ao extrato heterossexual da população, também o é à fração homossexual da sociedade. Deve-se advertir, contudo, que o pedido de adoção se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando". Nesse contexto, estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. Além do mais, a possibilidade jurídica e a conveniência do deferimento do pedido de adoção unilateral devem considerar a evidente necessidade de aumentar, e não de restringir, a base daqueles que desejem adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que, longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar. REsp 1.281.093-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/12/2012." (Grifo e destaque nosso).**

companheiras para a outra, sob o argumento de que a adoção por casal homoafetivo não poderia juridicamente se consolidar tendo em vista que o objetivo maior da adoção seria reproduzir a filiação natural. A Relatora Ministra Nancy Andrichi argumentou que a criança teria sido planejada por ambas e que a decisão pela inseminação artificial fora tomada conjuntamente e que, além disso, o ordenamento jurídico brasileiro não limita o exercício da cidadania por conta da orientação sexual do indivíduo. Sob o ponto de vista da criança, afirmou que o recurso interposto pelo Ministério Público somente se sustentaria se demonstrada a inexistência de reais vantagens a menor, uma vez que não há que se falar na separação dos papéis feminino e masculino na educação dos filhos e que se trata do interesse da própria menor que a sua realidade fática seja também a jurídica.

Neste sentido, argumenta que “a plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, trouxe como corolário, a extensão automática, àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional” e, somando-se a isso:

Essas, ou outras qualidades quaisquer que venham a ser enumeradas, independem de gênero, credo, cor ou orientação sexual, mas não prescindem de elevadas doses de humanidade, sobejamente demonstrada por aqueles que lutam contra empecos discriminatórios de várias estirpes, para lograr êxito em pedidos de adoção. Soçobrem então os preconceitos, nunca o legítimo direito de uma criança ou adolescente acordar em um lar que possa chamar de seu.

Tal posicionamento do STJ expressa mais uma vez a necessidade e a importância do intérprete, que dá sentido à norma, orientando-se pelos valores sociais. Diante de um Estado de Direito que abomina qualquer tipo de discriminação e que se volta para concretização da igualdade e da dignidade da pessoa humana há o dever de reconhecer a filiação socioafetiva como um fato, como um dado, como uma realidade tão concreta, tão verdadeira, tão merecedora de tutela jurídica quanto a paternidade biológica e que é buscada por meio da inserção da criança em uma família substituta.

Conforme se observa, não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhum impedimento para que a adoção se dê por um casal homoafetivo, tendo o legislador regulado minuciosamente o procedimento bem como seus requisitos e condições para sua efetivação, sequer fazendo qualquer referência à orientação sexual dos adotantes.

Deste modo, a ausência de previsão legal deve ser interpretada como uma possibilidade não esmiuçada, mas prevista pelo legislador e, porque considerada, não proibida, e, portanto, permitida. Ademais, como se viu, o caminho pelo reconhecimento jurídico vem sendo percorrido pela doutrina e a jurisprudência nacionais que se esforçam para dar sentido à abstração da norma e suprir-lhe a lacuna.

Outrossim, não há em nenhum diploma legislativo nenhum dispositivo, tampouco princípio implícito no texto constitucional ou no ordenamento jurídico como um todo que trate da obstaculização ou do condicionamento da adoção à heterossexualidade, sequer esta é uma questão a ser averiguada durante o processo de adoção. Isto representa mais um indicativo de que a orientação sexual não possa ser parâmetro para viabilizar ou inviabilizar a inserção de uma criança ou jovem em uma família substituta.

A realidade que se faz presente com muita frequência no cenário jurídico nacional é a adoção por uma pessoa homossexual, caminho pelo qual o casal viabiliza a concretização da adoção conjunta - plenamente possível já que ausente vedação à adoção unilateral - sendo que faticamente ambos(as) exercem a paternidade/maternidade.

