

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

## **ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS**

Enfoque Interdisciplinar

**ALESSANDRO RAFAEL BERTOLLO DE ALEXANDRE**

**CURITIBA 2004**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS**  
**Enfoque Interdisciplinar**

**ALESSANDRO RAFAEL BERTOLLO DE ALEXANDRE**

Monografia submetida à Universidade  
Federal do Paraná – UFPR, como  
requisito parcial à obtenção do grau  
de Bacharel em Direito.

**Orientador: Professor Dr. Luiz Edson Fachin**  
**Co-orientadora: Ana Carla H. Matos**

**CURITIBA**  
**2004**

## ÍNDICE

Introdução.....	1
2) Aspectos Norteadores	
a) Exposição sobre um Novo Conceito de Família.....	3
b) As Bases para a Constituição de um Conceito.....	11
Jurídico Familiar Moderno	
c) Breve Análise da Condição Homossexual.....	19
d) Breve Análise do Conceito de Adoção.....	25
3) Construção dos Fundamentos Jurídicos Familiares	
a) Sobre a Proteção dos Diferentes Tipos de Relações.....	33
Familiares	
b) Da Dignidade da Pessoa Humana.....	34
c) Do Princípio da Igualdade .....	37
d) A vedação de Discriminação.....	40
e) A Jurisprudência e a Garantia dos Direitos.....	43
Personalíssimos	
f) Sobre o Princípio da Liberdade e da Formação da.....	48
Personalidade	
g) Sobre a Proteção da Privacidade e da Intimidade.....	50
h) Breve Análise da Família Homossexual no Direito.....	51
Estrangeiro	
4) Da Adoção por Homossexuais e da Relação entre pais e filhos	
a) A adoção e a Proteção do Melhor Interesse da.....	53
Criança e do Adolescente	
b) A Adoção por Homossexuais.....	62
Conclusão.....	70
Referências Bibliográficas.....	78

## Introdução

O trabalho pretende tratar-se da adoção por homossexuais, assunto de grande sensibilidade, sobre o qual ainda não foi produzida vasta bibliografia. Ainda assim, o tema foi considerado para uma monografia de final de curso pela sua importância, e por abranger uma questão que é limítrofe, na averiguação de um novo modelo familiar. Portanto, serve de estudo complexo para apreensão do Direito de Família atual, o que é adequado para um trabalho no qual o autor pretende adquirir conhecimento, e não transmiti-lo. Ademais, a relevância da adoção nestas condições seria suficiente para demonstrar a importância do tema, seja no sentido social, seja no jurídico.

O tema em enfoque exige uma abordagem interdisciplinar. Ainda mais se, com base constitucional, pretende-se perceber a atividade jurisdicional como geradora e fonte de direito<sup>1</sup>. Em verdade, quando a lei faz referência a termos ambíguos, por exemplo, o melhor interesse da criança, família, entre outros, sobre as quais não é possível uma resposta razoável com base na literalidade e sintaxe dos textos legais, está a chamar o julgador para desempenhar uma criteriosa formação da norma no caso concreto, talvez a nível pragmático, fazendo desta análise específica um valor jurídico em igual peso, senão superior (quando Constitucional), àquelas normas imperativas, unívocas e precisas. Por certo, os critérios para a sua formação, por não se encontrarem exclusivamente no Direito, são buscados através da interdisciplinaridade.

Alguns buscam em juízos hipotéticos sobre fatos virtuais fundamento para influir neste julgamento criterioso, “justo”, na tentativa de se conter, ou, ao menos, não ensejar críticas positivistas. Porém, este meio caminho pouco prestigia tanto a corrente positivista como a crítica. Busca-se neste trabalho uma

---

<sup>1</sup> “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer... uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo... A tarefa que consiste em obter a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas... Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito Positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso”. Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Pág. 393. Neste trabalho, entende-se que a atividade jurídica envolve critérios mais adequados do que os morais, na produção de normas “justas”.

interdisciplinaridade condizente com o assunto que abordamos, para além de meras opiniões, buscando em outras ciências algum fundamento para orientar a atividade jurisdicional normativa. Por isso, antes de constituir um trabalho de Direito, esta monografia pretende estabelecer um diálogo entre o Direito e algumas ciências importantes, no que se refere ao tema da adoção por homossexuais.

Apesar da importância da religião no complexo social, esta não será tratada diretamente, senão em poucas linhas, com intenção de desenvolver “argumentum a contrario”. A religião, como ideologia<sup>2</sup>, não serve de auxílio. Máxime, seria possível buscar na ética algum fundamento, mas esta também não é a principal preocupação deste trabalho.

Do mesmo modo, a análise dos projetos de lei acerca da união homossexual que tramitam no Congresso não recebe a atenção do presente documento, 1) seja porque não tratam diretamente da adoção, senão quanto à vedação em relação à adoção por casais, o que não é inovação no nosso ordenamento, como será explicado, 2) seja porque os projetos são substituídos, a votação é postergada, novas propostas são encaminhadas, e neste meio tempo, a doutrina e a jurisprudência são obrigadas a trilhar um caminho próprio. Enfim, a hesitação demonstrada no Congresso, por diversas vezes, e ainda, os quase dez anos de tramitação, nos faz pensar que, a moda do “novo” Código Civil, é tanto mais certo comentar determinadas leis quando finalmente são sancionadas, se é que o serão em um futuro próximo. De qualquer forma, a cautela ao menos nos valerá a análise da redação final do instituto.

A primeira e a segunda parte deste trabalho referem-se a relações que ajudarão no deslinde da pesquisa. A primeira parte trata de tópicos diversos, que apesar de induzem a fragmentos de exposição, são assuntos relevantes, indispensáveis a construção de critérios jurídicos interdisciplinares. Na segunda parte estará presente uma maior preocupação jurídica, enquanto no terceiro e derradeiro capítulo, pretende-se a finalização do trabalho, em uma análise mais direta do tema.

## 1) Aspectos Norteadores

---

<sup>2</sup> A caracterização da religião como ideologia não é audaciosa, e é cabível tanto no sentido marxista como nas correntes que percebem nesta uma influência de valores não científicos na sua formação.

## a) Aspectos Materiais Formadores de um Novo Conceito de Família

O estabelecimento do sistema liberal codificado, através de rígida organização formal, estabeleceu novas incongruências – em relação ao período anterior - entre o direito posto e a sociedade. Muito embora no Direito de Família a organização social se modificava mais lentamente, variando em intensidade de grupo em grupo, as inovações legais que deveriam acompanhar as novas realidades dependiam de reestruturações legislativas que por vezes levavam décadas, senão séculos, principalmente quando eram sustentados por aqueles que detinham maior influência sobre o poder constituído.

Em verdade, o que não é novidade em se tratando de Direito, nos termos do Código de Napoleão, nunca existiu uma correspondência fiel entre a realidade de algumas unidades familiares e o modelo legal, justamente por causa do valor excessivo que se concedia ao título, que corresponde, afinal, a uma simplificação da realidade a determinados termos queridos por lei.

A revolução era aparentemente contraditória, porque em diversos campos os seus propósitos não eram libertários ou igualitários. Em verdade, se em prol da igualdade tinha como ideal atomista social a extinção de privilégios políticos e econômicos, era em reação às antigas ordens de estados e corporações de ofício; se pregava uma certa liberdade, era em revolta ao poder que o rei celebrava na utilização arbitrária da prisão, quando esta pena não possuía grande importância na legislação penal da época. Enfim, correspondia a uma nova ideologia, o ideal liberal burguês, que por sua vez servia a uma organização social. Por esta razão é que ainda não foram propiciadas substanciais modificações em relação ao período imediatamente anterior no que tange ao direito de família.

O poder coercivo organizado, plural da Idade Média, e estatal nas épocas que se seguiram, estava comprometido com o “código” moral, que servia de suporte ao “status quo”. A família sem casamento, quando realizada sem a concorrência de outra relação afetiva, por si só favorecia o enfraquecimento do

poder da Igreja<sup>3</sup>, e posteriormente, do poder do Estado, que queria, “numa primeira fase, substituir o próprio casamento religioso, com o qual antagonizou, equiparando-o ao concubinato”<sup>4</sup>, consolidando o seu próprio poder através de uma base moral já estabelecida.

Desta forma, se por um lado, as modificações econômicas influenciaram o surgimento de novas práticas e novas leis, por outro, não pareciam favorecer uma modificação profunda no Direito de Família. Ao contrário, o antigo modelo familiar ainda aproveitava o novo modelo econômico<sup>5</sup>. Em outros campos, porém, se observava que aquilo que uma vez servia de mecanismo ordenador e de controle, como modo de fortalecimento do poder concentrado, se convertera em fator de enfraquecimento, dada a separação entre o querido pelos grupos organizados em ascensão e o tido. Desta forma, algumas modificações eram postuladas, algumas afastadas, mas em qualquer dos casos se demonstrava que a separação absoluta entre o temporal e o moral não era efetiva.

Evidentemente, o elemento de conexão está na própria temporalidade da moral e da religião, como defendiam os teóricos comunitaristas<sup>6</sup>, ou melhor ainda, os nominalistas, na sua preciosa lição “mala quia prohibita, non prohibita quia mala”<sup>7</sup>. Ao contrário dos realistas, que relacionavam fé com razão, o que se pensava é que não havia condutas essencialmente más, a qualidade derivava de uma proibição, também em decorrência da proposição das verdades individuais<sup>8</sup>, que excluía os universais.

---

<sup>3</sup> O enfraquecimento do poder da Igreja através da inexistência de consagração religiosa das uniões existia em função de uma submissão dos atos da vida civil ao poder religioso e ao direito canônico, que representava uma submissão da população, com repercussões tanto sociais como psicológicas.

<sup>4</sup> Através do “negócio jurídico típico que foi imposto como forma de casamento secularizado no direito burguês” Silveira Ramos, Camem Lúcia. Opus cit. Pág. 48.

<sup>5</sup> A castidade do clero se convertia em maneira pela qual não se reconhecia a filiação, sabendo que, principalmente na baixa Idade Média, quando o poder da igreja Romana não havia se consolidado, a venda e transmissão de cargos eclesiásticos era prática bastante comum, beneficiando o seu “proprietário” com uma renda. Talvez seja por este mesmo motivo que a sucessão patrimonial, em determinada época e local, beneficiasse exclusivamente o filho primogênito, enquanto os filhos extraconjugais não eram reconhecidos. A família tradicional provavelmente interessava pela sua qualidade em não dissipar os poderes da elite, enfraquecendo o domínio e dificultando a reprodução do modo de produção. Do mesmo modo, nos grupos econômicos menos favorecidos, uma prole numerosa, apesar de aproveitar ao sistema, poderia resultar no colapso econômico do núcleo familiar que sustentava a massa da produção.

<sup>6</sup> Que entendem que os “os princípios morais só poderão ser compreendidos em uma práxis em sociedades reais, e não, na pureza de uma posição original” Ludwig, Celso Luiz. Formas da Razão, Racionalidade Jurídica e Fundamentação do Direito. Curitiba: 1997, UFPR, Tese (Doutorado em Direito). Pág. 120.

<sup>7</sup> “São males porque são proibidos, não são proibidos porque são males”. Naquele tempo, a concepção estava travancada pela noção de vontade divina, cabendo a Ele a origem da proibição

<sup>8</sup> “toda coisa extramental é singular” Ockham. Apud Lima Lopes, José Reinaldo de. O Direito na História. Lições Introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000. Pág. 168.

Com o descrédito científico de Deus como o Instituidor das proibições, assim como com o paradigma da “consciência”, o nominalismo caiu em descrédito. Posteriormente, quando os materialistas históricos estabeleceram uma relação entre o modo de produção e o Direito, derivando as proibições da economia, o que se pensava sobre outros moldes retomou a máxima “mala quia prohibita, non prohibita quia mala”, que se tornou base para críticas radicais dos sistemas de Direito. Não obstante, os universais foram mantidos, e sobre estes se estabeleceram classes com qualidades intrínsecas, desta forma, a análise científica ficou comprometida e a deturpação era inerente. Não se podia pensar em uma pluralidade de classes como grupos de individuais agrupados pelos seus interesses e condutas, mas por grupos que, dominando ou não o modo de produção, estavam fadados a travar uma batalha quase interminável, em termos bastante parecidos com o bem e o mal católico.

Do mesmo modo que a crença cristã, na qual o bem haveria de prevalecer sobre o mal, o proletariado deveria prevalecer sobre a burguesia, no entanto, proletariado não era o bem cristão, o que legitimava a adoção de práticas maquiavélicas, mas um bem histórico, um conjunto de anseios que não se fundava em postulados de agir, mas de ser, o que em certos autores determinou a construção de teorias profundamente práticas e discursivas, mas intencionalmente teoricamente equivocadas. Isso porque o bem não era um modo de agir que determinava as pessoas, como defendeu as doutrinas cristãs que acreditavam no livre arbítrio, mas, como era retratado, um modo de ser, um ser proletário, quase que um bem de nascença, já que os oprimidos estavam quase sempre destinados pelo sistema capitalista a se tornarem cada vez mais pobres, e os opressores a acumularem cada vez mais capital.

Com a decadência do materialismo histórico clássico<sup>9</sup>, buscam-se análises mais complexas e individualizadas dos fenômenos sociais. Este é o sentido deste trabalho, que tem no presente a intenção de pensar os homossexuais na sua individualidade, como um conjunto de pessoas individuais com anseios semelhantes, porém, não iguais entre si, pensá-los não como reprimidos por razões econômicas, como de fato poderiam o ser no passado, e possivelmente o são nos

---

<sup>9</sup> Neste sentido, Derrida “propôs não abandonarmos o espírito de Marx sem o devido trabalho de luto, o que poderia levar-nos a um ingênuo abraço do liberalismo tardio” Prado, José Luiz Aidar. Brecha na Comunicação: Habermas, o Outro, Lacan. São Paulo: Hacker Editores, 1996. Pág. 26.



países Árabes, entre outros, mas reprimidos por várias razões, mas apenas no que tange a individualidade sexual.

Criticar a repressão sexual é o mesmo que criticar os postulados morais que o fundamentam pela sua temporalidade, para a qual não se prescinde de uma análise material. O debate aproveita o Direito por diversas razões, porque, se a composição das decisões individuais exige a formação de normas particulares, excluir a moral<sup>10</sup> e a sua subjetividade como um critério para a decisão significa abrir caminho para os critérios científicos, muito embora estes, por sua vez, carreguem consigo uma certa dose de subjetividade.

Mas a crítica a moral, na ciência do Direito, é restrita apenas a sua utilização como critério extralegal, sendo que a moral que é consolidada nos textos legais sem qualquer ambigüidade e vagueza não pode ser afastada da ciência do Direito, muito embora estejam eivados de impropriedades<sup>11</sup>, o que enseja uma crítica política.

No que tange a homossexualidade, a gênese econômica do fundamento moral não é muito complexa, complexa são as razões pelas quais subsiste atualmente. Em se tratando de relações não tradicionais, entre as quais se incluem as homossexuais, no passado, a proibição de “desperdício do sêmen” foi

---

<sup>10</sup> Não demais lembrar que a exclusão da moral, nos países ocidentalizados, significa a exclusão de uma moral que está atualmente deslocada do contexto econômico em diversos países, ou ainda, em relação a repressão homossexual, de um postulado moral que, em um contexto religioso maior que por sua vez está em sintonia com o modo de produção, estabelece algumas máximas economicamente anacrônicas, como é o caso dos Estados Unidos da América.

<sup>11</sup> A presente análise parece fugir ao tema central, no entanto, igual preocupação existe em pesquisas com temas semelhantes: “analisadas sob a ótica da vinculação das famílias sem casamento e o perfil assumido pelo matrimônio no período pinçado, por um lado, e a apropriação de bens patrimoniais, por outro, é uma opção que conduz à sempre vinculação entre o ser e o ter nesta matéria, isso é, ao paralelismo entre as relações pessoais de natureza familiar e as vinculações econômicas prevalentes no grupo social em determinado momento histórico. A relação entre os valores dominantes em matéria de uniões entre casais (...) e a idéia de apropriação de bens permanece subjacente como justificativa, que, se não é a única, ou não é invocada de forma expressa, certamente em muito contribuiu e contribui para a discriminação sócio-cultural sofrida pelas uniões não matrimonializadas” Silveira Ramos, Carmem Lúcia. Da Relação Existencial de Fato a Realidade Jurídica: uma perspectiva da família sem casamento. Curitiba: 1997, UFPR, Tese (Doutorado em Direito). Pág. 70-71. Existem vários exemplos, como o casamento romano, que representava aliança política e econômica, relegando ao concubinato pouco ou nenhum valor, apesar da difusão social, pouco se modificando na Idade Média, nas quais “afetividade e matrimônio tinham pouco a ver um com o outro (...) a futura esposa não participava das negociações (...) sendo o seu papel meramente passivo e instrumental, tanto no matrimônio, quanto na família (...) os presentes dados à noiva não eram sinal de amor, mas de poder (...) não é demais repetir que a ascensão burguesa ao poder, a partir do alijamento da nobreza, consagrando os valores patrimonialistas desta classe, inseriu nas codificações, de perfil liberal e individualista, uma vinculação muito forte entre o casamento, família, e apropriação de bens (...)”. Pág. 72-75. Na mesma esteira, a moderna crítica ao sujeito de direito, que “cumpre uma função na estrutura da sociedade capitalista, em razão do modo de produção por está instituído (...) que representa ideologicamente a sociedade como um conjunto de indivíduos separados e livres (...) portanto, um paradoxo, na medida em que o exercício de direitos ficou vinculado à apropriação de bens, restando à maioria da população um único direito: o de obrigar-se”. Pág. 125-126.

uma maneira de forçar o alívio da tensão sexual apenas através da conjunção carnal, garantindo uma maior natalidade. Pois, na Idade Média, em uma sociedade com um alto índice de mortalidade e com uma idade média de vida relativamente baixa<sup>12</sup>, garantir novos braços se tornava essencial a manutenção de uma relativa estabilidade no modo de produção, que dependia de estratégias populacionais voltadas a otimização militar e agrícola<sup>13</sup>, sobre os quais se apoiavam uma elite muitas vezes dispendiosa e não raramente improdutivo<sup>14</sup>.

Desde tempos longínquos, a origem do preconceito em relação às realizações sexuais não tradicionais, assim como em relação às famílias sem casamento, tinham parte das suas raízes na valorização de um modelo que garantisse a procriação<sup>15</sup>, que frente aos altos índices de mortalidade, era

---

<sup>12</sup> Para efeito desta afirmação, a mortalidade e idade média são comparadas com os períodos subsequentes, nos quais existiu relativo avanço em tecnologias da saúde.

<sup>13</sup> Não existe uma fiel correspondência entre a produção moral e o modo produção, em função do modo particular com que se produz e se estabelecem os mandamentos morais, que na sua forma discursiva dependem de elementos apelativos, tanto persuasivos como de convicção, não estritamente econômicos, portanto, participando também a vontade de quem adere, mesmo que parcialmente influenciada ou determinada, restando atualmente um descompasso entre a formação lenta da moral e as rápidas transformações econômicas. Neste sentido, a proibição da poligamia pode aparentemente negar as necessidades econômicas de procriação da espécie, muito embora também servisse para evitar a desestruturação das bases familiares, incapazes de prover a existência de uma prole numerosa, em relação de igualdade, assim como para atender os reclames da população, e principalmente, para os homens, garantindo a certeza da filiação, assim como a garantia de manutenção para as mulheres. Mas, não se pode negar a diferença implacável entre a punição para a prática homossexual, que era um dos crimes cuja pena e morte estava entre as mais infames, perpetuando a infâmia por gerações, e as relações masculinas extraconjugais, que apesar de condenadas, resultando na impossibilidade de reconhecimento dos filhos espúrios, entre outras punições, não encontravam tanto vigor na punição, talvez porque atendessem a uma necessidade material. Na privacidade, e apesar do pudor da época, o concubinato era de certa forma generalizado, principalmente no que se refere à elite e a população feminina cuja virgindade, em função da idade ou condição, perdera toda a utilidade.

<sup>14</sup> “Tais pregações da Igreja, através do seu ideal reprodutivo, fizeram com que dominasse, nas comunidades da época, a lei da fecundação, ou seja, homens e mulheres deveriam se unir para aumentar o número de seres humanos, para assim crescer a força de trabalho, assegurando-se a sobrevivência. Nas pequenas colônias, as normas da igreja eram pregadas com mais afinco, pois somente com a reprodução existiriam trabalhadores suficientes para produzir a terra, todos persuadidos por advertências e punições religiosas para aqueles atos que contrariassem as normas reprodutivas (como a sodomia, a masturbação...)” Oltramari, Fernanda. *União Homossexuais: Aspectos jurídicos e perspectivas legislativas e jurisprudenciais*. Curitiba: 2003, UFPR, Dissertação (Mestrado em Direito). Pág. 18. Ao que demonstram algumas declarações da época, também existia uma preocupação explícita com a perpetuação da espécie humana, muito embora muitas apelassem para a fundamentação religiosa que asseverava que as práticas puramente prazerosas abandonavam os ideais Divinos, fincados que estavam nos prazeres da carne.

<sup>15</sup> “O casamento foi o lugar determinado para as relações sexuais; o objetivo precípua do matrimônio era a formação da filiação dita legítima. Neste interregno, transmitia-se o patrimônio, para a continuidade do ‘status’ familiar, e criava-se a mão-de-obra fundamental para o núcleo do grupo, pois este igualmente representava o centro da produção econômica. Isto porque este modelo familiar estava atendendo aos interesses do modo de produção rural da sociedade, que dependia da mão-de-obra produtiva e reprodutora diversa do núcleo atual, voltado para a união afetiva. Logo, a família tinha objetivos superiores aos interesses pessoais dos seus membros, o que se denominou Família Transpessoal, em razão da sua transposição para certos interesses patrimoniais e produtivos, independentemente das perspectivas diversas dos componentes desse vínculo familiar. As transformações da família ocorridas parecem estar relacionadas com o modo de produção econômica da sociedade. A atual organização da sociedade pós-industrial difere daquela agrícola, fundada numa unidade de seus membros para o trabalho rural e na divisão dos trabalhos e na direção patriarcal, assumido os filhos importante papel para a continuidade do desenvolvimento econômico do grupo”. Matos, Ana Carla H. *União*

necessária à reprodução do sistema de produção. Na Idade Média, se garantia a constituição dos feudos, através da transmissão familiar de direitos de uso sobre a propriedade, e no capitalismo, um exército de reserva, essencial ao funcionamento das empresas. Como se vê, a religião não representava um postulado puramente moral.