Ocorre, nestes casos, a não correspondência entre a adoção jurídica e a adoção real, uma vez que, como se viu, frequentes são os casos em que juridicamente a família monoparental é formada, mas o dia-a-dia daquela criança / jovem é vivenciado por uma família homoafetiva, o que gera uma instabilidade muito grande para o próprio menor e para todo o núcleo familiar.

As implicações da maternidade/paternidade não regulamentada podem ser as mais diversas: desde a questão existencial, do adotado e dos adotantes não serem reconhecida pelo Estado aquela que é a sua realidade, até mesmo problemas com os direitos e deveres inerentes à paternidade/maternidade, que deveriam ser para ambos, mas acabam sendo faticamente unilaterais.

Muito mais do que uma questão jurídica, a maior barreira enfrentada pelos casais homoafetivos que pretendem adotar conjuntamente parece ser a incapacidade das pessoas de refletirem o problema sem as vestes do preconceito, numa perspectiva de aceitação daquilo que para elas parece ser o “diferente”.

Não se pretende que o processo de adoção seja facilitado aos homossexuais, ou se afirmar que a homossexualidade pressupõe uma aptidão para a paternidade/maternidade. O que não parece admissível, por outro lado, é pressupor a inaptidão, atribuindo ao legislador um recorte que ele não fez quanto às características dos adotantes.

Esclarece Prof. Eduardo de Oliveira LEITE que “Pai ou mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é.”<sup>98</sup> Assim, resta claro que não se pode exigir o amor, falando-se em uma tutela jurídica do afeto não para ordenar sua realização na intimidade, mas sua viabilizar sua efetivação mesmo quando ausentes os laços biológicos; não podendo se ausentar a responsabilização pela relação que em algum momento se estabeleceu.

A crença no dano potencial futuro da convivência da criança com homossexuais faz com que o tema da adoção por casais homoafetivos no Brasil seja, ainda, muito tormentoso, conforme revela DIAS<sup>99</sup>, com muitas amarras e um preconceito revestido e mascarado, racionalizado com falsas premissas e reiterado, daí o paradoxo inaceitável, por um Estado de Direito, orientado por um texto constitucional embasado nos ideais formais de igualdade, dignidade e não discriminação.

### 3.2 Aspectos sociais

O tema da adoção por casais homoafetivos traz à baila as esferas individuais existenciais dos indivíduos maiores, capazes, cidadãos - que são, como coloca a Prof.<sup>a</sup> Ana Carla Harmatiuk MATOS<sup>100</sup>, iguais mas diferentes, porque privados de exercer todo o rol de direitos que lhe são garantidos constitucionalmente: como já exposto, os parceiros homoafetivos são reconhecidos como entidade familiar, contudo, têm hoje

---

<sup>98</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Temas de Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.101.

<sup>99</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 487.

<sup>100</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. União entre pessoas do mesmo sexo: *aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2004. p. 16.

mutilada a faculdade de exercer a paternidade e a maternidade conjuntamente. Além disso, tem-se, ainda, num contexto de exclusão social e de acesso à justiça, milhares de crianças abrigadas, sobrevivendo numa realidade de absoluta marginalização, invisíveis ao poder público e à sociedade, tendo-lhes negados, diariamente e provavelmente por toda a vida, seus direitos mais essenciais.

Apreendem-se, portanto, dois cenários incompatíveis que vêm sendo equilibrados pelo próprio Estado, que na tentativa irracional de conservar formas, acaba por engessar o ordenamento jurídico e deixa de ser omissivo, na medida em que age para negar direitos.

O primeiro cenário que se configura é aquele trazido pela Constituição Federal de 1988, que desloca o núcleo estruturante de todo o ordenamento jurídico e, em especial, do Direito de Família para a pessoa humana.

Temos um texto constitucional que coloca como responsabilidade do Estado e toda a sociedade não somente o respeito à igualdade, à liberdade individual, à dignidade, à não-discriminação, mas que elenca esses valores como fins do próprio Estado e a luta pela sua efetivação deveres pessoais de cada um. Um Estado presente que tem como fim a própria pessoa humana e sua plena realização.

Quando se deixa a esfera formal, um segundo contexto se estabelece: de um lado, a orientação sexual servindo como justificativa para a perpetuação do abandono infantil e da negativa de direitos. Na perspectiva das crianças, o Estado age como se a convivência com pares homoafetivos fosse um risco, algo que pode trazer danos irreparáveis, quando sabemos que a institucionalização, o abandono, a inexistência de referência é que têm o condão de usurpar a infância e trazer traumas que terão que ser lidados por toda a vida. Do ponto de vista do casal que tem como projeto de vida em comum construir uma família, e na esfera pessoal sua realização como pai ou mãe, a persecução desse objetivo deveria ser uma preocupação do Estado no sentido de possibilitar ao indivíduo esta realização. Aqui, mais uma vez aparece a orientação sexual como empecilho para a concretização da dignidade da pessoa humana, contrariando todos os princípios constitucionais.

Estes dois cenários não só são incompatíveis como se excluem mutuamente. Não é harmônico com a nova concepção de família que ela possa se expressar de

forma limitada, somente nas hipóteses elencadas expressamente pelo legislador. Conforme ensina GIRARDI, em consonância com o texto constitucional temos que “a sociedade reforça a preocupação e o desejo de permanência da família, entretanto, para apreender a nova realidade social, o conceito de família expandiu-se para, na concretização da igualdade, poder acolher a diferença.”<sup>101</sup>

Conforme se verá adiante, os dados mostram que temos no Brasil uma realidade cruel de crianças e adolescentes abrigados, passando, na maior parte das vezes, toda sua vida à espera de um lar, de uma identidade e uma referência materna/paterna que não vem. Diante desta realidade a conduta do Estado tem sido restringir ainda mais a possibilidade dessas crianças e adolescentes institucionalizados serem acolhidas em uma família substituta quando obstaculiza a adoção por pares homoafetivos. Em havendo a possibilidade desses menores serem retirados de uma realidade material, emocional e psicológica de abandono não fazê-lo com base na orientação sexual individual dos pais configura verdadeira crueldade.

Como ensina GUERREIRO, “A ferida do abandono propicia a adoção por família substituta na expectativa de que a criança ou adolescente possa desfrutar do direito de viver em família (...) e ser respeitada pelo próprio Estado.”<sup>102</sup> Infelizmente, ainda hoje, a ideia de que a homossexualidade seria algo comportamental que pudesse ser ensinada e apreendida por pais e filhos permeia o imaginário de muitas pessoas. Em sua brilhante sustentação oral, representando o Governo do Estado do Rio de Janeiro na ADPF 132, Luís Roberto Barroso pontua a necessidade de serem analisados os preconceitos disfarçados de falsos discursos quando afirma que “Em cada fase da vida e da história existe sempre uma racionalização para justificar o preconceito.”

Se o legislador foi omissivo, não regulamentando a adoção pelas entidades familiares homoafetivas, cabe ao intérprete, dar uma resposta que amplie e não restrinja direitos fundamentais dos cidadãos.

---

<sup>101</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 34.

<sup>102</sup> GUERREIRO, Fátima Maria Marins. *Família Homoafetiva e os principais desafios*. Curitiba: UFPR, 2002. p. 83. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

Uma dura realidade se impõe diariamente no cenário brasileiro: temos milhares de crianças crescendo em instituições, incapazes de fornecer uma estrutura física e psicológica que possa proporcionar-lhes oportunidade de pleno desenvolvimento de suas capacidades. Não há sequer dados precisos acerca do abandono infantil no Brasil, temos estimativas de alguns órgãos como o Conselho Nacional de Justiça e a Associação dos Magistrados Brasileiros, mas a realidade é que a discrepância entre os dados divulgados, bem como ausência de estudo e levantamento precisos acerca da concreta situação das crianças brasileiras institucionalizadas indicam um árduo caminho a ser percorrido, ainda, no próprio retrato da realidade.