A condição física do homem, que lhe garantia tanto destaque nos instrumentos de coerção, e posteriormente, no aparelho de violência estatal monopolizada, como nas atividades agrícolas cujo manejo de instrumentos exigiam porte físico, contribuiu para a valorização das qualidades masculinas. A mulher e a criança, frágeis em frente à brutalidade da época guerreira<sup>16</sup>, foram estigmatizadas, e do seu exterior foram-lhe atribuídas características que lhes debilitavam moralmente e intelectualmente.

Destarte, a materialidade serviu de suporte a construção de uma moral adequada, que fosse capaz de garantir a ordem interna (entre os habitantes), assim como a externa (entre os povos) por práticas não tão desgastantes ao modo de produção vigente quanto a guerra<sup>17</sup>. Neste sentido, a realidade que valorizava a força se converteu em uma prática discursiva equivalente, em um mandamento moral, que era ao mesmo tempo capaz de confortar os grupos

---

entre Pessoas do Mesmo Sexo: Aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Pág. 26. Acrescentamos que possível incerteza quanto a paternidade também reforçava o controle sobre a mulher.

<sup>16</sup> Existem poucos relatos de mulheres guerreiras, em sua maioria cercados da imaginação popular, como os das mulheres ferozes e independentes da ilha de Lesbos. Por outro lado, a mulher imaginada conforme os ideais da época ou possuía atributos guerreiros, como é o caso das Amazonas, Medusa, Minerva e Diana na mitologia greco-romana, ou eram ferozes, como é o caso de Vênus, Juno, ou ainda, simplesmente potentes, como é o caso de Themis e das Parcas, entre muitas outras. A fragilidade, que era entendida como um atributo tipicamente feminino na época, ou ao menos, a fragilidade física, raramente apresentava papel destaque, ao menos não entre as divindades de destaque, relegando os citados atributos as divindades passivas e secundárias, como é o caso de Prosérpina, raptada por Plutão, Dafne, fugida do amor de Apolo, Psique, martirizada por Vênus... Mesmo as divindades que eram tradicionalmente dedicadas às habilidades, como é o caso das musas, tinham como as suas histórias mais famosas as de batalhas, no caso, contra as sereias. E se levarmos em conta o papel que o mito e o sonho desempenha na expressão do psiquismo, estamos a dizer que as limitações físicas femininas eram pouco apreciadas, enquanto as propriedades simbólicas do falo eram postas em destaque. Do mesmo modo, na época, a maturidade masculina se dava quando a condição física despontava, perdendo, assim, os vestígios que lhes aproximavam das damas; e os deuses, mesmo quando pequenos, tinham as suas proezas de adultos, geralmente destacadas nas lutas. A infância e a fragilidade que a cerca, como nos a conhecemos, não era retratada nas figuras míticas, ao menos, não com papel de destaque. Neste sentido, Hércules, desde bebê, aniquilou as cobras enviadas para matá-lo; Mercúrio, no dia do seu nascimento, furtou o rebanho de Apolo, se defendeu oralmente perante Júpiter e Apolo, e ao final, inventou a harpa; Apolo, por sua vez, matou Píton, entre muitos feitos realizados pelos pequenos deuses.

<sup>17</sup> “Das análises dos processos institucionais de Guilhon e Lapassade fazem, derivamos dois aspectos que os parecem fundamentais para retornar a questão da especificidade e da intervenção psicológica. Um deles é a importância do discurso, e o outro é o lugar do sujeito nas relações institucionais. De um lado, é o discurso dos agentes que expressa as representações da prática. De outro, cada ator (e mesmo, cada grupo de atores) é sempre ‘sujeito suporte’ da ação e do discurso institucional”. Guirado, Marlene. Psicologia Institucional (com um texto de José Augusto Guilhon de Albuquerque). São Paulo: EPU, 1986. Pág. 74.

dominados e mantê-los sobre jugo sem o estabelecimento de atritos facilitadores da subversão e do enfraquecimento do poder.

Apenas atualmente se visualiza uma abertura do sistema, que parece prescindir de uma família no modelo tradicional, que, em termos, reflete-se na atual tendência em flexibilizar conceitos. Se, no passado, as famílias formavam tanto unidades de produção quanto de reprodução, e desta forma, a manutenção da família era importante à manutenção da produção, com o advento industrial, a desconstituição do modo de produção familiar nos grandes centros, assim como o excesso de mão de obra disponível, e principalmente, a crítica do fundamento religioso na civilização ocidentalizada, entre outras, contribuíram para a flexibilização do modelo rígido. Há algum tempo, a família se converteu em célula de consumo<sup>18</sup>, o que, tendo em vista as forças em embate, permite maior liberdade social à construção de um Direito mais apropriado à inclusão. Neste pensar, a importância do conceito social e antropológico da família social sobre as relações de afeto, apropriada aos homossexuais e a filiação de fato, que tem sido lentamente incorporada ao Direito.

Porém, muito apesar destas modificações, não é possível esquecer a lentidão que marca a modificação da estrutura familiar e da mentalidade moral que marca as relações familiares, ainda fundamental nas sociedades nas quais a moralidade desempenha importante papel social, como é o caso das sociedades agrárias, principalmente.

Há de se destacar que, neste sentido, no que se refere a homossexualidade, que é tratada como se fosse condição análoga a feminina, por ausência do poder viril, atribuindo a este grupo excluído pechas típicas de uma condição feminina discriminada<sup>19</sup>, há de se afirmar que muito embora a própria

---

<sup>18</sup> “Que os homens sejam atraídos pelas mulheres e vice-versa e que desta atração mútua surjam amores e filhos, pode-se dizer que é uma regularidade da natureza. Mas que o ‘casamento’ ou o ‘matrimônio’ sejam por isto mesmo sempre a mesma coisa em toda parte e em todo o tempo é uma afirmação que um historiador não pode fazer. O casamento em Roma, por exemplo, não criava família. A família romana é uma unidade produtiva, os pais de família comandavam os outros membros e tornam-se gerentes de um fundo patrimonial. O modelo de família que conhecemos é outro, a família é uma unidade de consumo, não de produção, sobretudo na família operária, um subsistema previdenciário... temos que estar atentos para o fato de que a continuidade do uso da palavra pode esconder a descontinuidade das práticas”. Lopes, José Reinaldo de Lima. O Direito na História: Lições Introdutórias. Editora Max Limonad, 2000. Pág. 20-21.

<sup>19</sup> “o papel sexual da mucosa do ânus de modo algum se restringe à relação sexual entre homens, nem tampouco a predileção por ela é característica da sensibilidade dos invertidos. Parece, ao contrário, que o ‘paedictio’ do homem se deve seu papel à analogia com o ato praticado com a mulher, ao passo que a masturbação recíproca é o alvo sexual mais facilmente encontrado na relação sexual dos invertidos”. Freud, Sigmund. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud; ed. Standard brasileira, com comentários e notas James Strachey; com

condição feminina haja evoluído, o mesmo não se pode dizer da condição homossexual, senão até recentemente, por ter constituído relativa independência, e porque as condições materiais presentes na 2ª Guerra Mundial beneficiaram apenas o sexo feminino.

Por isso, a relativa facilidade em se destacar a causa material dos fundamentos morais no passado, e como se em um paradoxo, a dificuldade em se explicar porque se mantêm determinados postulados morais, originários de condições materiais, quando as condições materiais são completamente diversas. Assim, não obstante a conversão do poder físico em formas mais eficientes de exercício do poder, que se manifestam predominantemente através do discurso; apesar da modificação do modo produtivo e o advento industrial e urbano, que garantia a mulher, senão em função do seu papel reprodutivo, igualdade na produção; ou ainda, em função deste mesmo papel reprodutivo, conjugado a convenções sociais generalizadas, um maior potencial de escolha no que se refere ao consumo; mesmo com o advento do Estado laico, aparentemente dissociado da moral cristã, e da época dos homens “metrossexuais”, cuja capacidade não pode mais ser testada através dos antigos conceitos de virilidade<sup>20</sup>; apesar das descobertas científicas e da liberação sexual<sup>21</sup>; apesar de tudo, a condição feminina ainda encontra alguns percalços e a situação homossexual não é inteiramente protegida na maioria dos países.

---

colaboração com Anna Freud; assistidos por Alix Strachey e Alan Tyson; traduzido do alemão e do inglês sob a direção geral de Jayme Salomão. Rio de Janeiro, 1996. Volume VII. Pág. 144. Não obstante, generaliza-se que a condição homossexual se realiza primordialmente através do coito anal. “Não há dúvida alguma de que uma grande parcela dos invertidos masculinos preserva o caráter psíquico da virilidade, traz relativamente poucos caracteres secundários do sexo oposto e, com efeito, busca em seu objeto sexual traços psíquicos femininos. Não fosse assim, seria incompreensível o fato de a prostituição masculina, que hoje como na antiguidade se oferece aos invertidos, copiar as mulheres... Nos gregos, entre os quais os homens mais viris figuravam entre os invertidos, está claro que o que inflamava o amor do homem não era o caráter masculino do efebo, mas sua semelhança física com a mulher, bem como seus atributos anímicos femininos; a timidez, o recato e a necessidade de ensinamentos e assistência. Mal se tornava homem, o efebo deixava de ser um objeto sexual para o homem... Nesses casos, portanto, como em muitos outros, o objeto sexual não é do mesmo sexo, mas uma conjugação dos caracteres de ambos os sexos, como que um compromisso entre uma moção que anseia pelo homem e outra que anseia pela mulher, com a condição imprescindível da masculinidade do corpo (da genitália): é, por assim dizer, o reflexo especular da própria natureza bissexual”. Idem. Ibidem. Pág. 136-137.

<sup>20</sup> Resultado da erosão realizada pela cultura consumista que exigia pessoas versáteis o bastante para acompanhar as tendências, o que, segundo alguns, corresponde ao esvaziamento, massificação e instrumentalização do sujeito na era da reprodução técnica, ou da Indústria Cultural.

<sup>21</sup> Em uma época que o sexo, por si só, é encorajado, sobre a forma apelativa transmitida pela Indústria Cultural, reforçando o erotismo, dessensibilizando aqueles que portam os antigos valores morais e desinibindo o comportamento para o consumo do sexo, próprio de uma indústria que pretende estabelecer relações lucrativas com base neste impulso.

Os caminhos já estão apontando, também em função da desestruturação-reestruturação da família<sup>22</sup>. A autoridade dos antigos ensinamentos é mitigada, conjuntamente com a autoridade paternal absoluta, questionada tanto no interior das famílias<sup>23</sup> como na sociedade<sup>24</sup>. E mesmo em épocas anteriores, sobre o jugo mais firme da produção sobre a relação familiar, é inegável que as relações de afeto - que naturalmente prescindem de formalidade senão pela educação que impõe costumes, repressão e recalques - continuavam a se desenvolver normalmente, apesar da lei. A orientação existe em função de um desejo, não depende de estipulação legal<sup>25</sup>, e não existe norma que possa controlar absolutamente desejos tão intensos.

## **b) As Bases para a Constituição de uma Família de Fato**

Conforme as traças comiam as páginas do Código e revogavam as disposições que não mais podiam ser lidas e aplicadas, os operadores do direito, fiéis a aplicação destas, através de uma contorção do

---

<sup>22</sup> “... há de se frisar, primeiramente, a superação da via que subordinava a dinâmica familiar à consecução de determinados fins sociais e estatais, estabelecidos no interior de uma única e determinada cosmovisão estatal”. Rios, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. Pág. 104.

<sup>23</sup> Em relação à filiação e a crise interna, a não correspondência da expectativa de recato querida no interior das famílias, por parte dos filhos, e uma educação moral familiar deficiente exercida pelos pais, e por outro lado, a expectativa gerada pelo sistema capitalista, que força a práticas de consumo, que são normalmente contrárias ao recato exigido pelas famílias nesta sociedade ocidental. Constantemente substitui-se elementos que eram antigamente providos pela paternidade afetiva por outro modelo de identificação, muitas vezes virtuais, criados pela mídia e reproduzidos socialmente, com os quais os filhos se identificam com uma certa intensidade, e se tornam, por assim dizer, filhos do sistema, relativizado que é o papel dos pais na atualidade.

<sup>24</sup> O questionamento social e jurídico da autoridade paterna envolve diversos elementos, como, por exemplo, o melhor interesse da criança, com a destituição fundamentada do pátrio poder.

<sup>25</sup> “Não apenas a nomenclatura relativa às famílias sem casamento varia. As próprias situações de fato que as caracterizam correspondem a modelos diversos: a despeito de os casos de residência comum serem os mais freqüentes, outros há em que os conviventes optam por moradias separadas; há situações que se apresentam socialmente com uma perfeita aparência de casamento, e há hipóteses de relacionamentos mais velados, cuja ciência é mantida reservada, num círculo limitado de pessoas, sem que isso signifique clandestinidade. O que todas estas situações de fato têm em comum, para que se caracterizem como uma família sem casamento, é uma relativa estabilidade, a continuidade do relacionamento no tempo, sendo identificadas tomando em consideração a qualidade e a intensidade das relações interpessoais envolvidas”. Silveira Ramos, Carmem Lúcia. *Opus cit.* Pág. 49-50. Podemos dizer que estas relações são marcadas pelas relações afetivas estáveis e públicas, com o elemento sexual marcante, estabelecendo um conjunto de deveres e obrigações de assistência recíproca estreita, típica das entidades familiares, com animo de continuidade perpétuo na relação. Neste sentido, “o elemento unificador entre as diversas formas de relações familiares passa a ser cada vez mais a comunhão de afeição e de vida...”. *Idem. Idbidem.* Pág. 51. Parece claro que neste núcleo o elemento sexual é preponderante, e tendo na sexualidade a raiz energética das psicopatologias, estamos propensos a dizer que as afeições mais intensas são cercadas pelos conflitos mais profundos e marcantes da vida humana, sendo-lhes naturais e normais.

argumento<sup>26</sup>, estabeleciam uma nova significação ao ordenamento, visando adaptá-lo, sem, contudo, querer fugir ao paradigma positivista<sup>27</sup>. Tratavam de assuntos dos quais o Código nunca pretendeu tratar, ao contrário, sobre os quais as leis implicitamente negavam, mas cuja adaptação era agora necessária à solução dos conflitos modernos.

A base legal não era clara, e após um período de negação jurídica destas uniões, tidas como “ultrajantes e ilegais”, que corresponde ao espírito da codificação, fazia-se gradualmente o reconhecimento das relações de fato. Primeiramente, foram vistas sobre a égide do Direito Obrigacional, que se mostrava impróprio, já que a causa final do Direito das Obrigações era a tutela de relações primariamente econômicas, enquanto as relações afetivas eram apenas secundariamente patrimoniais, e assim sendo, a causa material e formal (estrutural) estava voltada a questões preponderantemente econômicas, inadequadas, portanto, a solução dos conflitos de Direito de Família, em diversos aspectos<sup>28</sup>.

Antes da repersonalização do Direito de Família, o modelo de família transpessoal fazia ceder os interesses dos particulares em prol daqueles mais caros ao sistema. Felizmente, modernamente, quando os interesses do

---

<sup>26</sup> “o divórcio entre o direito posto e a realidade vivida criou situações de conflito e tensões sociais neste plano da vida de relação, que o direito tentou solucionar, utilizando-se, contudo e para tanto, de mecanismos contidos no próprio sistema jurídico imposto a partir do liberalismo” Silveira Ramos, Carmem Lúcia. Opus cit. Pág. 3. “A despeito desta fundamentação situar-se no próprio sistema jurídico então vigente, é indubitável que tal orientação dos tribunais direcionou a construção, nos termos em que se encontra posto do atual direito de família brasileiro, significando uma concessão à realidade”. Silveira Ramos, Carmem Lúcia. Opus cit. Pág. 33-34. Evidentemente, o cunho político, indispensável a decisão de determinadas causas, principalmente em havendo antinomias, próprias ou impróprias, assim como lacunas jurídicas, era negado e ainda o é. “A completude está abrangida na legalidade, tendo em vista que esta considera a produção jurídica monopólio do Estado e, segundo aquela, o direito estatal deverá ser capaz de regular toda e qualquer situação, tendendo a preencher inteiramente o universo social, sem deixar nenhuma lacuna... Os pressupostos teóricos consagrados pela ciência jurídica tradicional fundem-se, portanto, com os postulados fundamentais do Estado de Direito: a completude, o ordenamento jurídico fechado, a neutralidade das normas com relação a seu conteúdo, a concepção do homem como sujeito abstrato. Se o tempo revelou enorme distância entre a ficção do direito e a realidade cotidiana, seja no plano do sistema estabelecido, seja na linha dos princípios ideológicos em que se encontra fundado, o mito da completude... com a vedação do ‘déni de justice’, faz-se presente, como regra, nos sistemas jurídicos racionalistas. Isto significa, ‘a priori’, uma rejeição pelo pluralismo de fontes, no sentido de não se admitir que o direito estatal se vincule a normas ou situações independentes dele. De um outro ponto de vista, esta postura ideológica contraria a força criadora do direito contida no fato, o que a realidade também se encarregou de derrubar”. Silveira Ramos, Carmem Lúcia. Pág. Opus cit. Pág. 13.

<sup>27</sup> Os juízes também são atores do sistema, sujeitos à moral, e não raramente buscam mantê-la, conscientemente ou não. A modificação das bases sociais não só altera a mentalidade do legislador, como a de todos que estão neste sistema inseridos, inclusive os responsáveis pela formação das normas específicas.

<sup>28</sup> Não se esquece a relação com que se estabelece o modelo familiar e a economia. Porém, não há de se negar que, mesmo nos modelos familiares mais transpessoais, o modelo é grandemente influenciado por interesses não econômicos, ainda mais atualmente, com a repersonalização do direito civil.

sistema convergem com os interesses dos sujeitos, a causa final do direito de família pode ser mais facilmente procurada e encontrada no afeto<sup>29</sup>, conforme será exposto.

O advento constitucional certamente garantiu uma correspondência mais ampla entre o fato e a norma, garantindo uma nova dinâmica às relações familiares. Mas perguntamos, se a lei não regula todas as relações, posto que incompleta, deve o jurista buscar a regulação ou relegar o fato ao plano da irrelevância jurídica<sup>30</sup>, deixando a realidade a fixação das suas próprias normas? Se for possível complementar o Direito, buscando a colmatação das lacunas, para que abarque todas as relações, não haveria a supervalorização do papel do direito na sociedade, buscando uma completude do sistema, mesmo que por via indireta? Ou cabe ao jurista, na fronteira do lícito e do ilícito reconhecer um terceiro excluído, o fato juridicamente irrelevante, contrariando as leis da lógica clássica que lhes serviram de base para a formulação legal?

Dúvidas não faltam, e são bastante complicadas. Pensa-se que nem tudo merece regulamentação estatal, pois supervalorizaria o Direito como uma ordem totalitária e absoluta, em desacordo com o princípio democrático está a regulamentação das liberdades não regulamentáveis<sup>31</sup>. Por isso, a indagação se centra sobre os critérios da relevância jurídica, que devem ser buscados primeiramente na Constituição, como uma norma geral que confere validade<sup>32</sup> tanto à lei quanto à norma específica produzida pela dinâmica jurisdicional.

---

<sup>29</sup> Por isso a impropriedade do julgado estabelecido no Recurso Especial de nº 148.897-MG, STJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 10/02/98, que entendeu ser - para o Direito - a relação homossexual uma sociedade de fato, via analogia. Pois, além da prova do esforço comum, ficam excluídos os direitos a alimentos, herança, planos de saúde e previdência, entre outros benefícios. No mesmo entendimento seguiu o julgamento dos autos de Ap. Civ. 700003016136, j. em 08/11/2001, TJ-RS. Dias, Maria Berenice. Homoafetividade: o que diz a Justiça!: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. Pág. 98.

<sup>30</sup> “Relação jurídica em sentido amplo é toda relação da vida social relevante para o Direito, isto é, produtiva de efeitos jurídicos e, portanto, disciplinada pelo Direito”. Apud Gediel, José Antonio Peres. Os Transplantes de Órgãos e a Tutela da Personalidade. Curitiba: 1997, UFPR, Tese (Doutorado em Direito). Pág. 22.

<sup>31</sup> “No da discussão das origens históricas do Direito Público moderno, Jellinek reaprecia o tema da liberdade e dos direitos inatos, acrescentando a noção de status, sobretudo, status negativo, com espaço de liberdade desregulamentado”. Gediel, José Antônio Peres. Opus cit. Pág. 32. É considerado um irrelevante jurídico, muito embora seja juridicamente relevante que não se regulem certos atos, em prol da liberdade, que é conceito jurídico. Mas é liberdade política, vaga se fixada nos atuais referenciais do Direito Constitucional, por isso o tratamento próprio de uma “irrelevância”. E não é pouca a importância desta irrelevância no ordenamento. No que tange a regra processual civil fixadora dos pressupostos da ação, especialmente no que se refere ao interesse jurídico de agir, existe uma hipótese de irrelevância subjetiva. Do mesmo modo, no direito penal, no que se refere ao princípio da bagatela, alguns autores modernos entendem como sendo excludente de tipicidade material.

<sup>32</sup> A validade aqui deve ser entendida em um sentido duplo. Por um lado, a Constituição separa o relevante do irrelevante jurídico, e por outro lado, faz a primeira e superior separação entre as normas lícitas das ilícitas. Irrelevância parece coincidir com “não direito”, tendo em vista que este “tem uma negatividade característica,



Sobre o manto constitucional da relevância, é possível que os fatos, em função da Constituição, gerem tutelas de direitos especiais, e através dos costumes, entre outras manifestações de fato, se pretenda estabilizar as relações conforme a expectativa social, ou seja, conforme “auto-regulamentação” lícita que estas mesmas pretendiam dar, mas que, não obstante, ou não foram cumpridas, ou não tiveram a tutela esperada, e sem o Direito não podem perdurar<sup>33</sup>. Desta forma, a análise constitucional é importante para o desenvolvimento desta parte, que trata da relevância e da importância e poder do fato no Direito.

O tratamento da Carta Magna em relação à família é plural e aberta, conferindo - a sua letra - especial proteção à família. Desta forma, admite a incorporação de matéria que pertence ao plano dos fatos, mesmo que de forma restrita, correndo ao seu auxílio um conjunto extenso de princípios. Fixa a importância jurídica da relação homossexual e do instituto da adoção, que em combinação particular devem ser estudadas atentamente, e ainda, do estado de fato, uma relação de família desenvolvida sem o título, que por certo também merece proteção.

Porém, tendo em vista uma organização didática, a análise constitucional é relegada à segunda parte deste trabalho. Mas, é possível adiantar, ao conferir ao fato a chancela normativa concedida pela jurisprudência, não há de se

---

podendo se manifestar tanto dentro do próprio ordenamento jurídico positivo, em normas de auto-limitação (v.g. nas múltiplas formas de direito de asilo,... no direito à intimidade e à vida privada...) ou auto-neutralização do direito na exigência de provas dos fatos alegados em juízo...), que deixam espaços ou tempo em aberto dentro do sistema, quanto na denominada resistência do fato ao direito”, Silveira Ramos. *Opus cit.* Pág. 16-17. O não direito pressupõe que “embora todos os fenômenos jurídicos sejam fenômenos sociais, nem todos os fenômenos sociais são jurídicos”, *Idem, ibidem.* Pág. 36. No entanto, achamos possível delimitar ao menos alguma diferença em termos de abrangência. O “não direito” é o olhar sociológico sobre o fenômeno jurídico, enquanto o irrelevante é o pesar jurídico-positivo acerca de uma temática factual, pois o fato é irrelevante, nunca o direito.

<sup>33</sup> “Na expressão de Vincenzo Franceschelli, entre fato e direito existe uma contínua relação de osmose, tanto no sentido do fato que se torna juridicamente relevante, quanto no caminho inverso, o que ocorre quando a relação de direito se torna irrelevante, geralmente por cair em desuso, ou vir a ser proibida. Singularizados os aspectos do fenômeno, continua Franceschelli, as relações de fato se colocam, na sua história, num primeiro momento como situações irrelevantes para o direito, quando não combatidas pelo ordenamento jurídico. A certa altura, a relação não jurídica é recepcionada pelo sistema através de um ato de regulação normativa. Transforma-se em situação de direito. Ao lado da situação de fato, para distingui-la da nova relação jurídica. A sobrevivência histórica das velhas situações de fato, ou o surgimento de relações novas, construídas por imitação as relações de direito, retorna o tema à atenção do sistema jurídico. A partir daí, conclui Franceschelli que a juridicidade da relação pode revelar-se, no momento final e conclusivo do processo e recepção, como efeito da força criadora do próprio fato que se torna um meio ou causa de formação jurídica... Neste sentido, situações subjetivas existenciais e patrimoniais de fato vão se mantendo e aflorando à margem do direito, sendo consideradas uma categoria peculiar: a família sem casamento, a sociedade de fato, a economia informal...”. Silveira Ramos, Carmem Lúcia. *Opus cit.* Pág. 28.

negar que existe a obrigação de analisá-lo detalhadamente, o que não poderia ser feito sem o auxílio das ciências humanas, através de um diálogo interdisciplinar<sup>34</sup>.

Por outro lado, possui valor relativo tentar uma repersonalização do direito sem procurar conhecer a pessoa no seu estado de vivência concreta, submetendo a modernização do direito talvez não ao conceito jurídico abstrato de sujeito de direito, mas a um conceito que possivelmente abre margem a um esboço de humanidade que ainda pode atender a interesses diversos que o da pessoa humana, cujo reconhecimento científico é imprescindível para a elaboração de normas jurisdicionais específicas e adequadas.

Buscando uma análise mais ampla, em termos de faticidade, tenta-se buscar alguns fatores que possam orientar o estudo do fenômeno familiar, não excluindo o viés do fato. Neste sentido, é pertinente estudar o fenômeno familiar, em especial as uniões de fato, sobre o viés jurídico complementar (analogico, sistemático), e factual, que por sua vez se subdivide em fatores pré-existentes (biológico, psicológico, etc) e constituídos (relações sociais e afetivas)<sup>35</sup>. No entanto, mesmo as matérias factuais só poderão ser abordadas pelo Direito se constituírem material juridicamente relevante, e a sua validade será testada tanto pela ausência de vedação, mesmo as mais gerais, propiciadas pelo sistema, quanto pela necessidade de validade Constitucional.

---

<sup>34</sup> “O fundamento comum do pluralismo, desenvolvido em termos de epistemologia crítica, nas várias vertentes em que se manifesta, repousa em que o direito estatal concorre com ordens independente dele, isto em que o direito deve ser trabalhado interdisciplinarmente, passando de uma ordem à outra. [Nota nº 22: Segundo André-Jean Arnaud, (...) falar de interdisciplinariedade só faz sentido se admitimos que o direito tem natureza plural...]”. Silveira Ramos. Opus cit. Pág. 18. Como se percebe, o ponto de partida da presente monografia não é o pluralismo jurídico, mas o respeito, pelo Direito, da esfera da autonomia da vontade que se imprime ao fato, como uma “auto-regulamentação” que falha pela sua precariedade na ausência de coerção. No entanto, não constitui “auto-regulamentação”, e conseqüentemente uma ordem plural e paralela ao Direito, por assim dizer, pela ausência do preceito secundário da norma, ou perinorma - ou ao menos uma sanção legalmente reconhecida – cujo caráter imperativo é essencial à constituição normativa.

<sup>35</sup> Muito embora a família formalizada pudesse vir a ser visualizada sobre este enfoque, uma análise desta espécie possui importância reduzida, pois, em havendo formalização, o título de casados torna parte destas discussões irrelevantes e impróprias, como é o caso da existência de relações sexuais e socioafetivas entre os casados, pois, não obstante a sua inexistência, o vínculo não é descaracterizado. Não que a Lei seja cega a estes fatores, tanto que o fato pode ser imputado como uma grave violação dos deveres do casamento, para os efeitos da separação judicial e divórcio, conforme o art. 1572 do C.C. Ao contrário, para fins de política jurisdicional, pode-se dizer que o sistema implicitamente os pressupõe existentes, e sobre estes constrói os seus institutos de Direito de Família. Desta forma, a posse do título geralmente não desconstitui o elemento biológico ou o afetivo, ao contrário, serve como presunção da existência dos demais. A moda do casamento, a união afetiva é pressuposta, na ausência do elemento biológico, é possível constituir uma nova paternidade, e na ausência do elemento afetivo, por outro lado, presente também o melhor interesse do incapaz, é possível a reversão da guarda, destituição do pátrio poder como um dos fundamentos jurídicos para um processo de adoção.

Nesta perspectiva, a Constituição não exclui a validade da união homossexual ou o estado de filiação de fato, como será posteriormente explicado, com todos os seus elementos constitutivos, ou aqueles que sirvam para a aferição deste fenômeno como um fato a ser tratado pelo Direito de Família.

Quando se trata do elemento pré-constituído às relações afetivas, pretende-se elaborar sobre a apreciação ampla do elemento constitutivo do ser humano, seja biológico, gonadal, psíquico, etc., mas que, de toda forma, é pré-constituído ao vínculo, anterior a relação propriamente dita. Exemplificando, nas uniões homossexuais, por certo, é necessário o homo-erotismo, o impulso sexual que tem por objeto alguém do mesmo sexo, e que é afinal desenvolvido nesta relação, além da vontade de estabelecer uma relação, que não pode se estabelecer sobre interesses patrimoniais, salvo contrário, não poderá estar inserida no interior do Direito de Família, no máximo, no campo dos Direitos das Obrigações, formando sociedades de fato. Estes requisitos não são mencionados como elementos para a formação da união estável tradicional, mas é possível acreditar que são requisitos sistemáticos, ou seja, para a existência destas no âmbito do Direito de Família. Quer dizer, uma relação patrimonial deverá ser considerada pelo Direito de Família como uma relação sem efeitos familiares, ou seja, inexistente para este ramo do Direito, e muito embora seja possível delinear efeitos em outros campos jurídicos, não é possível pensar, por exemplo, que uma vontade típica a de uma meretriz, que se aproxima da fortuna e não da pessoa, será capaz de formar uma relação familiar, quando sequer a dívida surgida da prostituição comum recebe através do Estado a sua tutela em prol da cobrança. No entanto, a ninguém é dado beneficiar-se da sua própria torpeza, por isso, sendo ausente a boa-fé de apenas de um dos integrantes da relação, não poderá o integrante com má-fé se beneficiar. Certos tipos de afeto geram uma expectativa, em função desta existe um investimento recíproco, de tempo, um investimento de um bem escasso e muito caro a nós, um investimento a fundo perdido, por assim dizer. Por isso, a reciprocidade, se por um período determinado de tempo, gera as responsabilidades próprias da relação, se presente os demais requisitos que fazem confirmar objetividade da expectativa. É que alguns autores preferem resumir na frase “tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas”, emprestada do Pequeno Príncipe, de Antoine de Saint-Exupéry.

Do mesmo modo, no estado de posse de filiação, a boa-fé é indispensável<sup>36</sup>. Neste caso, se refere a vontade legítima de estabelecer paternidade/filiação, que antecede a relação de afeto que é nela desenvolvida, mesmo que ausente qualquer vínculo biológico. Trata-se do instinto que deriva desta, que busca garantir ao filho a proteção necessária para que se desenvolva, o comumente chamado instinto maternal (ou paternal)<sup>37</sup>, que pré-existe a criança, mas é ativado pela sua existência, e afinal, também se mostra como prova contundente do caráter extrapatrimonial da relação nas relações de fato, e do elemento psicológico que conecta a filiação de fato a paternidade<sup>38</sup>.

Também parece claro que o elemento pré-constituído, sob análise, serve de base para o construído, qual seja, a relação socioafetiva<sup>39</sup>, que é o

---

<sup>36</sup> A união estável e a união homossexual também poderiam ser visualizadas sobre o ângulo do estado de posse de casados, adquirindo o estado através da posse prescritiva aquisitiva. Não parece ter sido a opção da doutrina, por isso, não exploraremos esta análise, até porque o estado de posse de casados tem função de prova no Código Civil, conforme o seu art. 1545 e 1547.

<sup>37</sup> Em um exemplo citado pela doutrina, Salomão ameaça de morte a criança, visando verificar a real maternidade. Neste caso, quando a real mãe preferiu abdicar da relação socioafetiva em favor da sobrevivência da criança, a relação existente não era socioafetiva, tendo em vista que o desenrolar desta relação ainda não havia se sucedido, por mais que queiramos crer. Por outro lado, e em conflito, o estado puerperal, cuja causa específica os especialistas ainda não foram capazes de descobrir, mas que também é revelador da maternidade. Em exemplo da literatura fantástica greco-romana, Latona fugiu incessantemente de uma criatura horrível, a serpente Piton que, instigada por Juno, deveria perseguir Latona e devorar as suas crias ou matar a sua mãe, variando conforme a versão consultada. Diana e Apolo eram recém nascidos, e a relação afetiva se verificava, mas não poderíamos dizer que se tratava de uma relação socioafetiva, mas “bioafetiva”, em termos mais apropriados, que não obstante instintiva, seria mais bem designada pelo correspondente psicológico e impulsivo que deriva da biologia. Quando Apolo, após o nascimento, empunhou o arco e enfrentou a criatura, para vingar os esforços de sua mãe, também não o fez em função de um afeto estritamente social. Desta forma, se demonstra que tanto a mãe/pai quer o bem ao filho, como o filho quer o bem à mãe, mesmo que no sentido egoísta e egocêntrico, e sem muito poder expressar, na sua fragilidade (“a criança é ciumenta e invejosa, e sua má vontade reflete o seu egoísmo, que é mais uma necessidade natural de conservação, do que propriamente um vício a ser extirpado pelos educadores” Ferraz, João de Souza. *Noções de Psicologia da Criança*. 9ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1969. Pág. 60). Em contraposição, se encontra a relação de Vulcano e Juno. Vulcano, não sendo reconhecido pela sua mãe como seu filho, dado a aparência repugnante, logo após o parto o lançou do alto da abobada celeste. Este, por sua vez, produziu magnífico trono de ouro capaz de reter permanente aquele que neste sentasse, e ofereceu a própria mãe. Em socorro da mãe, compareceu Marte, que, por sua vez, era odiado pelo seu pai. Esta história revela que a relação paternal também não deve ser vista apenas pelas relações amistosas que são desenvolvidas, mas também pelos conflitos, relegando aos últimos um menor destaque, sabendo que são próprias às relações familiares a alternância de sentimentos, como nos revela a história do tição fatal, cercadas de complexos e conflitos complexos. Sobre o pré-existente no que se refere a paternidade, existem exemplos na mitologia, como de Júpiter, que acolheu o seu filho em sua cocha, para que se desenvolvesse, e a relação que este filho, Baco, estabeleceu afetivamente com Silésias, tido como seu pai; Mercúrio, que escondia em segredo a paternidade sobre Pã (Pan), velho com características de bode, mas que, no entanto, desenvolviam relação afetiva paternal nos momentos de privacidade.

<sup>38</sup> Neste sentido, em uma relação de afeto, similar a paternidade, não só deve estar presente o componente socioafetivo similar às relações da mesma espécie, mas o desejo, que é mais profundo que a vontade, o desejo de ter um pai, que é uma constante nos filhos sem pais, por assim dizer, e o desejo de ter um filho, que não é a relação com a criança propriamente dita, muito embora o fato possa despertar o latente. Não é demais afirmar que a verdadeira paternidade não surge em função do outro, mas de si mesmo, na satisfação do seu próprio desejo, do desejo perene de ser pai, e não de um temporário, como o de fazer o bem ao outro.

<sup>39</sup> Analisar as relações familiares desta espécie apenas sobre o ângulo socioafetivo não é por si esclarecedora, pois, segundo especialistas, difere a simples amizade do amor em função do componente sexual intenso que

último grupo de elementos, e que tem como ponto nodal a construção de uma relação existencial. Nesta, é necessário estar presente o tratamento, a fama, publicidade, continuidade, e a duração determinada, que podem ser reconhecidos pela Jurisprudência, como fonte de Direito que é. O construído, ou seja, a relação socioafetiva, que se desdobrará sobre o fator tempo, estará sobre a base destes impulsos, mas é o fator afetivo que forma a força preponderante na constituição da paternidade psicológica, elemento muito importante para fins de estado de posse de filiação, cuja prova depende de fatos que identifiquem na relação pais e filhos, em relação recíproca.

No que se refere à boa-fé, se indaga se constitui fator pré-constituído a relação ou constituído durante esta, quer dizer, se a boa-fé é condição de existência, ou se é possível que uma relação que se inicie com má-fé possa se retificar. Em verdade, apenas quando a boa-fé surge na relação que é possível visualizar o seu início, pois a boa-fé é requisito de existência para as relações familiares de fato, ou de aparência, por assim dizer<sup>40</sup>. Desta forma, não pode ser considerado o período na qual esta ainda não existia, pois não é um breve momento de boa-fé suficiente para formar uma relação que deveria se pretender perene. Do mesmo modo, cessando a boa-fé, cessa também a relação.

No que se refere às uniões e filiações de fato, é possível tecer algumas considerações. Como se percebe, o estabelecimento de uma união que não esteja abarcada pela união estável, ou uma filiação que não possa se formalizar é bastante incomum, pois a formação do vínculo geralmente se forma em torno de uma expectativa jurídica que emana estritamente da Lei, já que, nos casos das uniões, existe a formação da união estável, se homem e mulher forem, ou, nas relações de filiação, é possível desencadear um processo de adoção através de uma relação de fato.

Desta forma, o que se percebe é que as relações puramente de fato geralmente se restringem a grupos excluídos, no caso da adoção, àqueles não dotados de informação ou condições para buscar a tutela legal, ou ainda, tanto nas relações de filiação como nas uniões, a pessoas as quais a Lei não permite

---

transforma o outro em objeto sexual, o “pré-existente” já explicitado. Weil, Pierre. *Amar e Ser Amado*. Ed. Vozes, Petrópolis. 1979. 20ª Edição.

<sup>40</sup> “não há como deixar de referir, contudo, que a proteção da aparência via de regra, está ligada a uma outra noção: a de boa fé”. Silveira Ramos, Carmem Lúcia. *Opus cit.* Pág. 102-103.

expressamente a formalização do vínculo, como é o caso das uniões homossexuais e da adoção por casais de pais homossexuais.

Sobre este prisma (o legal, o pré-existente e o constituído), não se pensa em uma separação abstrata e absoluta entre os diversos critérios que servem a análise jurídica do fenômeno familiar. Estes ora confluem, ora estão em conflito, mas será apenas quando se encontram que se poderá verificar com absoluta certeza a relação de fato. Por vezes tomam formas inesperadas, que devem ser verificadas no caso concreto. De qualquer forma, ao elaborar estas três chaves de critérios especiais, não pode pretender pensá-los abstratamente como critérios absolutos para o fato concreto, porque devem ser criados e adaptados em prol das necessidades verificadas pela jurisdição competente, que há de transformá-los em princípios, mandatos de otimização para a aplicação do Direito no caso concreto.

A relação entre os critérios é bastante interessante, e por vezes não é possível definir uma linha divisória entre um e o outro. Por exemplo, a relação socioafetiva pode não prescindir do vínculo biológico, que pré-existe ao constituído. Ainda, o elo afetivo e o seu respectivo tratamento podem surgir justamente da felicidade criada em razão de uma fama equivocada, socialmente estabelecida.

Mas, em qualquer caso, não é possível pensar as relações de fato sem a boa-fé, e o afeto que lhe derivado. Se na relação familiar constituída pelo matrimônio estes podem até estar ausentes na vida real, tendo em vista que o Direito às vezes valoriza mais a forma que a essência, na relação de fato isto não é possível. Assim, em se tratando de famílias que não podem casar ou de paternidades que não podem se estabelecer pelo título, o afeto se transmuda em elemento essencial para a constituição e prova do vínculo. Neste sentido, o dever de solidariedade e colaboração mútuas não é apenas causa de extinção da relação, como o é nas relações matrimoniais, se observado os trâmites, mas pressuposto para o seu início, marco inicial da sua existência, sobre a qual emana a responsabilidade decorrente.

### **c) Em Busca da Família Homossexual**

A análise da relação familiar homossexual é essencial a constituição da paternidade pela via de fato, como será defendido, em prol de uma readequação do princípio da unidade da paternidade, que, no sentido tradicional, não permite a existência de dois pais, ou duas mães, ou ainda, para os fins de comprovação da estabilidade do vínculo, possibilitando a adoção por casais de homossexuais, em havendo possibilidade jurídica. Caso contrário, entendendo o Direito que se trata apenas de uma sociedade de fato, como que se entidade obrigacional fosse, torna-se difícil à possibilidade de deferimento de uma paternidade conjunta a uma sociedade que, para o Direito, tem fins econômicos.

Na verificação das relações juridicamente relevantes, ou seja, daquelas que constituem família jurídica, o raciocínio geralmente recorre às relações heterossexuais, ou melhor, ao casamento, que ainda se coloca como o modelo principal para as demais relações, servindo tanto de parâmetro social como jurídico<sup>41</sup>.

O maior problema referente ao tema parece ser de semântica, eis que a designação de família foi cunhada através da história, e a influência religiosa ainda se faz sentir nos termos utilizados, que, na pragmática, quase sempre se referem às uniões tradicionais. A influência é tal que a esta se submetem parte dos homossexuais, que procuram muitas vezes adaptar, como podem, os postulados morais e religiosos as suas próprias condutas<sup>42</sup>, inclusive tendo no casamento uma fonte inestimável de satisfação pessoal.

---

<sup>41</sup> No que tange a relação homossexual, consultando diversos autores, Maria Berenice Dias afirma que as relações homossexuais estáveis socialmente se baseiam nas heterossexuais, e em busca de um modelo jurídico, utiliza a analogia, buscando na figura legal da união estável uma forma de contemplar juridicamente a união homossexual. Ana Carla H. Matos, por outro lado, afirma que “o imaginário fundado no ‘mito da complementariedade’, com a estrita divisão dos papéis entre homem e mulher, faz-se presente quando se perquiri qual dos parceiros gays é sexualmente ativo, quem lava a roupa, qual e ocupa com o supermercado e quem recebe o maior salário, entre outros. Tais questionamentos, dirigidos à problemática homossexual, da mesma maneira denotam um raciocínio segundo a organização familiar na qual está presente a inferioridade feminina pois estão relacionados com o papel econômico secundário da mulher e sua especial dedicação ao lar”. Opus cit. Pág. 9. Acreditamos que, muito embora haja uma diferença, apesar das modificações recentes nas famílias homossexuais, não é possível escapar do raciocínio analógico. De qualquer forma, “envolvem, portanto, no plano do discurso jurídico, situações diferenciadas, ainda que, no ambiente social, suas aparências em função se identifiquem: a família sem casamento imita a união matrimonializada. Ela reproduz no âmbito social o modelo do casamento consagrado nos diplomas de direito burguês”. Silveira Ramos, Carmem Lúcia. Opus cit. Pág. 141

<sup>42</sup> “Já se tornou um truismo dizer que no campo do desenvolvimento emocional os homossexuais têm muito a aprender com a cultura heterossexual. Os valores do compromisso, da monogamia, do casamento, da estabilidade, são todos apresentados como modelos para a existência homossexual. E de fato, naturalmente, é o que eles são. Sem uma instituição arquitetônica como a do casamento, é difícil criar as condições para alimentar tais virtudes, mas isso não nega as importâncias que elas têm”. Sullivan. Apud Matos, Ana Carla H. Opus cit. Pág. 62.

Atentos a dinâmica social, há algum tempo o termo família vem sido utilizado pela antropologia e sociologia para designar as uniões homossexuais. Através deste processo, que se iniciou nas propedêuticas, o conceito jurídico de família mostra atualmente certa elasticidade, que, no entanto, não ultrapassa certos limites, como será abordado em capítulo próprio.

Em relação à união homossexual, existem aqueles que consideram a família homossexual como uma sociedade de fato, utilizando a analogia do Direito das Obrigações, como é o caso da decisão já citada, proferida pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, entre outras. Apesar da disposição constitucional, não raramente na cultura jurídica é possível encontrar juristas que defendem a existência de uma legítima união estável, argumentando a inconstitucionalidade de normas constitucionais, ou ainda, asseverando que podem constituir casamento, apesar das disposições estabelecidas no Código Civil.

Ainda se pensou na possibilidade de encontrar nos princípios constitucionais elementos para a construção de um novo caminho<sup>43</sup>, sem a utilização da analogia, o que se mostraria como uma opção muito viável se não fosse necessário recorrer às uniões tradicionais, mais especificamente, a união estável, para procurar ao menos alguns dos requisitos e efeitos para as uniões homossexuais, tendo em vista a importância da legislação no Direito brasileiro na instituição das vedações e possibilidades<sup>44</sup>.

A maioria dos autores consultados sinaliza a tendência analógica, em relação à união estável<sup>45</sup>. Mas, como em qualquer processo de

---

<sup>43</sup> Como defende Ana Carla Matos, na sua já citada obra.