Segundo dados veiculados no sítio do Senado brasileiro, estima-se que haja 120 mil crianças abrigadas. Levantamento da AMB, por outro lado, traz o dado de 80 mil. Segundo dados divulgados pela ONG Associazione Amici dei Bambini (Ai.Bi), 72% dos brasileiros preferem adotar uma criança branca, destes, 67% querem que seja um bebê com cerca de 6 meses, sendo que 99% efetivam a adoção de crianças com até 1 ano de idade. Embora boa parte dos menores abrigados nas instituições para esse fim no Brasil seja formada por afro-descendentes (63,6%) e 61,3%<sup>1</sup> deles tenham entre 7 e 15 anos, a maior parte dos interessados em adoção procura por bebês com pele clara.<sup>103</sup> Assim, é comum a afirmação de que há mais pessoas querendo adotar do que crianças disponíveis para adoção. O que ocorre, na verdade, é que esta aparente incoerência pode ser explicada pelos dados supramencionados: o perfil de criança que se busca não corresponde ao perfil da criança<sup>104</sup> que espera por um lar, realidade esta também analisada pelo Conselho Nacional de Justiça em reportagem veiculada em seu sítio, na qual se afirma que o perfil exigido pelos adotantes é o maior entrave ao procedimento da adoção.

Seja qual for precisamente o dado correto, todas as estimativas supracitadas são estarrecedoras, a institucionalização dessas crianças deve ser medida excepcional,

---

<sup>103</sup> Disponíveis em:

<[http://www.senado.gov.br/senado/programas/InfanciaePaz/eventos/3\\_forum/apresentacoes/2%C2%BA Dia/Manha/Maria/Agenda%20Social%20-%200%20a%206%20anos.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/programas/InfanciaePaz/eventos/3_forum/apresentacoes/2%C2%BA%20Dia/Manha/Maria/Agenda%20Social%20-%200%20a%206%20anos.pdf)>,

<[http://www.amb.com.br/?secao=mostranoticia&mat\\_id=15334](http://www.amb.com.br/?secao=mostranoticia&mat_id=15334)>.

<sup>104</sup> Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15658:brasil-tem-4856-criancas-para-a-adocao-revela-ultimo-balanco>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

somente quando não houver a possibilidade de serem acolhidas em uma família substituta.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) lançou o livro “O direito à convivência familiar e comunitária – os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil”, que traz os resultados finais do Levantamento Nacional de Abrigos. Foram investigados 589 programas de abrigos que recebem recursos do governo federal. A obra retrata as condições do atendimento a crianças e adolescentes nestas instituições, e faz uma análise dos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com ênfase na garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Parece inequívoco que as condições oferecidas pelas Instituições que acolhem menores abandonados não atendam, nem de longe, a nenhuma das exigências elencadas no ordenamento jurídico. O afastamento do convívio familiar que precisa, necessariamente, ser temporário – e o mais breve possível – acaba sendo a realidade dessas crianças e jovens por toda a vida.

O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome realizou o Levantamento Nacional de Crianças e adolescentes em Serviços de acolhimento. Segundo o estudo realizado nos anos de 2009 e 2010<sup>105</sup>, existem atualmente no Brasil 2.624 Serviços de Acolhimento Institucional que abrigam 36.929 crianças e adolescentes, sendo que cerca de 19,3% possuem critérios de sexo para admissão da criança/ adolescente e 55,9% possuem critérios da idade. O levantamento revelou também que cerca de 33,8% das instituições analisadas apontam como um dos principais motivos pelos quais os indivíduos abrigados deixam a instituição é a maioria, dado este que se choca quando 43,4% não mencionam a adoção. Talvez o dado mais preocupante seja o motivo pelo qual 37,5% dos menores estão abrigados: negligência familiar, seguidos por 20,1% de pais dependentes químicos e aproximadamente 17% vítimas de violência física ou sexual e que mais de 60% das crianças possuem vínculo com sua família originária.