<sup>44</sup> Por exemplo, os triângulos amorosos, por mais afetivos que sejam, não encontram modelo familiar adequado que possa servir de modelo, tanto para a consolidação da sua existência jurídica como para fins de especificação de efeitos. Neste sentido, uma importante reflexão sobre os limites semânticos da família, que ainda se apóia, de certa forma, nos modelos tradicionais.

<sup>45</sup> Fazem frente os autores Roger R. Rios e Maria B. Dias. Em se tratando de matéria incompatível com a união homossexual, os dispositivos não se aplicam. “Quando estamos em face de uma união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, vivemos um fato ainda não disciplinado em lei. Ou seja, estamos diante de uma lacuna... Por igual, nenhuma lei proíbe taxativamente ou implicitamente que se retire efeitos de uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Não há lei que ofereça solução jurídica para o caso... a lacuna será preenchida com princípios constitucionais e analogia... a solução para a hipótese de união homossexual seguirá, pela via analógica, as mesmas consequências das previsões legais a respeito das uniões estáveis, com a desnecessidade de prova da colaboração” TJ-RS. Ap Civ. 70003016136. Voto do Des. Rui Portanova. 8a C.C., j. 08/11/01. Dias, Maria Berenice. Homoafetividade: o que diz... Pág. 98. O julgamento foi provido no sentido de se reconhecer a sociedade de fato. “Não se permite o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas... Desta forma, o patrimônio deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica”. TJ-RS, AP Civ. Nº 70001388982, Rel. Des. Teixeira Giorgis, 7ª C.C., j. em 14/03/01. Ap Civ. 70003016136. Voto do Des. Rui Portanova. 8a C.C., j. 08/11/01. Idem. Ibidem. Pág. 98. Houve ainda o deferimento da inclusão de um dos



colmatação de lacunas, está em evidência a importância da jurisprudência como fonte de Direito.

Mas a questão é um pouco mais complicada. Existe uma lacuna em relação à união homossexual, mas, para considerarmos a lacuna, é importante verificá-la como fato juridicamente relevante, e que, portanto, merece tutela jurídica. Não há de se negar, em função das disposições constitucionais acerca da família e da união estável, que a união homossexual é um fato relevante, até porque gera uma repercussão patrimonial cuja competência é própria do Direito de Família.

Porém, da definição extraída nos Códigos e Constituição, percebe-se que o ordenamento não prevê uma união estável homossexual, ao contrário, implicitamente veda ao estabelecer que a união estável tradicional se realizará pela união de um homem e uma mulher.

Através deste raciocínio, a analogia, através do seu elemento de conexão, que é a qualidade da relação, serviria para buscar os mesmos efeitos que seriam atingidos através de uma interpretação extensiva. Mas, ao contrário, a definição do instituto é explicitamente restritiva, e não extensiva, vedando a utilização do instituto da união estável para o estabelecimento da união homossexual.

Portanto, poder-se-ia pensar, a analogia poderia constituir um arranjo que pretende contornar a provável “mens legis”. Pois bem, é por isso mesmo que a análise dos princípios Constitucionais se mostra tão relevante, e que, por esta razão, nenhum doutrinador se mostra capaz de analisar o tema sem recorrer aos princípios constitucionais. A vontade da lei, no caso, de não permitir a equiparação da união estável a união homossexual, não pode ser extraída apenas pela interpretação literal quando está implícita.

A Constituição, por outro lado, como norma dotada de harmonia e unidade, acaba por regular a dinâmica formadora das normas mais específicas, da qual a analogia é um processo suplementar, fornecendo elementos e princípios gerais para a decisão judicial. E através da competência Constitucional

---

companheiros homossexuais como dependente, no plano de saúde, conforme decisão do TRF 4ª, Ap. Civ. nº 960455333-0 RS. Também foram reconhecidos os direitos previdenciários através da ação 2000.71.00.009347-0, distribuída na 3ª Vara Federal de Porto Alegre.

atribuída a jurisprudência, é possível aos juízes julgar com base na interpretação sistemática, possibilitando uma analogia que anteriormente poderia parecer vedada.

A principal diferença entre as uniões heterossexuais e as homossexuais é o objeto sexual, se caracterizando as últimas pelo que alguns chamam de “desvio” do objeto sexual, que é direcionado ao mesmo sexo do sujeito<sup>46</sup>. Ademais, como elementos de conexão para a analogia, são comuns as estáveis e às uniões homossexuais uma “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, conforme a redação do art. 1723 do Código Civil, que regula apenas a “união estável entre homem e mulher”. Em qualquer destas relações, não se pode dispensar o elemento sexual, que está implícito. Ou seja, alguma relação sexual o casal deve desenvolver, até porque a qualidade da “convivência pública” a que se refere o artigo é a de companheiros, amantes, tendo no elemento sexual um dos fatores constituintes da família, porém, não o único<sup>47</sup>, tendo-se em vista o conceito de elemento sexual<sup>48</sup>.

A “família” que trata o artigo não é a tradicional, com o intuito de estabelecer filiação, desta forma, a vontade de estabelecer família deve guardar relação com o princípio da pluralidade das relações familiares, que será posteriormente explicado. Por isso, é necessário verificar elementos objetivos que indiquem a vontade de constituir uma união duradoura, como, por exemplo, a comprovação de existência do animo de perpetuar a relação indefinidamente, a

---

<sup>46</sup> Desvio em relação à visão tradicional, pois “há em entre a pulsão sexual e o objeto sexual apenas uma solda, que corrimos o risco de não ver em consequência da uniformidade do quadro normal, em que a pulsão parece trazer consigo o objeto. Assim, somos instruídos a afrouxar o vínculo que existe em nossos pensamentos entre a pulsão e o objeto. É provável que, de início, a pulsão sexual seja independente de seu objeto, e tampouco deve ela sua origem aos encantos deste”. Freud, Sigmund. Opus cit. Pág. 140. Existe a possibilidade do ser humano ser naturalmente bissexual, e desta forma, poderíamos não tratar de um desvio, mas direcionamento, orientação sexual propriamente dita.

<sup>47</sup> Colegas que estabelecem contato sexual e dividem apartamento na duração e conveniência de um curso temporário que freqüentam nas proximidades, dependendo, não podem configurar um vínculo familiar, mesmo que dividam as contas e prestem auxílio mútuo, também por conveniência. A linha tênue que marca a amizade da relação conjugal certamente é influenciada pelo componente sexual, mas não apenas este. A lei exige o objetivo de constituir família.

<sup>48</sup> A relação sexual, como bem pontua Freud, não se restringe uma parte do corpo, e, afinal, toda a dimensão do corpo está afetada pelo desejo: “certas relações intermediárias com o objeto sexual (a caminho do coito), tais como apalpá-lo e contemplá-lo, são reconhecidas como alvos sexuais preliminares. Essas atividades, de um lado, trazem prazer em si mesmas, e do outro, intensificam a excitação que deve perdurar até que se alcance o alvo sexual definitivo. Além disso, a um desses contatos, o as mucosas labiais... um elevado valor sexual, apesar de as partes do corpo nele implicadas não pertencerem ao aparelho sexual, mas constituírem a entrada do tubo digestivo”. Opus cit. Pág. 141-142. Nestes casos, uma parte do corpo não constitui o objeto próprio do desejo, substituindo o objeto sexual propriamente dito, como fica mais claro nas patologias. Também percebemos que a relação sexual não se restringe ao sexo, considera-se o “íter” como parte da relação sexual propriamente dita, não sendo necessária a sua concretização para a sua configuração.

sexualidade, que não se confunde com a atividade sexual propriamente dita<sup>49</sup>, respeitando os requisitos do art. 1º da Lei 9278/96, que trata da união estável, no que lhe é compatível com a união homossexual.

Desta forma, há um compromisso mútuo de desenvolvimento e envolvimento emocional recíproco cujo centro está na própria relação de afeto, que gera uma cooperação essencialmente não patrimonial, tendo o patrimônio apenas como objetivo secundário.

Não se exige a ostentação pública da relação, tendo em vista o estigma que paira sobre as relações familiares atípicas, e em especial, sobre as relações homossexuais. Mesmo assim, não se afasta a necessidade desta ser demonstrada, pelo menos entre aqueles mais íntimos, pois é prova essencial a verificação da existência da relação a existência da fama e tratamento, entre outros requisitos<sup>50</sup>. Não obstante, as relações de afeto adquirem variadas maneiras de se efetivar, e podem se exteriorizar através de formas transferenciais, sensuais, procriadoras, costumeiras, possessivas e motivacionais, e na última forma, com conexões profissionais, educacionais, religiosas, éticas, estéticas, gastronômicas, turísticas, comerciais e etc<sup>51</sup>, o que não descaracteriza a relação ou o afeto desenvolvido, que há de ser considerada.

A relação homoerótica imbuída do “*affectio maritalis*” pode se assemelhar juridicamente à relação entre cônjuges em uma união estável, a figura legal mais próxima, extraíndo alguns dos seus efeitos, se for trabalhada a “*mens legis*” através dos princípios constitucionais, parte que é reservada a segunda parte deste trabalho. Não obstante, tendo em vista a previsão constitucional acerca da necessidade de existência de um homem e mulher para os fins da união estável, nos dispositivos restritivos, é necessário verificar se, para os fins do dispositivo, a união estável pode ser igualada a união homossexual, justamente porque a “*mens legis*” do dispositivo é no sentido de restringir, se a diferenciação for válida, é claro, conforme os princípios constitucionais que serão explicitados posteriormente. Por outro lado, em dispositivos que procurem e permitam uma interpretação extensiva,

---

<sup>49</sup> A sexualidade é um requisito de existência da relação. Não é possível pensar em uma união estável homossexual entre dois heterossexuais, por exemplo, ou entre casais, em união estável ou união homossexual, que não estabeleçam qualquer relação amorosa.

<sup>50</sup> Neste sentido, a transcrição das discussões dos embargos Infringentes nº 70003967676. 4º Grupo de Câmaras Cíveis. TJRS. Dias, Maria Berenice. Homoafetividade: o que diz... Pág. 127.

<sup>51</sup> Weil, Pierre. Amar e Ser Amado. Ed. Vozes, Petrópolis. 1979. 20ª Edição.

como é o caso do conceito de família, não haverá dúvidas que a união homossexual terá os mesmos efeitos que a união heterossexual.

Isto significa que, dependendo da “mens legis”, a união homossexual pode ou não ser igualada a união estável. Por exemplo, a partir da possibilidade de conversão especial da união estável para o estado de casados não é possível afirmar que a união homossexual gozará do mesmo benefício, por se assemelhar à união estável, tendo em vista que homossexuais não podem casar, conforme o sistema atual. Do mesmo modo se estuda se a união estável se assemelha a união homossexual para os fins de adoção de filhos, e se é possível o registro de ambos os pais ou mães.

Porém, ainda na busca de uma possível analogia, e apenas para determinados fins, deve-se delinear melhor o elemento de identificação entre as relações homossexuais e heterossexuais, pelo que a próxima parte será de especial pertinência, tendo também relação com o melhor interesse da criança, que remete a adoção propriamente dita.

#### **d) A Condição Homossexual**

O comportamento homossexual se caracteriza pela atração erótica por indivíduos do mesmo sexo. A gênese da homossexualidade tem sido estudada pela genética, fisiologia e psicologia, identificando-se diversos aspectos que possuem pertinência sexual<sup>52</sup>, embasando uma quantidade bastante grande de teorias e pesquisas, inclusive no campo da genética e da fisiologia<sup>53</sup>. Mas, tendo-se

---

<sup>52</sup> “Concluimos que a definição do sexo de um indivíduo obedece a critérios estabelecidos: a. Pelo sexo genético, que irá informar a constituição cromossômica; b. Pelo sexo gonadal, que irá conduzir a formação da estrutura morfológica das gônadas; pelo sexo fenotípico, que respeita o estado hormonal e é responsável pela estrutura morfológica dos condutos genitais e dos genitais externos”. Antonio Chaves, apud Oltramari, Fernanda. Opus cit. Pág. 37. A estes ainda se soma a identidade psicológica, quer dizer, a qual sexo a pessoa julga pertencer, assim como a identidade civil, que é fixada por Lei. No presente estudo, optamos por tratar apenas dos homossexuais, em raciocínio que facilmente pode ser estendido aos bissexuais, e de forma mais árdua, aos transexuais, que remete a uma nova análise do melhor interesse da criança voltado ao caso concreto. Os travestis, homossexuais ou não, representam um caso que também merece um enfoque mais especial, no entanto, adiantamos que a mera transformação, em recinto privado e próprio, pode não apresentar óbice, sequer indica a certeza de existência da homossexualidade.

<sup>53</sup> Na análise do corpo humano, em todos os seus aspectos, houve um certo destaque as pesquisas de Bailay sobre os gêmeos uni e bivitelinos, assim como em relação aos irmãos adotivos e de sangue, (Dias, Maria Berenice. União Homossexual: o preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. Pág. 36-37 e “Pai, eu

em vista que diversos especialistas demonstraram que os casos de homossexualidade congênita são reduzidos, este trabalho não se concentrará sobre estes aspectos, muito embora todos os raciocínios tecidos nas partes posteriores deste trabalho se refiram tanto aos homossexuais congênitos como aos demais.

O tratamento psicanalítico inicial por Freud estabelece várias hipóteses possíveis em relação à homossexualidade, dentre estas, a inversão edipiana. Neste sentido, o Édipo normal é quando

“o menino fica aborrecido com a presença da pessoa do pai, que barra seu impulso desejante dirigido à mãe. A identificação amorosa com o pai ideal transforma-se, então, numa atitude hostil contra o pai, e acaba por derivar para uma identificação com o pai como homem da mãe. O menino passa então a querer substituir o pai junto da mãe, tomada como objeto sexual”<sup>54</sup>.

O caso da inversão, ou Édipo invertido,

“consiste numa mudança radical do estatuto do objeto-pai aparece aos olhos do menino como um objeto sexual desejável... De objeto ideal que despertava admiração, ternura e amor, o pai transforma-se então num objeto sexual que excita o desejo. Antes, o pai era aquilo que se queria ser, um ideal; agora, o pai é o que se gostaria de ter, um objeto sexual”<sup>55</sup>.

Dentre as outras hipóteses aventadas por Freud, está a do pai sedutor<sup>56</sup>; ou ainda, do pai extremamente rigoroso<sup>57</sup>; inclusive os casos de ausência

---

sou gay”. Revista Veja. Edição 1 636 de 16/2/2000); aos estudos de Dorner, realizado com ratos; de Bafemihl, tratando da homossexualidade dos animais; Kallan, que trabalhou com gêmeos monozigotos; (Matos, Ana Carla H. União entre Pessoas do Mesmo Sexo: Aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Pág. 44-45); o neurologista Simon Lê-Vay, que trabalhou com diferenças entre o hipotálamo dos homossexuais e dos heterossexuais; de Pataro, que trabalhou sobre a hipótese de anomalia genética, psicológica ou endócrina (Maria Berenice Dias. Preconceito de Justiça... Pág. 37), de Witelson, que verificou diferenças no cérebro nas áreas voltadas a aprendizagem; de Kimura, acerca das microestrias nas impressões digitais (Ap. Civ. nº 70001388982. 7ª C.C. TJRS. Rel. José Carlos Teixeira Giorgis. Dias, Maria Berenice. Homoafetividade: o que diz...), de Steinach, através da castração e enxerto das gônadas do sexo oposto em diferentes espécies de mamíferos; ou ainda; os relatos de Lipschutz acerca do implante de testículo em um macho da espécie humana (Freud, Sigmund. Opus cit. Pág. 139. Nota 1), entre muitas outras.

<sup>54</sup> Nasio, J.-D., Introdução às obras de Freud, Ferenczi, Groddeck, Klein, Winnicott, Dolto, Lacan. Trad. Vera Ribeiro; revisão, Marcos Comaru. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995. Pág. 42.

<sup>55</sup> Nasio, J.-D. Opus cit. Pág. 43.

<sup>56</sup> “Assim ela [a paciente de Freud] conjecturou que as preferências sexuais do filho derivavam do pai; e que este fora também o sedutor do primeiro”. Freud, apud, Cecarelli, Paulo Roberto. A Sedução do Pai. Biblioteca Digital. Disponível em [www.ceccarelli.psc.br](http://www.ceccarelli.psc.br). Acesso em 02 de novembro de 2004. Ainda, neste mesmo texto, “O trabalho analítico não relevou qualquer ligação particular com a mãe, nem tampouco uma figura paterna ausente, como sugere a Freud na maioria dos textos que trata a questão homossexual. Ao contrário: o pai de João foi bastante presente, e foi a “qualidade” dessa presença que participou na sua solução homossexual”. O autor insinua que naquele caso a qualidade do pai foi a de um pai sedutor. “João apresenta comportamento masculino,

de um pai forte<sup>58</sup>; de interrupção do desenvolvimento sexual<sup>59</sup>; assim como a possibilidade de identificação e fixação na mãe<sup>60</sup>, que poderia ocorrer em função de uma mãe superafetiva<sup>61</sup>; ou ainda, pelo bloqueio do objeto sexual chamado tradicional temporária (invertidos ocasionais)<sup>62</sup> ou via experiência traumática<sup>63</sup>, entre outros.

No passado, a homossexualidade foi classificada como um pecado, uma transgressão, tendo em vista o fim pelos quais as coisas tendem, melhor resumida na causa final de Aristóteles, que acabou incorporada a filosofia medieval.

Mais recentemente foi classificada como doença psicológica, e foi apenas em 1974 que a APA (American Psychiatric Association) retirou a homossexualidade do rol dos problemas psicológicos<sup>64</sup>. Em 1985, o Código Internacional de Doenças (CID) foi revisado, e o então chamado homossexualismo, classificado como um desvio ou transtorno sexual, foi considerado um sintoma

---

sem afetação, e nada em sua atitude indicaria o estereótipo de 'gay'. No ato sexual, prefere o que se chama de papel ativo. A escolha dos parceiros apresenta um característica: devem ser pessoas para quem ele possa ser 'pai', como se nele o aspecto crucial do pai protetor estivesse ausente". Neste sentido, o pai não adquiriu a função de protetor e repressor, mas de sedutor. Mais tarde voltaremos a tratar do assunto, porém, já afirmamos que a homossexualidade não tem sido apontada - senão eventualmente -, sequer por Freud, como o principal resultado da sedução pelo pai. O que se percebe, tanto entre homens como entre mulheres, é o comportamento histérico, uma neurose em função de um impulso sexual presente e forte mas intensamente reprimido.

<sup>57</sup> Em outro extrato, Freud define o problema como uma "complicação que sobrevém quando ... a ameaça de castração faz pesar sobre a masculinidade reforça a inclinação do menino a se desviar em direção à feminilidade, colocar-se no lugar da mãe e assumir o papel como objeto de amor do pai" Apud. Nasio. Opus cit. Pág. 51. É a chamada teoria do pênis potente.

<sup>58</sup> "a ausência de um pai forte na infância não raramente favorece a homossexualidade". Freud, Sigmund. Opus cit. Pág. 138. Nota 1.

<sup>59</sup> "Nos tipos invertidos pode-se quase sempre confirmar o predomínio de constituições arcaicas e mecanismos psíquicos primitivos". Freud, Sigmund. Opus cit. Pág. 138. Nota 1. No mesmo sentido, uma carta dirigida a uma mãe americana, que será posteriormente transcrita.

<sup>60</sup> "constatamos que os futuros invertidos atravessaram, nos primeiros anos da infância, uma fase muito intensa, embora muito breve, de fixação na mulher (em geral, a mãe), após cuja superação identificaram-se com a mulher e tomaram a si mesmos como objeto sexual, ou seja, a partir do narcisismo buscaram homens jovens e parecidos com sua própria pessoa, a quem eles devem amar tal como a mãe os amou. Constatamos ainda, com muita frequência, que os supostos invertidos não eram de modo algum insensíveis ao encanto da mulher, mas transpunha seguidamente para um objeto masculino a excitação neles despertada pela mulher. Assim, repetiam durante toda a vida o mecanismos pelo qual se originava a sua inversão. Sua aspiração compulsiva ao homem mostrava-se condicionada a sua fuga incessante da mulher". Freud, Sigmund. Opus cit. Pág. 137.

<sup>61</sup> "Em todos os homossexuais submetidos à análise se descobre um intenso enlace infantil de caráter erótico e esquecido depois pelo indivíduo, a um sujeito feminino, geralmente a mãe, enlace provocado ou pelo favorecido pela excessiva ternura da mesma e apoiado depois por um distanciamento do pai da vida infantil do filho". Freud. Apud. Dias, Maria Berenice. Opus cit. Pág. 38.

<sup>62</sup> Freud, Sigmund. Opus cit. Pág. 129.

<sup>63</sup> Neste caso, a inacessibilidade do objeto é psicológica, condiciona-se o repúdio a figura masculina/feminina, e o extravasamento sexual, longe de não se realizar, se concretiza através da prática do sexo homossexual.

<sup>64</sup> Para tanto contribuiu a aparição de um psicólogo que se tornou famoso por comparecer a um congresso da APA, alguns anos antes, como "Mr. Anonymous", e vestindo um saco escondendo a cabeça, falou da dificuldade de praticar o exercício da sua profissão em uma área que considerava que o seu estado de ser uma doença.

decorrente de circunstâncias psicossociais. Em 1995 foi então denominado como um “Transtorno da Preferência Sexual”, retirando-se o termo homossexualismo para constar homossexualidade, tendo em vista que o sufixo “ismo” é característico das doenças, enquanto o sufixo “dade” designa um modo de ser. Confirmando este posicionamento, em 1998, a Associação Americana de Psiquiatria, se manifestou contrariamente as “terapias reparativas ou de conversão com o objetivo de mudar a orientação sexual de homossexual para heterossexual”, e nas palavras de Rodrigo Munoz, presidente da APA, declarou que

“Não há provas científicas que demonstrem que as terapias de reversão ou de “cura” são eficazes na modificação da orientação sexual de uma pessoa. Há contudo, provas de que este tipo de terapia pode ter resultados destrutivos”<sup>65</sup>.

Correntes modernas estipulam que

“a homossexualidade é considerada um distúrbio de identidade e não mais uma doença, não sendo hereditária nem uma opção consciente, eis que, como ensina o psicólogo Roberto Graña, a homossexualidade é fruto de um pré-determinismo psíquico primitivo, também estudado a partir das contribuições da etiologia sob a denominação de “imprinting”, originado nas relações parentais das crianças desde a concepção até os três ou quatro anos de idade. Já aí, nessa tenra idade, constitui-se o núcleo da identidade sexual da personalidade do indivíduo, que será mais ou menos corroborado de acordo com ambiente em que ele se desenvolva, o que posteriormente determinará sua orientação sexual definitiva. Portanto, a homossexualidade não é opção livre, é determinismo psicológico inconsciente”<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> American Psychiatric Association Rebukes Reparative Therapy: Will Mormons Take Notice?, Affirmation: Gay & Lesbian Mormons. Disponível em <http://www.gaymormons.org/affirmation.html>. Sobre o assunto: “Talvez uma resposta possível seja que não se pode curar o que não está doente. A meta não é a mudança da orientação sexual da pessoa, e sim a diminuição de sua angústia para poder melhorar sua qualidade de vida” Stubrin, Jaime. Apud. Dias, Maria Berenice. Opus cit. Pág. 41. “... nós temos pouco controle sobre nossa orientação sexual e..., uma vez adquirida, é amplamente impermeável a mudança. A possibilidade de... uma difícil e traumática mudança (através de extensa terapia, neurocirurgia ou tratamento de choque) não a faz mutável”. Watkins vs. Us Army. Apud Roger Raupp Rios. Opus cit. Pág. 93. Através de um processo traumático de hipnose, têm-se demonstrado a possibilidade residual de indução do comportamento sexual heterossexual, porém, neste caso, é uma técnica de risco, podendo induzir a comportamentos patológicos. Em se tratando de terapia de choque, procura-se um condicionamento através da associação de sensações negativas, que, no caso, se ligam a sexualidade que se quer inibir. Uma atividade como esta reforça o complexo de culpa, e mesmo ausente a manifestação homossexual externa, as consumações internas freqüentes serão objeto de censura inconsciente por parte do sujeito, podendo causar uma patologia.

<sup>66</sup> Graña, Roberto. Apud. Ap. Civ. nº 70001388982. 7ª C.C. TJRS. Voto do Des. Rel. José Carlos Teixeira Giorgis. Dias, Maria Berenice. Homossexualidade: o que diz. E ainda, “os sexólogos afirmam que todas as crianças, a partir dos três ou quatro anos de idade, começam a criar uma definição sobre a sua orientação sexual,

A homossexualidade pode ser classificada conforme diversos critérios. Algumas os dividem em pseudo-homossexuais (também chamados de perversos)<sup>67</sup> e homossexuais normais. Os invertidos são aqueles que teoricamente estão submetidos à sua determinação sexual psicológica, enquanto os pervertidos constituem padrões de comportamento resultantes da autonomia da vontade, sob a égide da imitação, vício, curiosidade ou divertimento.

Freud, por sua vez, os classifica em

“ (a) ... invertidos absolutos, ou seja, seu objeto sexual pode ser do mesmo sexo, enquanto o sexo oposto nunca é para eles objeto de anseio sexual, mas antes os dá frios ou até lhes desperta aversão sexual. Quando se trata de homens, essa aversão os incapacita de praticarem o ato sexual normal, ou então não extraem desta prática nenhum gozo. (b) ... invertidos anfígenos (hermafroditas sexuais), ou seja, seu objeto sexual tanto pode pertencer ao mesmo sexo quanto ao outro; falta à inversão, portanto, o caráter de exclusividade. (c) ... invertidos ocasionais, ou seja, em certas condições externas, dentre as quais, destacam-se a inacessibilidade do objeto sexual normal e a

---

este período seria o núcleo de formação da sua identidade sexual, mas o reconhecimento nítido da predileção por pessoas do mesmo sexo surge na etapa final da adolescência ou no início da idade adulta”. Oltramari, Fernanda. *União Homossexual: Aspectos jurídicos e perspectivas legislativas e jurisprudenciais*. Curitiba: 2003, UFPR, Dissertação (Mestrado em Direito). Pág. 42.

<sup>67</sup> Existam estudos que defendem a inexistência de comportamentos perversos. No que se refere à tese de Kinsey, no livro “O Comportamento Sexual no Macho Humano”, “amparada em milhares de entrevistas com homens e mulheres de todas as idades e camadas sociais, era a de que em matéria de sexo não existe aberração ou desvio. Existe apenas uma infinidade de práticas e preferências, que lei nenhuma é capaz de banir dos quartos conjugais, dos bancos traseiros dos automóveis ou de qualquer canto menos iluminado que se preste à intimidade. Essa curiosidade inesgotável sobre o sexo, defendia Kinsey, é simplesmente própria do “animal humano” e está além da alçada da moral”. Revista Veja. O cientista que só pensava naquilo. Edição 1876. 20 de outubro de 2004. Pág. 94-96. Ainda, agora nas palavras do próprio Kinsey, os dados colhidos indicavam que “37% da população masculina já teve alguma experiência homossexual entre a adolescência e a velhice... entre homens que permanecem solteiros até a idade de 35 anos, quase exatamente 50% tiveram experiências homossexuais entre a adolescência e essa idade” Apud. Rios, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. Pág. 54. Segundo o pesquisador, as tendências homossexuais existiam na maioria dos seres humanos, em uma escala quantitativa de 0 a 6. Freud, por sua vez, considera possível a existência da bissexualidade como uma tendência natural, como já tivemos o trabalho de expor em uma citação anterior. Ainda, “hoje sabemos que o ser humano é regido pela dimensão do desejo que, submetido às leis da linguagem, frustra qualquer apreensão direta de sua finalidade. Ao buscar o prazer, a sexualidade escapa à ordem da natureza e age a serviço próprio “pervertendo” seu suposto objetivo natural: a procriação. Subordinar a sexualidade à função reprodutora é “um critério demasiadamente limitado”, adverte Freud. Isto vem mostrar à biologia, à moral, à religião e à opinião popular, o quanto elas se enganam no que diz respeito à natureza da sexualidade humana: a sexualidade humana é, sem si, perversa - entendida aqui em seu sentido primeiro: desvio de uma finalidade específica. Ou seja, em se tratando de sexualidade, não existe “natureza humana” pois a pulsão sexual não tem um objeto específico, único e muito menos pré-determinado biologicamente”. Cecarelli, Paulo Roberto. *Homossexualidade e preconceito*. Biblioteca Digital. Disponível em [www.ceccarelli.psc.br](http://www.ceccarelli.psc.br). Acesso em 02 de novembro de 2004.



imitação, elas podem tomar como objeto sexual uma pessoa do mesmo sexo e encontrar satisfação no ato sexual com ela”<sup>68</sup>.

Quer-se dizer com isso que, mesmo nas classificações atuais mais restritivas, não existe um nexos estreito entre a homossexualidade e qualquer tipo de doença, tão pouco esta pode ser caracterizada como distúrbio mental. As patologias existentes deverão ser verificadas através da análise global do comportamento. Neste sentido, a homossexualidade normal não pode ser caracterizada como neurose, psicose e perversão, pois estas implicam em sintomas que estão ausentes nos homossexuais. Aliás, o próprio Freud, que tem sido amplamente citado como o autor dos estudos que levaram a classificação da homossexualidade como doença, descarta a hipótese da degeneração ou doença em diversas obras, como em dois ensaios <sup>69 e 70</sup> e uma carta<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Freud, Sigmund. Opus cit. Pág. 129. Esta classificação não exclui outras, que podem levar em conta as preferências sexuais, ou até, a sua origem, muito embora sobre este assunto não haja uma certeza.

<sup>69</sup> “Parece mais oportuno falar em degeneração apenas quando (1) houver uma conjugação de muitos desvios graves em relação à norma, (2) a capacidade de funcionamento e de sobrevivência parecer em geral gravemente prejudicada. Vários fatores permitem ver que os invertidos não são degenerados nesse sentido legítimo da palavra: encontra-se a inversão em pessoas que não exibem nenhum outro desvio grave da norma; (2) Do mesmo modo, encontramos-na em pessoas cuja eficiência não está prejudicada e que inclusive se destacam por um desenvolvimento intelectual e uma cultura ética particularmente elevados (nota 2: Convém admitir com os porta-vozes do “uranismo” que alguns dos homens mais destacados de que temos notícias foram invertidos, talvez até invertidos absolutos) (3) se abstrairmos os pacientes encontrados em nossa experiência médica e procurarmos abarcar um horizonte mais amplo, depararemos em duas direções com fatos que impedem que se conceba a inversão como um sinal de degeneração. (a) É preciso considerar que nos povos antigos, no auge de sua cultura, a inversão era um fenômeno frequente, quase que uma instituição dotada de importantes funções (b) ela é extremamente difundida em muitos povos selvagens e primitivos, ao passo que o conceito de degeneração costuma restringir-se à civilização elevada (cf. I. Bloch); e mesmo entre os povos civilizados da Europa o clima e a raça exercem a mais poderosa influência sobre a disseminação e o juízo que se faz da inversão”. Freud, Sigmund. Opus cit. Pág. 131-132. Assevera o mesmo autor que “justamente no campo da vida sexual é que se tropeça com dificuldades peculiares e realmente insolúveis, no momento, quando se requer traçar uma fronteira nítida entre o que é mera variação dentro da amplitude do fisiológico e o que constitui sintomas patológicos”. Idem, ibidem. Pág. 152.

<sup>70</sup> “Não compete à psicanálise solucionar o problema do homossexualismo. Ela deve contentar-se com revelar os mecanismos psíquicos que culminaram na determinação da escolha de objeto, e remontar os caminhos que levam deles até as disposições instintivas”. Freud, Sigmund. Apud Cecarelli, Paulo Roberto. A sedução do pai. Biblioteca Digital. Disponível em [www.ceccarelli.psc.br](http://www.ceccarelli.psc.br). Acesso em 02 de novembro de 2004.

<sup>71</sup> “Eu apreendo de sua carta que seu filho é um homossexual. Estou muito impressionado pelo fato de que a senhora não mencionou este termo nas informações que deu sobre ele. Posso perguntar-lhe por que evitou esta palavra? Homossexualidade, seguramente, não é uma vantagem, mas não é nada de que tenhamos que ter vergonha. Não é vício, degradação e não pode ser classificada como uma doença. Consideramos a homossexualidade como uma variação da função sexual, produzida por uma certa parada no desenvolvimento sexual. Muitos indivíduos altamente respeitáveis, nos tempos antigos e modernos foram homossexuais (Platão, Michelangelo, Leonardo da Vinci etc.). É uma grande injustiça perseguir a homossexualidade como um crime e também uma crueldade... Perguntando-me se posso ajudá-la, a senhora pergunta, suponho, se posso abolir a homossexualidade substituindo-a pela heterossexualidade normal. A resposta é: de maneira geral, não podemos prometer isto. Em um certo número de casos, somos bem sucedidos, desenvolvendo os germes das tendências heterossexuais que estão presentes em todo homossexual. Na maioria dos casos isto não é possível... O que a análise pode fazer por seu filho, caminha na linha diferente. Se ele é infeliz, neurótico, dilacerado por conflitos, inibido em sua vida social, a análise pode trazer-lhe harmonia, paz de espírito, plena eficiência, quer ele

Entende-se que, apesar de não configurar doença, a homossexualidade pode ser uma característica em razão da qual o problema se desenvolva, em função da intolerância social, assim, partindo da não aceitação da sua própria condição, pode-se gerar uma neurose. Entre outras conclusões, pode-se dizer que a orientação homossexual não previne o sujeito de desenvolver outras doenças que assolam o público em geral, e nesta mesma linha de raciocínio, não se pode dizer que o “pai sedutor” é uma perversão de homossexuais<sup>72</sup>, tendo em vista que os casos de pais sedutores homossexuais são raros em relação aos sedutores heterossexuais, que geralmente seduzem as suas filhas. Desta forma, são problemas comuns a quaisquer processos de adoção.

No entanto, por outro lado, a ausência de um pai forte na infância<sup>73</sup> é um fato - entendeu Freud em extrato já citado - que potencializa a possibilidade da homossexualidade, pelo que a adoção por homossexuais, longe de reproduzir um padrão sexual, pode servir para evitá-lo, de encontro com o melhor interesse da criança<sup>74</sup>.

De qualquer forma, mesmo que na existência de dois sexos educando a criança, encarando o problema sobre ângulo da ausência de um padrão de identificação, não há de se dizer que uma instituição fornece melhores modelos, já que não existe neste ambiente sequer o afeto e proteção necessários ao desenvolvimento humano<sup>75</sup>, quando menos pessoas que, através de um vínculo afetivo, possam lhe servir de modelo.

---

permanença homossexual ou mude”. Carta a uma mãe americana. Sigmund Freud. 9.Abril.1935. Documento amplamente divulgado em diversos meios de comunicação.

<sup>72</sup> Cabe afirmar que não é tanto o ato, mas o simbólico do ato, que é importante: “Freud, revendo a teoria original da sedução, afirma que o que importa no tratamento da histeria não é a realidade de ter sido seduzida mas sim, o desejo ou a fantasia da sedução. Esta ‘descoberta’ atribui um estatuto de concreticidade ao fato psíquico, que não o reduz ao factual ou ao constitucional. Privilegia com isto os afetos, as fantasias, as representações (inconscientes) e não mais os ‘acontecimentos’, ou as (dis)funções orgânicas. Privilegia a determinação simbólica e imaginária do sujeito. Este não é constituído apenas por uma funcionalidade fisiológica ou por um conjunto de fatos e acontecimentos reais, mas, sobretudo pela forma como singularmente os vivencia, percebe, imagina – pela forma como os organiza”. Guirado, Marlene. Opus cit. Pág. 72.

<sup>73</sup> Entende-se o pai como uma referência simbólica, encarregado da proteção e repressão.

<sup>74</sup> Não existem pesquisas que comprovem a reprodução padrão sexual dos pais sobre os filhos adotivos.

<sup>75</sup> “Não consigo pensar em nenhuma necessidade da infância tão intensa quanto a da proteção de um pai”. Freud, Sigmund. Apud. Cecarelli, Paulo Roberto. A Sedução do Pai. Biblioteca Digital. Disponível em [www.ceccarelli.psc.br](http://www.ceccarelli.psc.br). Acesso em 02 de novembro de 2004. Na vida em relação, a figura masculina geralmente é associada a proteção, porém, não se pensa que os aspectos relacionados à sexualidade infantil se fundem em modelos inatos. Ao contrário, existe uma aprendizagem inconsciente que se relaciona à constituição psíquica do ser humano. Desta forma, a ausência do pai pode levar a homossexualidade, com o desenvolvimento de uma relação tipicamente paternal no casal.

Em havendo pais do mesmo sexo, o modelo edipiano resta prejudicado, assim, não é possível verificar a oposição ao pai, que frustra o desejo em relação à mãe, ou identificação a mãe, seja em aproximação ao pai ou em função do narcisismo em relação a superafetividade materna, entre muitas outras causas. Mesmo quando ambos os pais provém carinho e proteção, atuando igualmente na educação e repressão, sem o contato com a conotação sexual caracterizada na relação mãe-filho/pai-filha, ou ainda, quando os papéis se invertem, o Édipo, seja o clássico ou o invertido, deve ser repensado, por ser inaplicável a todas as situações. Tão pouco há de se dizer que a formação edipidiana é a mais saudável, é apenas uma entre muitas formações possíveis.

Não há de se descartar que a homossexualidade é possível tanto na existência de pais quanto na sua ausência, quer dizer, na ausência de um pai forte. Assim, diante das várias causas da homossexualidade, não é seguro dizer as probabilidades aumentam ou diminuem, e como demonstram as pesquisas, ao que tudo indica, as probabilidades se mantêm as mesmas.

Por tudo isso, os resultados alcançados pela psicologia experimental devem ser considerados como instrumento base para o estudo da paternidade homossexual, principalmente quando retrógrados da psicologia se permitem afirmar que pais homossexuais não são referência para uma formação saudável.

Não é impossível que, no que tange a homossexualidade do(s) pai(s), talvez haja uma diferença marcante no sentido de desinibir, na realização do comportamento sexual psicológico efetivo, não negando a si o alívio da tensão sexual<sup>76</sup>, na descoberta da sua própria condição sexual. Com a educação correta,

---

<sup>76</sup> A desinibição também poderia atuar no sentido de gerar um comportamento homossexual eventual, que, segundo algumas correntes da psicologia, são normais no desenvolvimento humano. “A investigação psicanalítica opõe-se com toda firmeza a tentativa de separar os homossexuais dos outros seres humanos como um grupo de índole singular. Ao estudar outras excitações sexuais além das que se exprimem de maneira manifesta, ela constata que todos os seres humanos são capazes de fazer uma escolha de objeto homossexual e que de fato a consumaram no inconsciente. As vinculações por sentimentos libidinosos com pessoas do mesmo sexo desempenham, inclusive, um papel nada insignificante como fatores da vida anímica normal, e um papel ainda maior do que as vinculações semelhantes com o sexo oposto como motor do adoecimento. A psicanálise considera, antes, que a independência da escolha objetual em relação ao sexo do objeto, a liberdade de dispor igualmente de objetos masculinos e femininos, tal como observada na infância, nas condições primitivas e nas épocas pré-históricas, é a base originária da qual mediante a restrição num sentido ou no outro, desenvolvem-se tanto o tipo normal como o invertido. No sentido psicanalítico, portanto, o interesse sexual exclusivo do homem pela mulher é também um problema que exige esclarecimento, e não uma evidência indiscutível que se possa atribuir a uma atração de base química. A conduta sexual definitiva só se decide depois da puberdade e resulta de uma série de fatores ainda inabarcáveis, de natureza em parte constitucional e em parte acidental. Alguns fatores

pode-se pensar positivamente, não constituindo qualquer desabono a paternidade homossexual, até porque a realização plena da sexualidade está na contramão das neuroses.

## 2) Construção dos Fundamentos Jurídicos Basilares<sup>77</sup>

### a) Sobre a Proteção dos Diferentes Tipos de Relações Familiares

Neste ponto, será feita a interpretação do art. 226 da Constituição Federal, por ser questão relevante à análise jurídica da família homossexual, retomando o tópico desenvolvido no capítulo primeiro.

A questão reside em se saber se a redação do citado artigo foi restritiva, limitando a família apenas aos exemplos enunciados nos parágrafos daquele artigo, ou se existe a consagração jurídica indeterminada de diversas formas familiares.

A polêmica se origina dos termos utilizados no § 3º<sup>78</sup> e 4º<sup>79</sup>, que parecem induzir a um fechamento no elenco. A doutrina, ao analisar as constituições anteriores, em busca de uma interpretação histórica, percebeu que, quando o legislador originário pretendia limitar a família a um determinado padrão, utilizava o requisito no “caput”<sup>80</sup>. Não é o caso desta Constituição, que apenas estabelece a proteção especial à família, não utilizando em qualquer momento expressões restritivas (“apenas”, “exclusivamente”, “a família constitui-se de”) no que tange a formação da família.

---

podem certamente incidir com força desmedida a ponto de influenciarem o resultado em sua direção. Em geral, no entanto, a multiplicidade dos fatores reflete-se na diversidade das condutas sexuais manifestas nos seres humanos”. Freud, Sigmund. Opus cit. Pág. 138. Nota 1.

<sup>77</sup> Neste capítulo, se incluem fundamentos de direito civil e constitucional, indiscriminadamente. Em termos de direito constitucional, é necessária a harmonização dos institutos, quando possível, ou a solução via princípio da proporcionalidade, buscando, sempre, a sua máxima efetividade.

<sup>78</sup> “para efeito de proteção... é reconhecida...”.

<sup>79</sup> “entende-se, também...”.

<sup>80</sup> Lôbo, Paulo L. N. Apud Matos, Ana Carla H. Opus cit. Pág. 158.

Levando em conta que é uma das finalidades do sistema constitucional garantir direitos e garantias individuais<sup>81</sup>, não existe fundamento para uma interpretação restritiva que provém apenas de uma aparência de literalidade, cedendo a interpretações mais científicas. Da mesma maneira, não existe fundamentação racional<sup>82</sup>, lógica, histórica, muito menos sistemática, o que espanca as dúvidas acerca da real pluralidade que a constituição decidiu proteger<sup>83</sup>, tendo em vista uma interpretação harmônica do instituto, que leva em conta a repersonalização do direito civil, que será um pouco mais aprofundado na próxima seção<sup>84</sup>.

## b) Da Dignidade da pessoa Humana

O princípio da Dignidade da pessoa humana ou pode ser abordado em relação de igualdade com os demais princípios, ou ainda, como um princípio que agrega os demais valores e garantias relacionadas à pessoa humana.

Não é o objeto deste trabalho analisar a dinâmica constitucional e o princípio da dignidade. No entanto, em prol da igualdade entre os dispositivos da

---

<sup>81</sup> “Na verdade, colocar o problema nestes termos em nada colabora para sua elucidação, na medida em que perquirir da natureza taxativa ou enumerativa das comunidades familiares previstas no texto constitucional seria concebe-lo de acordo com o dogma da completude, isto é, a idéia de que a Constituição já tenha definido de antemão a resposta para o problema. No entanto, quando se trata de interpretação constitucional, deve-se partir de premissa diversa, segundo a qual a Constituição se caracteriza por sua abertura e amplitude, não se propondo de antemão ‘pretensão de ausência de lacunas ou até de unidade sistemática’ (Konrad Hesse)”. Rios, Roger Raupp Rios. Opus cit. Pág. 117.

<sup>82</sup> “Dentro dos laços familiares, os sujeitos exercem a sexualidade, oferecem e recebem suporte psicológico, fazem companhia um ao outro nas atividades privadas e sociais; há auxílio econômico mútuo, com o conseqüente amparo nas adversidades financeiras; ocorre a divisão das atribuições necessárias no atendimento da casa, da alimentação e das demais atividades cotidianas; verifica-se o apoio de um para conceder a possibilidade de desenvolvimento profissional ao outro; há a troca de afetividade entre os parceiros e entre eles e os filhos, bem como comum se torna a divisão das tarefas de socialização das crianças. Estas características estão presentes em uniões homo e heterossexuais. Há, portanto, uma relação indissociável entre o princípio da pluralidade familiar e o direito a livre desenvolvimento da personalidade, visto ser a união afetiva parte essencial dos valores personalísticos, como os acima mencionados” Matos, Ana Carla. Opus cit. Pág. 162.

<sup>83</sup> “Fazendo concessão ao direito vivido, a Constituição Federal de 1988 consagrou o pluralismo em matéria de relações familiares, rendendo-se à realidade do quadro multifacetário característico da família brasileira”. Silveira Ramos, Carmem Lúcia. Opus cit. Pág. 135. Mas o pluralismo não deve ser entendido apenas em função do elenco apresentado na Constituição, “uma vez que o discurso jurídico consigna como elemento unificador entre as famílias nos seus variados perfis a comunhão de afeição e de vida, justifica-se o reconhecimento da pluralidade de feições com que se apresenta no meio social, tendo em vista o cumprimento desta mesma função por uniões não matrimonializadas”. Silveira Ramos, Carmem Lúcia. Opus cit. Pág. 138.