---

<sup>105</sup> Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/eventos/assistencia-social/encontro-nacional-de-monitoramento-do-suas-2011/arquivos/mesa-6/Levantamento%20Nacional%20das%20Crianças%20e%20Adolescentes%20em%20Serviços%20de%20Acolhimento.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2013.



Cabe ressaltar, contudo, que nestes dados não estão incluídas as crianças e adolescentes que nem possuem uma família, tampouco encontram-se em alguma instituição, mas numa realidade de absoluta exclusão e, como se observa, sequer há estudos precisos que retratem a sua realidade.

Importante esclarecer neste ponto que não se pretende afirmar com este trabalho que a adoção por casais homoafetivos solucionará o problema do abandono e da institucionalização infantil, de modo que sua possibilidade fosse capaz de eliminar estes problemas. O que se deseja é fomentar o debate, demonstrando, doutro vértice, que o impedimento à adoção por pares homossexuais configura mais um óbice ao já tão complexo e árduo procedimento da adoção e que isto sim vem permitindo que a institucionalização das crianças não seja uma exceção, uma medida excepcional já que a partir do momento em que se cria uma dificuldade baseada unicamente no preconceito, imperioso revelar suas consequências.

A luta maior deve ser sempre por melhorar o procedimento legal da adoção a fim de que objetivo maior seja combater os dados<sup>106</sup> estereotipados que traduzem a realidade cruel, a qual demanda uma resposta consistente por parte do Estado. Poupar o infante de ser exposto a situações de risco significa concomitantemente o esforço pela efetividade do processo de adoção, mas também o reconhecimento pelas relações paterno-filiais já estabelecidas.

Assim, se o melhor interesse da criança é seu desenvolvimento inserida em um contexto familiar adequado, não faz sentido se afirmar que a homossexualidade em si represente uma inadequação.

O que se busca, portanto, é que a orientação sexual não seja um obstáculo à inserção do indivíduo na família substituta, não se fazendo qualquer diferenciação em relação ao comportamento heterossexual, como se houvesse uma inaptidão natural desses casais para a paternidade/maternidade. Conveniente ressaltar

---

<sup>106</sup> Estima-se que haja 120 mil crianças abrigadas. Segundo dados divulgados pela ONG Associazione Amici dei Bambini (Ai.Bi), 72% dos brasileiros preferem adotar uma criança branca, destes, 67% querem que seja um bebê com cerca de 6 meses, sendo que 99% efetivam a adoção de crianças com até 1 ano de idade. Embora boa parte dos menores abrigados nas cerca de 600 instituições para esse fim no Brasil seja formada por afro-descendentes (63,6%) e 61,3%1 deles tenham entre 7 e 15 anos, a maior parte dos interessados em adoção procura por bebês com pele clara. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/senado/programas/InfanciaePaz/eventos/3\\_forum/apresentacoes/2%C2%BADi%20a/Manha/Maria/Agenda%20Social%20-%200%20a%206%20anos.pdf](http://www.senado.gov.br/senado/programas/InfanciaePaz/eventos/3_forum/apresentacoes/2%C2%BADi%20a/Manha/Maria/Agenda%20Social%20-%200%20a%206%20anos.pdf)>. Acesso em 13 de setembro de 2013.

que também não se trata de uma aptidão inerente a família homoafetiva, mas que os critérios sejam iguais porque iguais em direitos e deveres os adotantes, de modo que em se verificando que o casal não reúne as condições necessárias para oferecer uma estrutura para a criança/adolescente, não adotará, independentemente de sua orientação sexual.