<sup>84</sup> A análise se torna particularmente importante porque serve de fundamento para a consagração da família nas relações homossexuais, e apesar de negarmos a adoção por casais, será importante no que se refere à posse de estado de filho.

Constituição, no âmbito do presente trabalho, atribui-se à dignidade o mesmo peso que os demais princípios, e desta forma, os impasses derivados das colisões entre os direitos serão solucionados pelo princípio da proporcionalidade.

Atribuir a dignidade uma função especial poderia possivelmente romper a harmonia deste sistema, estabelecendo uma certa superioridade, ao menos como uma decorrência hermenêutica desta característica especial que lhe é atribuída. Quer dizer, parece difícil evitar que um princípio, ao assumir este papel, não estabeleça uma relação de superioridade em relação aos demais institutos constitucionais, o que, aliás, é uma bandeira da literatura jurídica atual.

Apesar da vagueza, a dignidade possui os seus próprios limites interpretativos, e nestes limites de interpretação, que são pragmáticos e históricos, a supervalorização deste princípio como um intermediador das relações entre os demais valores constitucionais, que deveriam lhe ser independentes, atravessa a ordem Constitucional com uma interpretação sistemática que tende ao princípio da dignidade, quando é o princípio da dignidade que deve ceder a interpretação sistemática. Assim, é interessante ressaltar a necessidade de se pensar a dignidade a partir do sistema, e não o sistema a partir da dignidade. Apesar da questão merecer estudo próprio, neste trabalho existe a opção pelo tratamento da dignidade em igualdade com os demais princípios.

A dignidade é um dos fundamentos para a repersonificação do direito, através desta busca-se garantir as condições necessárias para o desenvolvimento da pessoa humana, fornecendo suporte para o desenvolvimento sadio da personalidade. O princípio tem por objetivo a transformação da pessoa humana em um fim em si mesma, como um dos imperativos categóricos do Direito, do mesmo modo que alguns valores que também estabelecem direitos fundamentais<sup>85</sup>.

Infelizmente, seja no sentido de lhe atribuir o papel principal ou de lhe conferir o peso isométrico de princípio, a violação a dignidade na nossa

---

<sup>85</sup> “Primeiramente trata-se de saber, à luz da terminologia kantiana, qual espécie a que pertencem os imperativos jurídicos. Ora: ‘os imperativos ou são hipotéticos ou categóricos. Os primeiros põem a necessidade prática de uma possível conduta como meio para qualquer outra coisa que se pretende alcançar. O imperativo categórico seria antes aquele que apresentasse uma conduta objetivamente necessária por si mesma, sem referência a qualquer outro fim’...”. Karl Engisch, apud Gediel, José Antônio Peres. Opus cit. Pág. “O princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial a idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal”. Rios, Roger Raupp. Opus cit. Pág. 89.

sociedade é bastante recorrente e corriqueira, na submissão do ser humano a valores econômicos, principalmente nas instituições deste país<sup>86</sup>. Nestas, se subjugam o homem ou a criança a critérios de custos pré-estabelecidos, constantes nas destinações políticas das verbas, legalizadas através de leis orçamentárias e executadas pelos programas de desembolso de capital, através das quais se destinam verbas que, dado o custo do sistema público, não são suficientes para manter a população de internos em condições humanas mínimas, mas que, não obstante, são espantosas<sup>87</sup>.

Discute-se atualmente se a dignidade como um fim é capaz de gerar ilicitude<sup>88</sup>, ou se serviria apenas como princípio interpretativo, um mandato de otimização, muito embora seja norma de eficácia plena. Para efeito deste trabalho, entende-se que existem situações nas quais não se nega a ilicitude da indignidade, principalmente se parte do Estado, que tem neste princípio um dos seus fundamentos. Quanto à ilicitude, não estabelece relação entre os sujeitos, como o faz o princípio da igualdade. Desta forma, a dignidade é capaz de repudiar uma indignidade imposta a todos, mesmo que igualmente.

No que se refere à análise jurídica da família homossexual, o princípio da dignidade é salutar. Em se tratando de elemento constitutivo da personalidade da pessoa, não tutelar a união ou a paternidade homossexual, principalmente por motivo moral, seria atentar contra a dignidade, impondo um estigma, discriminação que, como critério aparentemente – e apenas aparentemente – legal, repercute sobre as demais esferas sociais. Equivaleria a dizer que a homossexualidade, por si só, é um comportamento que não deve ser amparado pelo sistema, o que de forma alguma preserva o princípio em estudo.

---

<sup>86</sup> E também, “As dificuldades se tornam maiores quando, examinando o homem dentro de seu ‘habitat’ tecnológico, vê-se que, em contraposição à personificação do direito, ocorre uma verdadeira desumanização do homem. Tudo isto provoca o que Auirre y Aldaz chama de esquizofrenia doutrinal”. Cortiano Júnior, Eroulths. Opus cit. Pág. 43.

<sup>87</sup> A dignidade da criança institucionalizada é ponto essencial quando se trata da adoção por homossexuais, pois é através desta que se pode visualizar também um melhor interesse da criança.

<sup>88</sup> Neste sentido, se manifestou recentemente o Min. Peluso, “o sistema judiciário só repudia o sofrimento por atos injustos”, ao tratar da revogação da cautelar que permitia o aborto dos anencefálicos. Retornaremos a questão posteriormente. Contra, Ingo Sarlet, “A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. Apud Rios, Roger Raupp. Opus cit. Pág. 90.

O princípio da dignidade, como um dos fundamentos do Estado, demanda deste ente um comportamento ativo. Assim, se a sociedade discrimina, não pode o Estado permanecer “neutro”, cabe a este propiciar mecanismos que não só levem à igualdade, mas que fortaleçam a dignidade homossexual, o que não seria possível se o próprio Estado estabelecesse diferenciações radicais e infundadas entre os diferentes tipos de pessoas.

### c) Do princípio da Igualdade

A igualdade remete a dois significados, o formal e o material. O significado formal trata da igualdade resultante da aplicação uniforme da lei, que em regra não estabelece distinção entre os sujeitos de direito. O sentido material, por outro lado, busca a igualdade de fato, partindo do pressuposto de que a vontade não é inteiramente livre, mas vinculada à materialidade. Obviamente, as desigualdades existem, tanto na natureza como em qualquer sistema de produção possível, mas a desigualdade material que pretende corrigir o princípio surge em função de uma expectativa gerada pelo Direito, e encontrando desigualdade em fatos que se esperam que sejam iguais, busca-se igualá-los, através de um tratamento diferenciado<sup>89</sup>.

A partir da não distinção entre homens e mulheres no art.º 5º, I, da Constituição Federal, podemos afirmar que ao vedar diferenciações entre os sexos, presume-se que não haja uma especial habilidade inerente à condição sexual “ativa” ou “passiva”. Quer dizer, se os homens e mulheres são iguais perante a lei, poderemos concluir que até certo ponto será irrelevante a condição sexual, salvo em havendo diferenciação em função de característica orgânica.

Como já tivemos o trabalho de analisar na primeira parte deste trabalho, os fundamentos médicos indicam que a homossexualidade não é uma doença, assim, o desenvolvimento sexual homossexual é, afinal, um desenvolvimento normal, e em alguns casos, a única forma de realização do

---

<sup>89</sup> “só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente” Konrad Hesse. Apud, Rios, Roger Raupp. Opus cit. Pág. 75.



indivíduo. A diferença essencial é de tratamento, que mesmo no Direito ainda oferece barreiras. Ao contrário, o ordenamento deveria oferecer ainda mais elementos para perceber uma identidade entre homossexuais e heterossexuais, apesar das diferenças, como se fez em relação aos homens e mulheres, abolindo a diferença entre os sexos, aplicando a igualdade formal nos casos em que a diferença não constituir critério legal.

No que tange a chancela relativa à união familiar entre cônjuges, a Constituição, ao disciplinar a família no art. 226, poderia deixar a impressão de que o sexo é uma diferença relevante quando estabeleceu expressamente a necessidade de existência de um homem e uma mulher para a configuração da união estável. Porém, ao estabelecer a tutela das diversas formas familiares, e silenciar em relação às demais, não é plausível que a diversidade de sexos seja condição essencial à formação das demais entidades familiares. Do mesmo modo, não é possível hierarquizar as diferentes uniões em tipificadas e não tipificadas, já que não existe critério legal para a diferenciação.

Por outro lado, com base no ordenamento atual, não entendemos pela possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois a semântica – assim como o contexto pragmático - do termo remete a uma união entre homem e mulher, tendo em vista o significado histórico da palavra, cunhado através dos séculos, e não modificada senão até senão recentemente, e em apenas alguns países que aceitam mais facilmente a modificação do conceito, dentre os quais não se inclui o Brasil.

Neste sentido, o Código Civil estabelece expressamente no seu art. 1514 que o “casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. No art. 1517 deste Código a restrição é similar ao asseverar que o “homem e a mulher com dezesseis anos podem casar” com autorização especial. Repete-se a previsão no art. 1565, estabelecendo que, “pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

Desta forma, se percebe que a nossa legislação ainda está atrelada aos modelos tradicionais, milenares na cultura ocidental. E apenas para tratar das proibições legais que incorporaram a visão tradicional, não se concebe

famílias com três cônjuges (bigamia), ou relação de comunhão amorosa entre parentes próximos (incesto). Ausente qualquer proibição, e dentro deste núcleo de regras básicas, é possível que fatos não contemplados, e de certa forma parecidos ou derivados da organização tradicional, mereçam a tutela da justiça.

Independentemente da previsão legal expressa, é possível suprir a omissão através da interpretação legal realizada pela Jurisprudência, e como fonte de Direito, reconhece-se à esta função importante na formação das regras específicas, o que, aliás, não é nenhuma novidade. Neste mesmo âmbito já estiveram a família monoparental, a família reconstituída, a união estável, como agora se encontra a união homossexual, o estado de posse de filho, entre outros exemplos...

A família, diferentemente do casamento, não é apenas uma invenção ou convenção social, sobre as quais se exerce uma influência aparentemente aleatória, que remete a própria origem histórica da convenção. É comum na literatura jurídica se afirmar que a família é um fato, sendo inadequado fixar na lei um significado técnico diverso do social, até porque o significado técnico da palavra "família" não é produzido propriamente pelo Direito, mas pela sociologia, antropologia e psicologia, entre outras disciplinas que, a propósito, não negam o caráter familiar às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

É por esta ausência de diferença<sup>90</sup> e fundamento que nos salta aos olhos a exigência de uma igualdade formal no tratamento entre homossexuais e heterossexuais<sup>91</sup>, senão quando existe diferenciação legal, nos limites da Constituição. Neste sentido, seria interessante a completa inexistência de diferenciações entre heterossexuais e homossexuais, que, apesar dos pesares, ainda existe, impasse esse que só será completamente superado com a possibilidade do casamento e da união estável por homossexuais. Desta forma, contrariando os juristas conservadores, mesmo na existência de grupos de homossexuais que desprezem o casamento, é inteiramente válida a criação a

---

<sup>90</sup> A reflexão nos leva a crer que "as distinções entre a 'nossa normalidade' e 'a perversão deles' são maculadas senão dissolvidas. 'Diversidade sexual, embora ainda considerada por muitos hostis como uma perversão, deixou de ser uma referência freudiana tomada a partir de casos exemplares para tornar realidade cotidiana no mundo real'" Giddens, apud Rios, Roger Raupp. Opus cit. Pág. 58-59.

<sup>91</sup> "as desigualdades só poderão ser toleradas se fundadas em motivos racionais, em indagação que, por ser pertinente à dimensão material do princípio da igualdade, ultrapassa o âmbito da igualdade formal. A fidelidade ao princípio da igualdade formal exige que se reconheça em todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual - a qualidade de sujeito de direito". Rios, Roger Raupp. Opus cit. Pág. 70.

supressão completa de qualquer diferença, não só possibilitando o casamento e a união estável a uma parcela de homossexuais que ainda acreditam neste instituto, como estabelecendo no ordenamento uma regulamentação que certamente terá um impacto positivo na sociedade, em prol da dignidade homossexual.

Apesar do respeito às restrições produzidas no interior do art. 226 da Constituição Federal em relação à união estável homossexual, em prol da pluralidade, a família homossexual merece a especial tutela do Estado como entidade familiar que é, seja composta apenas pelos parceiros, ou pelos cônjuges e filhos, sejam adotados ou naturais de um dos cônjuges.

#### **d) A vedação de Discriminação**

A não discriminação, incluído no art. 3º, IV, e 5º, XLI, da Constituição Federal, também abarca a proteção dos homossexuais através da extensão a “outras formas de discriminação”. Neste trabalho se optou por tratá-la em uma seção em separado do princípio da igualdade, por acreditarmos na diferenciação, e pela facilidade didática que esta finalidade pode ser alcançada através desta repartição.

São figuras próximas, não há dúvida, por isso, se sucedem nesta exposição, mas, enquanto a igualdade é uma referência relacional<sup>92</sup>, que pode ser ponderada em razão da igualdade material, a discriminação é um tipo de tratamento especial que o legislador teve por bem incluir na Magna Carta. Garante assim uma maior efetividade a extirpação do preconceito, cuja análise de configuração difere daquela utilizada no princípio da igualdade, que depende de uma maior quantidade de elementos. A constatação da discriminação pode ser realizada muitas vezes através do próprio ato discriminante, que fornece elementos relacionais necessários a caracterização da agressão.

---

<sup>92</sup> “Além da necessária concretização, o caráter principiológico do direito de igualdade requer, desde o início, a compreensão da igualdade sob uma perspectiva relacional. A igualdade, como disse N. Bobbio, é uma relação que se estabelece entre distintas pessoas, coisas ou situações; o direito, como ordem normativa, prescreve tal relação entre os entes objetos de comparação, estabelecendo quando, como e porque serão sustentadas equiparações ou diferenciações”. Rios, Roger Raup. Opus cit. Pág. 66.

Ambas a desigualdade e a discriminação estabelecem ilicitude, por serem ambas normas de eficácia plena, com aplicabilidade direta, imediata e integral. No entanto, a discriminação é também geralmente uma ofensa moral, atingindo o cerne da dignidade através do grupo na qual se insere o sujeito. Até pode-se dizer que a discriminação é um tipo especial de desigualdade de tratamento, mais grave, tendo como efeito uma indignidade que afeta a pessoa com base no grupo em que se insere.

Neste trabalho a igualdade é tratada como um princípio, e por isso, permite ponderação, e na colisão, pode até ceder em prol de outro direito considerado mais importante no caso concreto<sup>93</sup>. Por outro lado, procura-se considerar neste texto a discriminação como uma regra, por isso, não é ponderada, é cumprida ou descumprida, não é capaz de ceder, até porque não se imagina uma situação em que a discriminação possa favorecer algum outro direito fundamental<sup>94</sup>.

O preconceito se funda sobre um juízo não fundamentado ou não fundamentável. Em certas situações, portanto, a não discriminação constitui uma restrição a liberdade de expressão e de agir, pois, mesmo em se tratando de uma verdade fundamentável, não constitui argumento para os fins de discriminação. Isto quer dizer que, mesmo em se produzindo pesquisas comprovando a

---

<sup>93</sup> A adequação dos interesses remete ao princípio da proporcionalidade e às normas infraconstitucionais. Conforme explica Alexy, nas palavras de Guilherme Doring da Cunha Pereira, “as “noções de ‘adequação’, necessidade e ‘proporcionalidade em sentido estrito’, ... que, segundo Alexy, as agrupa todas sobre o gênero ‘proporcionalidade’, são máximas implicadas pela própria teoria dos princípios... De fato, as três máximas decorrem do caráter de ‘mandatos de otimização’ dos princípios (e dos direitos fundamentais portanto, quando têm caráter de princípio)... A máxima da proporcionalidade em sentido estrito refere-se às possibilidades jurídicas e se confunde com a ponderação entre princípios. A máxima da necessidade, por sua vez, refere-se às possibilidades fáticas. Ora, otimização quanto às possibilidades fáticas significa que, dentre determinadas medidas que um sujeito (o Estado, por exemplo) pode escolher para atingir um fim que atinge um direito fundamental (para simplificar, não falaremos de princípios em geral, mas de direitos fundamentais com caráter de princípio), impõe-se a escolha do meio menos gravoso a esse direito fundamental. Tem-se portanto, que a máxima da necessidade está atendida quando, para a consecução de um determinado fim – julgado prevalente segundo a ‘lei da ponderação’ – adota-se, dentre as várias medidas possíveis para o atingimento desse fim, aquela que atinge menos intensamente um direito fundamental... Quanto a máxima da adequação, ela diz respeito à necessidade de que uma medida restritiva a um direito fundamental só seja tomada quando realmente adequada à obtenção do fim julgado prevalente segundo a ‘lei da ponderação’”. Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação. Tese de Doutorado. Pág. 95. A constitucionalização do direito civil, que garante uma interpretação através desta dinâmica, e a repersonalização deste direito, tendo o ser humano como finalidade do direito, certamente são fenômenos importantes, mas que, devido ao tempo exíguo, e as condições que marcam o final de curso, infelizmente não puderam ser tratados no presente.

<sup>94</sup> Entendem em contrário Roger Raupp Rios. Opus cit. Pág. 67, ao afirmar pelo princípio da não discriminação. No mesmo sentido, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2000. Pág. 230. E em geral, a doutrina é quase unânime neste sentido. No entanto, há de convir que existe uma regra de não discriminação, independente da existência ou não de um princípio, como se percebe pela lei 7.716 de 1989, que estabelece como sendo crime inafiançável, passível de um a cinco anos de reclusão, a discriminação. No mesmo sentido a lei 5.473/68, que incrimina condutas que estabeleçam discriminações entre brasileiros, para o provimento de cargos sujeitos a seleção, tanto na iniciativa privada como na pública.

inferioridade intelectual de um grupo, por exemplo, esta diferença não poderá constituir nunca fundamento para uma diferença de tratamento em termos discriminatórios. Destarte, o tratamento constitucional é em prol da igualdade, e as diferenças, sempre existentes, são por vezes tidas como inexistentes, irrelevantes ou impertinentes para a consecução das relações jurídicas, com base no conceito abstrato de sujeito de direitos<sup>95</sup>.

Porém, é muito comum que a própria lei faça distinções, o que não configura ofensa à igualdade ou a vedação de discriminação, seja por estarem albergadas na Carta Magna, constituindo exceção e restrição, seja em função de critérios legais razoáveis.

Em grande parte, as distinções legais partem da verificação de uma habilidade específica adquirida, e não de uma qualidade inata, muito embora, na realidade, muitas destas qualidades especiais se mostrem inacessíveis a miséria do grande público. É desta maneira que se procura nos homossexuais, assim como nos heterossexuais, preenchidos os requisitos legais, a capacidade e a possibilidade especial de criar filhos, independente da sua orientação, no caso de adoção por solteiros.

Da diferenciação entre a igualdade e a discriminação não se infere que uma ofensa moral discriminatória não constituía uma desigualdade. Em regra, uma infração ao princípio da igualdade leva em contra uma má distribuição material, enquanto a vedação da discriminação é um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, que visa resguardar principalmente o aspecto moral<sup>96</sup>. Porém, nada impede que coincidam em um mesmo ato, em concurso, pois uma má distribuição material pode ter como base um critério discriminatório.

---

<sup>95</sup> Os contratualistas, em geral, e especialmente Hobbes e Rosseau, apartaram as diferenças naturais das diferenças morais e políticas. Dizia Hobbes que a diferença entre os homens nunca era suficiente para embasar uma desigualdade de direitos. Neste mesmo sentido, Rosseau estipulava que as primeiras desigualdades (as naturais) eram um fato da vida, as segundas (morais e políticas), estipulação e convenção humana, do que se infere que são independentes, não sendo as primeiras a causa das segundas, até porque as diferenças morais e políticas não seguem critérios naturais, mas obedecem a interesses econômicos específicos.

<sup>96</sup> O desdobramento da regra imperativa do princípio da dignidade da pessoa humana é possível pelo fato da dignidade constituir princípio, mandato de otimização de regras, como a da não discriminação, que tratamos como sendo regra, e não princípio.

## e) A Jurisprudência e a Garantia dos Direitos Personalíssimos

Partindo dos princípios e regras que prezam pela não diferenciação, é propício tratar dos direitos personalíssimos, que se referem essencialmente a bens imateriais ou incorpóreos, e “diferem dos direitos patrimoniais porque o sentido econômico desses direitos é absolutamente secundário e somente aflorará quando transgredidos”<sup>97</sup>.

Ademais, possuem as seguintes características:

“(a) são inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade; (b) são vitalícios, perenes ou perpétuos, porque perduram por toda a vida... são também imprescritíveis; (c) são inalienáveis, ou, mais propriamente, relativamente indisponíveis, porque em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato; (d) são absolutos, no sentido de que podem ser oposto ‘erga omnes’. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos subjetivos de natureza privada”<sup>98</sup>.

Desde muito tempo, os naturalistas têm tentado a unificação dos direitos personalíssimos sobre a denominação direito geral de personalidade, enquanto, por outro lado, os positivistas têm agrupado em espécies as diversas manifestações destes direitos<sup>99</sup>. Uma tendência atual da legislação positiva de

<sup>97</sup> Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003. Pág. 150.

<sup>98</sup> Venosa, Sílvio de Salvo. Opus cit. Pág. 150. “Outra enfrenta o problema da indisponibilidade dos direitos de personalidade: a tradicional teoria sempre os classificou como direitos indisponíveis..., mas os avanços científicos... demonstram imperiosidade de se repensar esta indisponibilidade. A terceira implicação diz respeito à chama extrapatrimonialidade dos direitos de personalidade... tido como ‘res extra commercii’... hoje torna-se possível a transmissão de partes do corpo humano e chega-se a ouvir clamores por sua mercantilização” Cortiano Júnior, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade. In: Fachin, Edson Luiz (coord.). Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. Pág. 40.