É uma afronta ao texto constitucional e, por consequência, aos demais diplomas normativos impedir que os pares homoafetivos exerçam a totalidade de seus direitos, ainda mais quando deste exercício possa resultar a concretização dos direitos mais elementares de crianças e jovens abandonados por seus genitores, suas famílias e ignorados pelo poder público.

As psicólogas Lidia Natália Dobrianskyj WEBER e Lúcia Helena Milazzo KOSSOBUDZKI analisaram o cenário histórico e teórico da institucionalização e abandono infantis, buscando a compreensão acerca de suas consequências. As autoras afirmam<sup>107</sup> que diversas são as formas de abandono emocional que uma criança ou jovem pode sofrer, mas pontuam que a existência de uma figura paterna/materna que não atuam como tal criam feridas tão profundas, capazes de causar grande confusão em seus sentimentos, Desta forma, muito embora sobrevivam à separação, esses indivíduos podem carregar por toda a vida o trauma do abandono.

Aduzem, ainda, que a ruptura dos laços afetivos representam perdas tão profundas que marcam a personalidade do indivíduo abandonado, sendo muito difícil para ele reconstituir laços de confiança, como se houvesse uma defesa, muitas vezes inconsciente, diante de uma possível nova perda. Assim, como um mecanismo de proteção, a criança ou adolescente, muito embora em um primeiro momento consiga desenvolver laços de afeto com os adotantes e possa ser capaz de expressá-los, em um momento posterior é muito comum que haja uma forma de teste, como consequência de sua apreensão e do medo diante da possibilidade de novamente ser abandonada. Seria como um bloqueio, uma mensagem de que não está disposta a oferecer muito, para também não perder muito.

---

<sup>107</sup> WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj.; KOSSOBUDZKI, Lúcia Helena Milazzo. Filhos da solidão: institucionalização, abandono e adoção. Curitiba: Governo do Estado do PR, 1996. p. 38.

As psicólogas asseveram que quanto antes novos laços afetivos forem formados, quanto menos tempo a criança ou o adolescente forem expostos ao desamparo, menos profundas serão essas feridas e maior capacidade teria o indivíduo de recuperar a segurança e a capacidade de confiar e se relacionar de forma plena. Obviamente também não é a psicologia uma ciência exata, havendo alterações nas reações psíquicas e sociais para cada indivíduo compelido a vivenciar a realidade da negligência.

Em seu estudo, WEBER e KOSSOBUDZKI sustentam que a integridade psicológica e a autoconfiança que permitem que as adversidades da vida sejam enfrentadas, ou seja, a capacidade humana de vivenciar os dissabores e os desafios inerentes à condição humana, são desenvolvidas por meio de situações que faça ser percebida a possibilidade de confiar no outro e que este laço de confiança - que representa a certeza do amparo em caso de adversidade e o respeito à individualidade que promove o pleno desenvolvimento psíquico do indivíduo - são mutilados no contexto da institucionalização. A criança abrigada apreende de sua realidade que “não pertence ao seu meio”<sup>108</sup>, não desenvolve sua individualidade, não se compreende como membro de uma sociedade, como um agente capaz de criar, modificar ou construir o seu próprio destino.

Há que se observar que a realidade de grande parte das crianças abrigadas não se limita a tudo isso que já foi narrado de modo que apresentam-se somadas a agressões físicas e psicológicas, ao trabalho infantil, que cessam quando da inserção em uma instituição e do afastamento do convívio familiar com a família de origem.

Inserir uma dessas crianças ou jovens em uma família substituta significa proporcionar-lhes uma chance, de aprenderem a amar e serem amadas, de recuperarem a capacidade de confiar no outro e de se reconhecerem como indivíduos capazes de construir a própria história e de criarem uma referência, uma estrutura que possibilite seu desenvolvimento.

Se o abandono por si só é uma violência, agressão ainda maior é o Estado operacionalizar sua perpetuação. Que as pessoas tenham o seu preconceito e sejam

---

<sup>108</sup> WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj; KOSSOBUDZKI, Lúcia Helena Milazzo. Filhos da solidão: *institucionalização, abandono e adoção*. Curitiba: Governo do Estado do PR, 1996. p. 45.

incapazes de superá-lo é humanamente compreensível, mas permitir que esse preconceito se materialize inviabilizando a reinserção familiar de crianças e adolescentes desamparados é deveras cruel. Estarrecedor que diante de toda a realidade acima exposta algumas pessoas ainda pretendam justificar a impossibilidade da adoção por dupla homossexual com base no princípio do melhor interesse da criança.

O cenário brasileiro e as pesquisas parecem não deixar dúvidas quanto à nocividade ao pleno desenvolvimento do indivíduo a perda de identidade e suas consequências, que são inerentes à institucionalização. Daí ser medida excepcional e temporária, devendo ser o mais breve possível; parecendo se justificar também neste viés que a inserção da criança em um abrigo somente se efetive em última hipótese. Ingênuo seria pensar que o legislador ignorava esta realidade e mais brutal ainda a dedução de que consciente desta realidade tenha ele optado pela exclusão da adoção homoafetiva. Assim, parece mais razoável e condizente com a interpretação sistemática do ordenamento jurídico a compreensão de que a ausência de proibição taxativa signifique sua permissibilidade. Logo, após desconstruídos todos os mitos que envolvem a temática parece simples deduzir que o único óbice à constituição familiar homoafetiva seja o preconceito.

## CONCLUSÃO

Os nós foram se afrouxando e os rígidos padrões de moralidade paulatinamente vêm dando espaço para uma construção mais fiel à verdadeira paternidade.

O reconhecimento das entidades familiares deve refletir a realidade da vida, sendo o afeto não apenas uma característica, mas sua a estrutura basilar. Tem-se, portanto, nas construções jurisprudenciais e doutrinárias, a solidificação do valor da afetividade nas relações familiares, e, prioritariamente, nas relações de filiação. A verdade que é construída no cotidiano com base no amor, no afeto e no amparo ganha destaque ao lado da verdade biológica. Assim, a complexidade da realidade fática dará os componentes informadores da “verdadeira filiação”, direito essencial que compõe o núcleo central da dignidade humana - centro do nosso ordenamento jurídico, princípio para cuja concretização se volta toda a sociedade.

A lacuna da lei expressa é o que traz mais dificuldade para os operadores do direito quando as questões que permeiam as relações homoafetivas exigem uma postura do Estado. Se, por um lado, o constituinte foi muito claro ao definir os ideais a serem, necessariamente, concretizados, tais como os da igualdade, da solidariedade, da proteção à criança e ao adolescente, da redução das desigualdades, da não-discriminação, ora vetando algumas condutas, ora impondo outras, a fim de ver viabilizadas as promessas formalizadas, por outro foi omissivo e deixou de regulamentar questões importantíssimas.

Fato é que temos uma lei fundamental que traz um Estado e uma sociedade atuantes em prol da efetivação sistemática do texto constitucional: todo o ordenamento jurídico deve estar em consonância com ele e àquilo que não previsto pelo legislador deve ser dada uma resposta que dialogue com a Constituição Federal.

A questão da adoção por casais homoafetivos chega ao Poder Judiciário como uma realidade que precisa ser enfrentada à luz dos princípios constitucionais e, a orientação sexual como impedimento para o reconhecimento de direitos é absolutamente incompatível com um Estado que se pretende democrático de Direito.

Há dificuldade até mesmo na retratação da própria realidade quando não se consegue precisar quantas crianças foram abandonadas por suas famílias, o que demonstra o tortuoso caminho a ser percorrido no que diz respeito ao cuidado com as crianças brasileiras. Condenar crianças e adolescentes a passarem o resto de sua menoridade em um abrigo, em havendo a possibilidade de serem acolhidas em uma família substituta é a forma mais cruel usurpar seus direitos mais fundamentais.