<sup>99</sup> Os direitos personalíssimos “configuram direitos subjetivos, que, para os autores positivistas (como De Cupis e Tobefias) tem função especial em relação a personalidade, constituindo um ‘minimum’ necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Constituem direitos cuja ausência torna a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável, sem valor concreto: todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo e a pessoa não existiria como tal. São, pois, direitos ‘essenciais’, que formam a medula da personalidade”. Bittar, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1999. Pág. 6. “De Cupis especifica e estuda, como da personalidade, os direitos: a vida e à integridade; às partes separadas do corpo ao cadáver; a liberdade; a honra e respeito ao resguardo; ao segredo; a identidade pessoal; ao título; ao sinal figurativo; e o direito moral do autor... Orlando Gomes também insere esses direitos nas duas classes: a) os relativos à integridade física, enunciando: o direito a vida, ao próprio corpo, no todo ou em partes e ao cadáver; b) à integridade moral, enunciando: o direito à honra, à liberdade, ao recato, segredo, imagem, ao nome e o direito moral de autor. Limongi França faz outra subdivisão: direitos relativos à a) integridade física, a

alguns países é a incorporação do direito geral de personalidade à legislação<sup>100</sup>, cuja vagueza é parcialmente determinada pela sintaxe das determinações específicas, e em parte pelo esforço jurisprudencial, que recorre quase integralmente a construção doutrinária<sup>101</sup>.

A formulação de um direito geral de personalidade com base na lei tem raízes na doutrina alemã<sup>102</sup>, que partiu da Lei Fundamental alemã, art. 2º<sup>103</sup>, seguida pelo direito português<sup>104</sup>.

O supracitado art. 2º da Lei Fundamental Alemã serviu para estabelecer diretrizes para um direito geral de personalidade, conjuntamente com o art. 1º, que trata da dignidade da pessoa humana<sup>105</sup>, que é justamente a introdução

---

saber: a vida, à alimentação, ao corpo e as partes; b) integridade intelectual: liberdade de pensamento, autoria artística, científica e invenção; e, c) integridade moral: a honra, recato, segredo, imagem e identidade (...). Bittar, Carlos Alberto. Opus cit. Pág. 15-16.

<sup>100</sup> “Há uma tendência mundial de reconhecimento do direito geral de personalidade, que pode ser justificada na falência do ideal positivista como também na infinita possibilidade de desenvolvimento da personalidade humana (o que acarreta infinitas possibilidades de ofensas)”. Cortiano Júnior, Eroulths. Opus cit. Pág. 47.

<sup>101</sup> Doutrina é fonte de direito, mas fonte indireta, pois não têm a força normativa que caracteriza tanto os mandamentos legais, mais gerais, quanto os mandamentos normativos específicos. Em regra, os seus ensinamentos são absorvidos no processo de construção das normas.

<sup>102</sup> “no âmbito mais determinado dos bens personalíssimos, a tentativa da doutrina jurídica moderna, sobretudo alemã, de unificar a proteção da pessoa humana – não já em sede de disciplina dos meios de comunicação, mas de forma geral – em torno do conceito de ‘direito geral de personalidade’... O conceito geral de personalidade, fruto dos esforços pioneiro do BGH alemão, através de um conjunto de marcantes decisões tomadas logo nos primeiros anos de vigência da lei fundamental... (Nota 141: A formulação do art. 2º da Lei Fundamental alemã facilitou o desenvolvimento dessa doutrina” Pereira, Guilherme Doring da Cunha. Opus cit. Pág. 88. Peres Gediel não reconhece no direito alemão a origem da disciplina geral do direito de personalidade, e afirma que esta começou com o Código Civil italiano, em 1942, quando estipulou, no art. 5º, conforme transcrevemos, que “gli atti di disposizioni Del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari all’ ordine pubblico o al buon costume”. De fato, ao estabelecer a impossibilidade de disposição do corpo humano não apenas a lei, ou ainda, a uma diminuição da capacidade, mas aos bons costumes, está a assegurar o direito a personalidade no que tange a integridade física com uma tutela mais ou menos geral.

<sup>103</sup> “Article 2 (Rights of liberty).

(1) Everyone has the right to the free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral code.

(2) Everyone has the right to life and to inviolability of his person. The freedom of the individual is inviolable. These rights may only be encroached upon pursuant to a law”

O texto foi fornecido pela “General Electric's Germany & Europe Round Table” e distribuído livremente.

<sup>104</sup> O Código Civil Português de 1966 estabelece:

“Direitos de personalidade Art. 70o (tutela geral da personalidade)

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida” .Apud. Gediel, José Antonio Peres. Pág. 49.

<sup>105</sup> “O interesse dessa construção doutrinária é inegável, na medida em que, no fundo, relembra que os bens personalíssimos tem sua fonte, seu fundamento e seu significado mais profundo na realidade da incomensurável dignidade da pessoa humana. De tal forma que, mesmo na ausência de uma expressa e nominal previsão legal, pode o julgador admitir sem peias a presença de alguma manifestação dos direitos de personalidade” Pereira, Guilherme Doring da Cunha. Opus cit. Pág. 88. “A doutrina civilista do início deste século, majoritariamente, ao

proposital e expressa a carta de direitos fundamentais. E como podemos perceber, aquela Lei admite o direito fundado no livre desenvolvimento da personalidade, amparada na liberdade, legalidade, no limite da lei e da moral, inviolabilidade pessoal, aparentemente tanto física como moral, determinando parâmetros gerais para os direitos personalíssimos. Mesmo assim, como foi prenunciado, o Direito alemão não prescinde de determinações especiais, que servem para regular as especificidades e dirimir dúvidas.

A Constituição brasileira também permite a extração de um conceito de direito geral da personalidade, que, muitas vezes, é realizado com base no princípio da dignidade, mas que, de qualquer forma, busca uma construção doutrinária sobre uma lei que enuncia direitos contíguos sem a pretensão de unificá-los. Neste sentido, o conceito geral de direitos personalíssimos é possível, através da interpretação harmônica dos institutos constitucionais, complementados pelas normas especiais estabelecidas pelo Código Civil.

Não é o objetivo do presente estabelecer um conceito de direito geral de personalidade, ao contrário, tem-se o cuidado de especificá-los, na medida do possível. No entanto, com base nos princípios escolhidos, podemos dizer que estes possuem em comum uma preocupação com a proteção dos atributos necessários ao desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, protegendo-a tanto fisicamente como moralmente, guardando relação com o art. 2º da

---

reconhecer a necessidade de tutelar os vários bens, corpóreos ou incorpóreos da personalidade, identificados com a pessoa, mas dela distintos, definiu-os como direitos subjetivos, oponíveis 'erga omnes' e previstos em 'numerus clausus', à similitude dos direitos reais (...) Antecipando esse pensamento, o Tribunal do Império alemão já decidira, em 1902, que 'o reconhecimento de um direito subjetivo geral da personalidade não encontra espaço no sistema positivo do nosso direito civil (...) Seguiu-se ao movimento de constitucionalização dos direitos de personalidade, uma elaboração teórica, orientada por elementos da teoria do Direito Civil. O esforço dos doutrinadores concentrou-se, sobretudo, na superação do conceitualismo e do modelo de direito subjetivo extraído dos Códigos elaborados no século XIX. A doutrina civilista também assimilou as transformações dos conceitos juspublicistas, com a finalidade de flexibilizar a noção de direitos subjetivos de personalidade, de modo a afirmá-los contra o estado. Reivindica-se, para tanto, a aceitação de um direito único da personalidade, nucleado na dignidade da pessoa humana (...) A superação do problema do conteúdo material dos direitos fundamentais da personalidade exige, como se vê, a formulação de uma teoria unitária, que postula a existência de um 'direito geral da personalidade', para suprir a necessidade de tutela ao sujeito em sua integridade, para além de sua compartimentalização e de seu reconhecimento pelas normas de origem estatal". Gediel, José Antônio Peres. Opus cit. Pág. 36-40. O citado autor também nomeia a tentativa de doutrinadores brasileiros de construir o direito de personalidade geral fincado na dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da Constituição. Também é possível a unidade do direito de personalidade se considerarmos a integração e harmonização dos preceitos constitucionais com os tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que no seu art. 6º estabelece que "todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica". Idem. Ibidem. Pág. 48. "A conjugação personalidade-dignidade é tão forte que boa parte dos autores que tratam do tema referem-se diretamente à proteção da dignidade do homem. Esta ligação é, assim, indissolúvel". Cortiano Júnior, Eroulths. Opus cit. Pág. 42. "Emblematicamente, a reemersão... da idéia de um direito geral da personalidade ocorreu na própria Alemanha, nos artigos iniciais da Lei Fundamental e na jurisprudência do Tribunal Federal..." Idem. Ibidem. Pág. 46.



Constituição Alemã. Evidentemente, sobre um aspecto geral, este enunciado não passaria de uma “fórmula vazia de justiça” se não se pudesse aferir quais os valores considerados relevantes pelo sistema atual, o que as leis têm o cuidado de especificar, na maioria dos casos, e a jurisprudência e a doutrina de elaborar e complementar.

A jurisprudência, como fonte de direito, e a doutrina, que desde sempre influencia as decisões judiciais, na aplicação do princípio democrático com a sua máxima efetividade, devem buscar proteger os interesses legítimos, independentemente de previsão legal expressa, em havendo previsão constitucional que embase a tutela, e em se tratando de assunto juridicamente relevante.

Os juizes, como membros do Estado, têm a legitimidade da sua atividade no atendimento dos anseios democráticos<sup>106</sup>. No que tange a família, devem estar atentos a relação familiar sem título, ou seja, de fato. Partindo da constatação de que não só a relação entre pais e filhos é relevante ao Direito, como os interesses em estabelecê-la também o são, não há de se dizer que, na ausência de previsão legislativa expressa, a análise da questão será excluída do judiciário.

Os requerimentos improvidos por ausência de previsão legal expressa, em assuntos juridicamente relevantes, negando a Constituição a previsão legal, equivalem a um “non liquet”<sup>107</sup>. Nesta atividade, o erro principal surge da atribuição de completude à Lei, e não ao Direito, completude esta que marca os sistemas jurídicos não otimizados. Não é o caso brasileiro. Critica-se através do conceito de relevância jurídica a noção de completude do Direito, mas não se nega que, nas matérias juridicamente relevantes, o Direito deve ser completo, com previsão jurídica, mesmo que através de uma inovação concebida pela atividade jurisdicional. Por certo a inovação só poderá ser parcial, pois deve se socorrer o

---

<sup>106</sup> E como exercício democrático, deve-se estar atendo aos desafios inerentes a democracia: “Já na primeira metade do século XIX, Tocqueville, na França, e Mill, na Inglaterra, alertavam os espíritos democráticos para o perigo social que a ameaçava a liberdade. Cada um a sua moda dizia que os instrumentos para o controle do Estado ou do governo haviam sido criados, e os governos constitucionais tenderiam a ser limitados. Mas os espíritos livres e críticos estavam justamente ameaçados pelas maiorias: para Tocqueville, uma maioria que perderia o espírito crítico; para Mill, uma maioria que se converteria em opressora das minorias, que seria intolerante para com os diferentes. Ao lado destes dois coloque-se Marx, que também via em uma classe social, e não no governo, a fonte da opressão, e teremos o quadro de críticas que se desenham desde muito cedo contra os fenômenos que as sociedades democráticas deveriam enfrentar”. Lopes, José Reinaldo de Lima, Prefácio, in: Rios, Roger Raupp. Opus cit. Pág. 12.

<sup>107</sup> Sobre o mesmo enfoque, manifestou-se, eloqüentemente, o Des. Rui Portanova, por ocasião do julgamento dos autos de Emb. Infr. nº 70009667676: “O Dr. Sérgio fala, no seu voto, que não existe uma legislação a respeito... julgar improcedente... é quase, do meu ponto de vista... como um ‘non liquet’”. Dias, Maria Berenice. Homoafetividade: o que diz... Pág. 178.

magistrado da validade constitucional, sem a qual a sua norma específica não poderá ingressar no ordenamento jurídico. Também deve estar atento aos princípios de direito positivo, a analogia, aos costumes, aos princípios gerais do direito, e além, a interdisciplinaridade, construindo critérios especiais, principalmente nos campos em que o magistrado dispõe de maior liberdade, como é caso dos poderes instrutórios do juiz, por exemplo, otimizando assim a aplicação da Constituição e do Direito. Nesta atividade jurisdicional criativa, procura-se a objetividade, não a isenção.

É através desta atividade que a jurisprudência deve reconhecer a família de fato, a família homossexual, tendo em vista que esta organização serve a realização do desenvolvimento do ser humano e do valor família, cuja proteção é plural na atual Constituição.

O direito de constituir família, o direito a união, a paternidade e a filiação são direitos personalíssimos, não patrimoniais, inatos, imprescritíveis, inalienáveis e absolutos, assim como o é o direito a companhia amorosa adequada.

No que se refere ao estado de posse de filho/pai, nas relações transferenciais que estabelecemos, não estará ausente de complexidade as relações que, muito embora não o fossem originariamente de paternidade, assim se transformam, pelo menos no que se refere à dimensão psicológica que ocupa a relação. É um fato complexo, com elementos socioafetivos apenas encontrados nas relações paternas/filiais, não obstante, a relação não é virtual, é real, sendo bastante assemelhadas as relações tradicionais dotadas de título, e não raro as superando. Sem distinção, partem estas do mesmo impulso<sup>108</sup>, desenvolvendo-se do mesmo modo. Creditar a apenas uma destas os efeitos jurídicos culminaria na distinção entre filhos com título e filhos sem título.

Estipula o art. 226, § 6º, da C.F., que

“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”.

---

<sup>108</sup> “De acordo com Freud, nossos instintos pertencem a dois grupos: os instintos de vida (Eros), que compreendem o instinto sexual e o de autopreservação, e os instintos morte (thanatos) que compreendem os instintos de agressão de destruição”. Barros, Célia Silva Guimarães. Pontos de Psicologia do Desenvolvimento. 10 Ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. Pág. 152.

Neste sentido, o filho de fato ou é filho ou não é, em sendo, merece o mesmo tratamento que os demais. Por certo, os filhos de fato não expressamente previstos na legislação brasileira, mas isto não os impede de existir, e em existindo, a negação da formação da paternidade deixa ao desamparo relações tipicamente familiares, contribuindo para a formação de preconceitos e recalques<sup>109</sup>, em conflito com o direito personalíssimo de desenvolvimento da pessoa humana, derivado do princípio da dignidade. Portanto, não é adequado dizer que as relações de filiação construídas, psicológicas, não são protegidas pelo Direito, quando presentes determinados requisitos que as equivalem as demais.

Muito embora o interesse na proteção da relação está tanto no livre desenvolvimento da saúde mental da criança como do adulto, a preponderância do interesse da criança e do adolescente é evidente, e se dá em função dos dispositivos de proteção à infância. Repetindo, deve-se examinar tanto os dispositivos relacionados à saúde, da qual participam a saúde física e mental, entre estes, o art. 6º e 23, II, como os de tutela da infância e da formação da personalidade, também expostas no art. 6º, 24, XV, todos da Constituição Federal, que, dada a complexidade relativa a formação da personalidade, será abordada na seção seguinte.

#### f) Sobre o Princípio da Liberdade e da Formação da Personalidade

A liberdade pode ser entendida em dois sentidos, 1) o negativo, que preza pela não intervenção<sup>110</sup>, ou melhor, a intervenção mínima, tendo como

---

<sup>109</sup> O recalque é um dos conceitos imprescindíveis da psicanálise, sem o qual esta não é possível. É importante “que nos detenhamos em diferenciar o conceito de recalque (*Verdrängung*) do conceito de repressão (*Unterdrückung*) em psicanálise, uma vez que, na tradução brasileira, optou-se por utilizar o termo repressão para designar o mecanismo inconsciente de recalque. O conceito de repressão designa a operação psíquica de “inibição voluntária de uma conduta consciente”, considerada inoportuna ou desagradável. (Roudinesco e Plon, 1996, p. 659) A repressão diferencia-se, portanto, do recalque por operar ao nível da consciência e manter o conteúdo reprimido apenas em estado latente (no pré-consciente), sem torná-lo inconsciente, sendo isso o que caracteriza o processo recalque”. D’Assunção, Roberta Guimarães. Recalque. Disponível em

<sup>110</sup> “A liberdade aparece associada, a partir de então, às ‘liberdades públicas fundamentais’ de proteção do indivíduo contra o Estado ou, ainda, aos ‘direitos subjetivos públicos’ de conteúdo negativo, que estabelecem o dever de abstenção do Estado de Direito, em relação a certas atividades que expressam o exercício da liberdade do sujeito”. Gediel, José Antônio Peres. Opus cit. Pág. 13.

limite a liberdade alheia, 2) e o positivo, possibilitando as condições reais que a sociedade, no seu desenvolvimento, reprime.

Há algum tempo, o significado da igualdade material, assim como da liberdade material, pensada após o advento materialista histórico, estabeleceu um conjunto de obrigações positivas a serem cumpridas pelo Estado, em especial após a Primeira Grande Guerra, principiando com a Constituição de Weimar e o Estado de Bem Estar Social, fundado na teoria econômica Keynesiana<sup>111</sup>.

A igualdade e a liberdade, como postas na lei, são passadas de convenções, e a própria determinação do sentido destas palavras demonstra que a liberdade e igualdade não são fatos das ciências naturais. Pela filosofia, principalmente, não raramente a igualdade e a liberdade são postas como valores em conflito, no entanto, no Direito estas encontram situações jurídicas distintas nas quais são aplicadas. E de fato, em se aplicando a liberdade ou igualdade material em uma situação que enseje uma liberdade ou igualdade formal, longe de afirmá-lo estará se denegando o Direito. Por isso, deve-se perceber quais situações merecem uma liberdade/igualdade formal, e quais necessitam de uma liberdade/igualdade material.

Com maior ou menor ênfase sobre a liberdade material neste último século, principalmente em função da crise fiscal, pode-se perceber que o sistema utiliza tanto a liberdade no sentido positivo como no negativo, dependendo do caso em relevo. No que tange a questão homossexual, deve-se privilegiar, para a maioria dos casos, a igualdade material<sup>112</sup>, pois a não intervenção raramente favorece um grupo oprimido. Através desta atividade positiva, deve-se estimular a

---

<sup>111</sup> “The outstanding faults of the economic society in which we live are its failure to provide for full employment and its arbitrary and inequitable distribution of wealth and incomes”. Lord John Maynard Keynes. Apud Filho, Fernando Ferrari. Uma agenda econômica pós-keynesiana para a economia brasileira: da tríade mobilidade de capital, flexibilidade cambial e metas de inflação à proposição de uma estratégia econômica alternativa. In *Opções de Política Econômica para o Brasil*. Dieter W. Benecke, Renata Nascimento. (orgs.). Rio de Janeiro: Konrad Adenauer. Pág 113. “Since capitalism's beginnings, the market economy has been subject to fluctuations—to booms and busts. Capitalist economies are not self-adjusting: Market forces might restore eventually an economy of full employment, as economist John Maynard Keynes said, but, in the long run, we are all dead”. Joseph Stiglitz. Apud. Shostak, Frank. Professor Stiglitz and Lord Keynes.

<sup>112</sup> As principais barreiras impostas ao estabelecimento desta liberdade e igualdade implicadas são em sua maioria religiosas, mas a proteção religiosa da Constituição se restringe a liberdade de culto, nunca a submissão de valores constitucionais a interpretação religiosa.

criação de critérios novos e adequados à proteção da família homossexual pela atividade jurisprudencial.

Nada obstante, não há de se esquecer a liberdade formal, não interventiva, que se concentra principalmente através do exercício livre da liberdade sexual, protegida especialmente através do princípio da intimidade e da privacidade.

### g) Sobre a Proteção da privacidade e da Intimidade

Após analisar a liberdade de formação da personalidade, é adequado adentrar nas especificidades acerca da privacidade e da intimidade, que afinal também servem de mecanismos de proteção a personalidade.

O princípio da liberdade e da intimidade está relacionado com o direito de realização sexual, que é uma liberdade formal que também se relaciona com a não discriminação<sup>113</sup>.

Cercada pela privacidade, a realização sexual se relaciona com o desenvolvimento de outros atributos personalíssimos. No que se refere aos homossexuais, existe uma situação especial, porque, em função do preconceito, a concretização da afetividade é relegada quase que exclusivamente à esfera da intimidade, o que torna difícil a prova da relação. Assim, muitas vezes, para se conseguir as provas adequadas, é necessário busca-las no interior desta intimidade, o que não significa a sua violação, mas uma colisão deste direito com outros que se reputam essenciais, nos limites da necessidade, em prol da proteção destas mesmas relações familiares.

Na regulamentação de unidades familiares de fato pode-se pensar que se está impondo uma tutela indesejada, pois são fatos da vida privada, sobre os quais não deveria interferir o Estado. É um falso dilema, pois, se perguntarmos a quem a tutela estatal beneficia, somos obrigados a concluir que

---

<sup>113</sup> Existe uma grande dificuldade em diferenciar a privacidade, ou o direito de não ser incomodado, da intimidade. Mas sabe-se que “a tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: (a) ao segredo da vida privada; (b) à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros”. Silva, José Afonso da. Opus cit. Pág. 211.

aqueles beneficiários do princípio da intimidade e do princípio da liberdade são justamente aqueles prejudicados pelo não reconhecimento estatal destas entidades familiares de fato.

O ideal seria que estas entidades fossem reconhecidas expressamente. E de fato o estão sendo, lentamente. Aliás, como veremos a seguir, o reconhecimento das entidades familiares é uma tendência mundial.

#### h) Breve Análise da Família Homossexual no direito Estrangeiro<sup>114</sup>

A questão homossexual tem assumido grande importância no panorama legislativo mundial, principalmente na Europa<sup>115</sup>, tendo em vista que em 1994 e 1998, o Parlamento Europeu editou resoluções no sentido de estabelecer a igualdade entre as relações homossexuais e heterossexuais, em todos os sentidos.

Antes disto, com requisitos parecidos com o matrimônio, a Dinamarca inaugurou em 1989 a parceira registrada, permitindo a adoção desde 1999. Pelo modelo dinamarquês, a Noruega (1993) e Groelândia (1994) também regularam estas relações, sem permitir a adoção, no entanto. Inclusive, na Noruega foi impossibilitado que parceiros sequer partilhassem a autoridade paternal e o pátrio poder.

Em 1994, a Suécia, que já reconhecia alguns direitos desde 1988, regulamentou a relação, e em 2002 foi aprovada a possibilidade de adoção.

Em 1997 foi a vez da Holanda, que estabeleceu a parceria registrada, e em 2001, estabeleceu a total igualdade entre os homossexuais e os casados, permitindo também a adoção por casais.

---

<sup>114</sup> Para maiores informações, consultar Ana Carla H. Matos e Fernanda Oltramari, conforme a bibliografia citada.