Da mesma maneira, impedir que duas pessoas maiores, capazes, cidadãos, exerçam a plenitude de direitos garantidos em sede constitucional em decorrência de sua orientação sexual é a forma mais expressiva de se institucionalizar e legitimar o preconceito. Não há razoabilidade em se restringir direitos justificando na forma como determinada pessoa encontra sua realização afetiva.

O advento da Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova realidade no Direito de família, realidade esta em que se pugna por relações de externalização do cuidado, do amor e do carinho fraternos dedicados uns aos outros no ambiente familiar. A pluralidade como característica da família contemporânea indica novos valores a serem reconhecidos pelo Direito.

Ainda que haja um caminho tortuoso a ser percorrido e uma série de preconceitos arraigados, permitidos e reiterados pelo próprio Estado a serem desconstruídos, a adoção por pares homoafetivos é uma possibilidade do ordenamento jurídico brasileiro que vem sendo construída doutrinária e jurisprudencialmente, suprimindo a lacuna da lei e colocando em marcha as premissas constitucionais.

## BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à Brasileira e a Verdade do Registro Civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Dignidade Humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomsom, 2006.

ALMEIDA, Maria Cristina de. **Direito à identidade pessoal e estado de filiação: contributo à tutela da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: UFPR, 2002. p.83. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

BARROS, Fernanda Otoni. Um pai digno de ser amado. In: **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto et al. **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e debates bioéticos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COSTA, Tarcísio José Martins apud MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade In: MACIEL, Kátia (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 2ª ed. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2007.

COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. **Adoção por Pares Homoafetivos: uma abordagem jurídica e psicológica**. 2003. Disponível em: <[www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_10005.pdf](http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10005.pdf)>. Acesso em 24 de outubro de 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Quem é o pai? (Do filho presumido)**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/ser-pai/407>>. Acesso em 16 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: *relação biológica e afetiva*.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIA, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Claudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica.** Curitiba: Juruá, 2009.

FIGUEIREDO, Francisco de Assis. Família Isossexual. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GUERREIRO, Fátima Maria Marins. **Família Homoafetiva e os principais desafios.** Curitiba: UFPR, 2002. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

HAMAD, Nazir. **A criança adotiva e suas famílias; tradução: Sandra Regina Felgueiras.** Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.



LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

\_\_\_\_\_. **Grandes temas da atualidade, adoção, aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias de acordo com a Emenda Constitucional nº. 66/2010 (Divórcio)**. 4ª ed., 2011.

\_\_\_\_\_. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>. Acesso em 27 de setembro de 2013.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 11ª ed.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A família na Constituição Federal: Perspectiva civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **A União entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional**. In: Revista Trimestral de Direito Civil, Ano I, Vol.1, Jan/Mar 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). **Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

\_\_\_\_\_. **Família e cidadania: o novo CCB e a “vacatio legis”**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

\_\_\_\_\_. In: **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Princípio da afetividade. In: **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Tânia da Silva Pereira. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho: Reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao filho – descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho In: **Revista de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.6, n.25, ago.-set, 2004.

SOUZA, Rosângela de Moraes. **Evolução histórica da adoção**. *Revista Humanidades*, nº 27, 1992.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. **A desbiologização da paternidade**. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, ano XXVIII, nº21.

WEBER, Lidia. **Pais e filhos por adoção no Brasil: características, expectativas e sentimentos**. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. **Aspectos Psicológicos da Adoção**. Curitiba: Juruá, 1999.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj; KOSSOBUDZKI, Lúcia Helena Milazzo. **Filhos da solidão: institucionalização, abandono e adoção**. Curitiba: Governo do Estado do PR, 1996.

ZENI, Bruna Schlindwein. **A evolução histórico-legal da filiação no Brasil**. *Direito em debate*, Ano XVII, nº 31, 2009.