<sup>115</sup> Na união européia, já em 1981 o Conselho da Europa havia emitido uma resolução orientando os países para a descriminalização e constituição de direitos iguais; em 1984, o parlamento lançou uma resolução em prol de medidas de igualdade entre os homossexuais e os heterossexuais.

Do período de 2000 em diante vários países europeus aprovaram leis que beneficiavam homossexuais. Em 2000, a Bélgica aprovou a coabitação legal, com direitos restritos. Em 2001 foi aprovada na Finlândia a possibilidade de se registrar parcerias civis. Em 2001, após alguns percalços, a lei de parceria foi consolidada em Portugal. Na Alemanha, desde 2001, existe a lei que concede direitos aos parceiros homossexuais, e em outubro de 2004 foi aprovada uma lei que permite ao homossexual adotar o filho do seu parceiro.

A Inglaterra aprovou o registro das relações em 2001. Desde 1998, na Espanha se regulamentou o registro na região da Catalunia, ocorrendo o mesmo em Aragon, pouco depois, e nas Astúrias, em 2000, sendo que apenas a última permite a adoção.

Por sua vez, neste novo milênio, a França fixou os Pactos de Solidariedade, conhecidos como “Pacs”, na qual se registra relações familiares de fato, independentemente das relações sexuais.

Na Itália, através dos registros realizados em algumas cidades, tem se buscado conceder alguns direitos aos homossexuais, entretanto, ainda há uma forte resistência, em função da influência católica.

Fora da Europa, o Estado do Havaí declarou em 1996 a inconstitucionalidade da necessidade do matrimônio fundado na diversidade de sexos, garantindo aos homossexuais os mesmos direitos que os casais heterossexuais. Não foi possível saber se a igualdade se estendeu a adoção, ou se a legislação especial dispõe diferentemente. O mesmo ocorreu em 1997 no Alaska. Em 2000, no Estado de Vermont, foi estabelecida uma lei sobre uniões civis. Evento parecido ocorreu no estado da Califórnia, e nas cidades de Nova York, Chicago, Los Angeles, Seattle, Michigan, Washington D.C. e São Francisco, no que se refere ao registro da relação.

Porém, na última votação para presidente dos Estados Unidos, foi realizado um plebiscito em 11 estados visando colher informações acerca da aceitabilidade ou não do casamento homossexual. O resultado foi desfavorável aos homossexuais, e a população daqueles Estados se demonstrou a favor de uma emenda constitucional que preveja que o casamento seja ato exclusivo de um casal

composto por um homem e uma mulher, o que não tem condão de inibir a parceria registrada<sup>116</sup>.

No Canadá, Toronto, Wancouver e Ontário tutelam direitos dos homossexuais. Em 2002, Buenos Aires fixou um registro visando garantir direitos a união homossexual.

Após a análise do direito estrangeiro, é propício pensar em uma solução jurídica tendo por base os elementos do nosso sistema<sup>117</sup>.

#### 4) Da Adoção por Homossexuais e da Relação entre Pais e Filhos

##### a) A adoção e a Proteção do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

No art. 227 da Constituição Federal resta consagrado o princípio da proteção do interesse da criança e do adolescente, que são regulamentadas tanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como pelo Código Civil.

Percebe-se que a adoção é alvo de grandes preocupações, tanto que toda adoção deve ser realizada através do poder judiciário, pela intervenção do Ministério Público, assim como através do envolvimento das equipes técnicas interdisciplinares, que acompanham o desenvolvimento da criança.

A Constituição eliminou a diferenciação entre os filhos, proibindo qualquer forma de discriminação no art. 227, § 6º, repetindo-se a

---

<sup>116</sup> E foi neste sentido que o presidente Bush se manifestou nos debates e conferências que antecederam as eleições, em especial, a entrevista a Larry King, para a CNN. Segundo este, o casamento deve ser resguardado, enquanto o estabelecimento dos efeitos as uniões homossexuais serão passíveis de regulamentação pelas legislações estaduais.

<sup>117</sup> Seria interessante pontuar, sem a intenção de iniciar o tema, o complicado conflito de normas entre o direito de um país estrangeiro que permite a adoção e o nosso. A tendência tem sido a aplicação da legislação que atenda ao melhor interesse da filiação, com previsão expressa para a sucessão de bens de estrangeiros (art. 10, §1º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942), no entanto, existem limites, tendo em vista que, segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, em matéria de direito de família, aplica-se a lei do domicílio, e ainda, nos limites da ordem pública e das leis imperativas.



disposição no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 20. Assim, existe apenas um tipo de filiação, e a adoção foi restrita a adoção plena. A adoção pode ser realizada por pessoas solteiras, viúvas, casadas ou em união estável, permitindo também ao cônjuge a adoção do filho do seu companheiro.

No Estatuto da Criança e do Adolescente estão fixados os requisitos para a adoção no art. 39 e seguintes, estabelecendo a possibilidade da adoção por solteiros, conforme o art. 42, “caput”, ou conjuntamente, conforme o § 2º e 3º deste mesmo artigo. Iniciando o tema, diz-se que, segundo o Código Civil, art. 1622, “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”, ou por separados e divorciados, salvo se “acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal”, consagrando o princípio da unidade da paternidade.

A família é o agregado mais importante em termos de formação individual, é neste pequeno grupo social que se evidencia a primeira educação, se mostrando também como um dos mais relevantes grupos de intercâmbio cultural, essencial em termos de formação pessoal e espiritual<sup>118</sup>.

Neste sentido, deve ser trabalhada a adoção por homossexuais, tendo em vista que a ausência de possibilidade de reprodução natural não significa em absoluto a renúncia ao estabelecimento deste núcleo.

Devemos pensar que a impossibilidade total da adoção, ou seja, de “pseudoperpetuação”<sup>119</sup> da espécie, como poderíamos, talvez

---

<sup>118</sup> Inspirado no de *L'elogio dell'imperfezione* (O Elogio da imperfeição), é neste sentido que Domenico De Masi assevera: “O dinossauro era perfeito já na origem, já sabia se mover, já sabia obter alimento sozinho, e, portanto, os genitores o abandonavam à própria sorte. O ser humano, ao contrário – e eis aqui novamente o elogio da imperfeição –, nasce indefeso. Se não fosse socorrido, morreria em poucas horas. Contudo, a sua fraqueza se transforma na sua força, pois a assistência biológica que se dá ao seu desenvolvimento durante tanto tempo implica também a aculturação do indivíduo. Nós somos os únicos animais que precisam de ao menos dez anos de assistência para que nos tornemos indivíduos em condições de sobreviver. E somos os únicos animais que não recomeçam sempre do início, mas que, além das características hereditárias e do saber instintivo, recebem dos adultos o saber cultural”. Masi, Domenico de. *O Ócio Criativo*; entrevista a Maria Serena Palieri. 2ª Edição, tradução de Lea Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. Pág. 23.

<sup>119</sup> “A humanidade quer se perpetuar. Ainda não perdeu o medo de desaparecer”, escreveu nessa perspectiva Gerard Vincent... Para muitos casais, de 10 a 15%, “o filho é a segurança de burlar de certa forma a morte”, anotou a Professora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, acrescentando: ‘ao criar um ser à nossa imagem perpetuamos sua imagem – que é também a nossa – em muitos escalões da cadeia’...” Fachin, Luiz Edson. *Opus cit.* Pág. 49. Apesar da impossibilidade da reprodução biológica, a adoção pode ser vista também como uma reprodução cultural, uma reprodução de vivências, desta necessidade de transmitir e ensinar que marca certos tipos de afetos que as pessoas gostariam de estabelecer, resgatando, talvez, a candura de uma infância através do outro.

impropriamente chamar, se evidencia como uma restrição a uma série de direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal, já tratados na segunda parte deste trabalho.

O Código Civil estabelece no seu art. 1625 que a adoção se efetivará apenas quando constituir um melhor benefício para o adotando. No nosso ordenamento, a proteção dos interesses da criança e do adolescente mereceu diversas disposições, tendo na Convenção Internacional dos Direitos da Criança a sua consagração internacional, ratificada pelo Brasil através do Decreto legislativo número 99.710/90<sup>120</sup>.

Tendo em vista a irrevogabilidade da adoção, é necessário que seja imposto um certo rigor, e para tanto existe a necessidade de respeito aos requisitos exigidos. A homossexualidade, na adoção por solteiros, não se apresenta como um fato impeditivo, tão pouco negativo. A compatibilidade para a paternidade pode ser verificada através do estágio de convivência<sup>121</sup>, buscando, em síntese, o melhor para o desenvolvimento da criança, conforme determina o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para se chegar ao estágio de convivência, existe uma análise “a priori” do melhor interesse, fundada no caso concreto, e posteriormente, uma análise experimental da relação que os pais desenvolvem com os filhos<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Um trecho bastante explicativo acerca do melhor interesse da criança pode ser encontrado no direito estrangeiro “Esta ordem de valores, contempla hoje, no direito anglo-saxão, a expressão “best interests of the child”, cujo sentido se põe numa definida direção: ‘Melhores interesses da criança [Na tradução original: “das crianças”]. Quando se decide custódia e direitos de visita ou quando decide se aprova adoções e guardas, uma corte [Na tradução original: um tribunal] dá a mais alta prioridade aos melhores interesses da criança. O que os melhores interesses da criança são em uma determinada situação depende de vários fatores, incluindo [Na tradução original: Como os melhores interesses da criança em uma situação dada depende de muitos fatores, incluindo]: - o amor e os laços afetivos entre o pai ou titular da guarda e a criança – habilidade [Na tradução original: habitualidade] do pai ou titular da guarda de dar a criança amor e orientação – habilidade do pai ou titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica (os chamados alimentos necessários); – qualquer padrão de vida estabelecido; - a saúde do pai ou do titular da guarda; - o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos; - a preferência da criança, se a criança tem idade suficiente para ter opinião; e – a habilidade do pai de encorajar contato e comunicação entre a criança e o outro pai/mãe [Na tradução original: pai]. Leonard, Robin; Elias, Stephen R. Family Law Dictionary (...)” Fachin. Luiz Edson. Opus cit. Pág. 98.

<sup>121</sup> Deve-se cuidar para que o prazo do estágio não seja prolongado indefinitivamente. É recorrente na literatura jurídica relatos asseverando que o prolongamento do estágio de convivência causou desordens na relação entre pais e filhos, pois o medo de perda das crianças, a qualquer momento, e por qualquer motivo, incentivou um comportamento superafetivo por parte dos pais, pelo que as crianças se tornaram extremamente dependentes e também dificilmente sociáveis.

<sup>122</sup> “Além disso, preocupa-se em colocar a criança a salvo de toda forma de discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Nesta enumeração de direitos, interessante destacar a enunciação do direito à convivência familiar e comunitária, bem como a preocupação com a inserção e a integração da criança na comunidade e na sociedade, como demonstram os §§ e incisos que seguem o caput do citado 227... Ora, a solução dessas situações deve observar a ponderação dos princípios em causa. Nesses domínios, a formulação de uma solução requer,

Uma das maiores preocupações envolvendo a adoção por homossexuais é a transmissão da condição homossexual para a filiação. Porém, não existem estudos que indiquem que pais homossexuais, pela simples razão de ser da homossexualidade, converterão seus filhos em homossexuais<sup>123</sup>. Não se parte da afirmação de que a homossexualidade é negativa, nem por isso não deixa de ser um fardo, um estigma, por isso, os pais geralmente não querem que os filhos sofram em uma sociedade que não os tolera. Casos raríssimos de indução da homossexualidade envolvem a figura do pai sedutor, que é muito mais comum em se tratando dos pais em relação às filhas. De qualquer forma, não é a homossexualidade, que pode até não ter se manifestado nos pais, mas a aparência de sedução, interpretada pelos filhos.

A rejeição pelo pai, ou ainda, a ausência de pais, como explicado na primeira parte deste trabalho, tem uma influência sobre a formação da sexualidade homossexual que pode ser muito maior que a própria paternidade exercida por homossexuais. Nada obstante, existem psicólogos que sustentam o contrário, e muito tem se discutido sobre se a ausência de referenciais femininos e masculinos poderia induzir a comportamentos homossexuais. Não é possível pensar que uma criança, freqüentadora da escola, em uma época em que a televisão se

---

além da indispensável consideração do caso concreto, também o adequado dimensionamento do conteúdo dos princípios jurídicos em questão". Rios, Roger Raupp. Opus cit. Pág. 131-132. Do mesmo autor

<sup>123</sup> As pesquisas são numerosas. Na Califórnia, "concluíram os pesquisadores que os filhos com pais do mesmo sexo demonstram o mesmo nível de ajustamento encontrado entre crianças que convivem com os pais dos dois sexos. Não há nada de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças. As meninas ao tão femininas quanto às outras e os meninos são tão masculinos quanto os demais... estudos que datam de 1976 constataram que as mais lésbicas são tão aptas aos papéis maternos quanto as heterossexuais. Com a devida estimulação, por meio de brinquedos típicos de cada sexo, procuram fazer com que os filhos convivam com figuras masculinas com as quais possam se identificar. Não há mostras de que as mães prefiram que os filhos se tornem homossexuais". Dias, Maria Berenice. Opus cit. Pág. 99. Expondo o pensamento de Lasso, Rios poderá que "uma abordagem sociológica, por sua vez, conclui dentre outros dados, pela: (1) similitude das características psicológicas entre heterossexuais e homossexuais; (2) mesmo grau de utilização de álcool e drogas proibidas entre heterossexuais e homossexuais; (3) satisfação generalizada consigo mesmo entre os homossexuais não-afeminados tendo os efeminados manifestado maior tendência a ansiedade; (4) compatibilidade da condição homossexual com os padrões de saúde mental (a boa constituição psíquica dos homossexuais se comprova pela superação da sobrecarga de tensões a que geralmente são submetidos); (5) mesmo nível de crítica entre os homossexuais e os heterossexuais, relativo à prostituição; (6) inexistência de uma sociedade homossexual incrustada na heterossexual, devendo-se falar em relação homossexual em um meio heterossexual... Exposto o estágio atual do debate científico a respeito da homossexualidade, não há como justificar vedação, em princípio, de adoção de crianças por homossexuais. Isto porque, enquanto modalidade de orientação sexual, não se reveste de caracteres de doença, morbidez, desvio ou anormalidade em si mesma, não autorizando, portanto, a sustentação de uma 'regra geral; impeditiva da adoção (...) Ao contrário, o princípio da igualdade exige que homossexuais e heterossexuais tenham avaliadas, objetivamente, as condições que oferecem para propiciar o melhor desenvolvimento possível para a personalidade da criança; para tanto, como visto, não se pode considerar, por si só nem isoladamente, a orientação sexual do adotante" Rios, Roger Raupp. Pág. 137-140. Para maiores informações, consultar o artigo de Lídia Natália Dobrianski Weber, in Pais e Filhos por Adoção no Brasil. Juruá Editora, Curitiba: 2001, págs. 80 e 81.

converteu no principal instrumento de lazer das crianças<sup>124</sup>, não estabeleça relações com ambos os sexos, até porque nos núcleos das famílias é possível a inversão dos papéis tradicionais, o que de forma alguma induz a homossexualidade<sup>125</sup>. Tão pouco o modelo Edipiano é capaz de explicar a formação da sexualidade feminina com a razoabilidade que explica a masculina.

Fugindo a abordagem do problema a partir do Édipo, porque ao nosso ver não pode prescindir da diversidade de sexo dos pais, podemos afirmar que a ausência de referenciais não orientará a sexualidade através da observação e imitação. Reforçamos, a observação infantil é “superficial, variável, fragmentária, subjetiva e sintética”<sup>126</sup>. Salvo em casos em que haja interferência externa, a criança sequer será capaz de compreender o relacionamento dos pai(s) na primeira fase da infância, que é a fase da substância, que vai até os três ou quatro anos de idade<sup>127</sup>, e talvez não na fase da ação, que principia nos quatro anos e termina nos seis.

No máximo, sobre um ambiente que em que não persiste a melhor educação, pode-se induzir um reflexo condicionado, normalmente o repúdio, que é superficial e cultural. Se levarmos em conta que a massa do desenvolvimento sexual finaliza por volta dos 5 anos<sup>128</sup>, podemos dizer que existe relativamente muito pouco tempo para uma absorção consciente.

---

<sup>124</sup> Gomide, Paula Inez Cunha. Crianças e Adolescentes em Frente à TV: O Que e Quanto Assistem de Televisão. Material encaminhado por e-mail, pela autora.

<sup>125</sup> “Mas a aparente certeza assim adquirida chega ao fim através da observação contrária de que muitas pessoas ficam sujeitas às mesmas influências sexuais (inclusive na meninice: sedução, masturbação mútua), sem por isso se tornarem invertidas ou assim continuarem permanentemente. Somos portanto impelidos à suposição de que a alternativa inato/adquirido é incompleta, ou então não abarca todas as situações presentes na inversão”. Freud, Sigmund. Opus cit. Pág. 133.

<sup>126</sup> Ferraz, João de Souza. Opus cit. Pág. 170.

<sup>127</sup> Ferraz, João de Souza. Opus cit. Pág. 175-176.

<sup>128</sup> “Para sondar o significado das relações entre pais e filhos, precisamos perguntar não só o que fazem os pais, mas também de que modo a criança percebe a situação. A opinião da criança pode, naturalmente, ser bem diferente da que existe na mente dos pais. Ausubel e seus colaboradores (1954) expressaram esse fato na seguinte hipótese: “...embora o comportamento do genitor seja um fato objetivo do mundo real, afeta o desenvolvimento do ego da criança na medida e na forma em que a criança o percebe. Portanto, o comportamento percebido do genitor é, em realidade, um determinante mais direto, mais importante e mais imediato do desenvolvimento da personalidade, do que o contexto real de estímulo a que se refere” Jersild, Arthur T. Psicologia da Criança. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1966. Pág. 161. E a percepção da criança leva em conta fatores que, na visão dos adultos, não são importantes. Assim, visualizando uma cena de ação, a criança pode muito bem dar suprema importância a um objeto secundário. Ademais, “cada criança tem sua maneira de perceber os pais (e cada genitor tem sua percepção do filho e de si mesmo), podendo essa percepção refletir ou não o que eles ‘realmente’ são. Em consequência, não é de admirar que os pesquisadores encontrem, usualmente, baixas correlações entre as classificações do comportamento ou personalidade dos pais e os traços de personalidade das crianças normais”. Idem. Ibidem. Pág. 162.

Desta maneira, a única via de absorção seria via imitação<sup>129</sup>. Conforme a bibliografia consultada, poderíamos pensar na imitação como um reflexo condicionado, quando um ato serve de reflexo impensado para outro; como um método de ensaios-e-erros, na qual a imitação é capaz de desenvolver relações com experiências anteriores de prazer e dor, constituindo também aprendizado; ou, conforme o guesaltismo, que admite o discernimento,

“a imitação é possível no indivíduo que tenha uma organização semelhante. Percebe a vantagem de uma atividade e copia essa atividade. Há economia de esforço na conformação com o comportamento alheio, quer devido a pressão do grupo, quer por imitação voluntária. A imitação não é completa senão quando é acompanhada da consciência, quando é formada da noção de semelhança do eu e dos outros homens e da equivalência dos atos” (Guillaume)<sup>130</sup>.

Neste sentido estariam as teorias hedonistas, através das quais poderíamos dizer que a relação afetiva estabelecida pelos pais, em um ambiente saudável, estimularia a imitação de uma experiência bem sucedida, e a criança, repetindo-a, e extraíndo algum prazer, tornaria a praticá-la. No entanto, a imitação não gera o desejo, que é próprio a orientação sexual<sup>131</sup>. A sexualidade está presente nas crianças, e várias pesquisas o comprovam<sup>132</sup>, no entanto, não são capazes de perceber a sua real dimensão, por vezes tomando a forma de jogos, principalmente na fase lúdica. Quando certos autores

---

<sup>129</sup> Para Elfwood, a imitação “é uma cópia mais ou menos inconsciente do comportamento instintivo do animal por outro, usualmente da mesma espécie”. Ferraz, João de Souza. Opus cit. Pág. 180.

<sup>130</sup> Idem. Ibidem. Pág. 183.

<sup>131</sup> O hedonismo psicológico remete a Thorndike, que acreditava que todo o aprendizado estava fundado no sucesso do prazer. Na forma pura, é contrariado por diversas correntes, desde os experimentais aos psicanalistas. E se, como afirmara Freud, somos programados a buscar o prazer e evitar a dor, não quer dizer que o prazer seja uma experiência bem sucedida, ou que constitua a raiz energética das condutas, pois “a razão é que o princípio do prazer fracassa sempre, uma vez que não se consegue levar ao equilíbrio interno o aparelho psíquico freudiano” (Prado, José Luiz Aidar. Opus cit. Pág. 140). Também, basta verificar os avanços de Freud no sentido de admitir o gozo do vício, um tipo de prazer atípico no qual o sujeito, apesar de todos as amarguras resultantes de determinadas condições, não quer se libertar, pois é através deste desprazer que o indivíduo retira o seu gozo, como dividendos positivos de investimentos negativos. Em alguns casos, existe um impulso destrutivo voltado a si próprio, como nos casos de masoquismo físico e mental. No que se refere a homossexualidade, o problema não pode ser resolvido sobre o ponto de vista hedonista: “Se a sexualidade dependesse de uma escolha puramente racional, as pessoas não seriam gays”, afirma a psiquiatra e sexóloga Carmita Abdo, de São Paulo. O psicólogo paulista Klecius Borges, de 50 anos, concorda com o raciocínio de Carmita Abdo. “Se a sexualidade pudesse ser resolvida de forma intelectual, sem componentes emocionais, eu seria heterossexual. É muito mais fácil. Não frustraria ninguém, não quebraria expectativas”. Veja. A força do arco-íris. Especial. Edição 1808. 25 de junho de 2003.

<sup>132</sup> Jersild, Arthur T. Opus cit. Pág. 100.

“fazem carga contra a teoria da sexualidade infantil, afirmando que o comportamento erótico não tem, numa criança, a mesma qualidade que num adulto”, em um sentido estão certos, “pois é claro que um bebê de seis meses ou uma criança de quatro anos é imatura, tanto sexual quanto emocionalmente, em comparação com um adulto capaz de gerar filhos e de ter sentimentos paternais. Entretanto, independentemente de ser a sexualidade infantil semelhante à de uma pessoa madura, do ponto de vista biológico, é evidente que a sexualidade de uma criança é importante, do ponto de vista psicológico”<sup>133</sup>.

Percebemos que não será a atitude homossexual que incitará o comportamento homossexual, mas atos cruciais, normalmente indiferentes aos adultos, aos quais o público leigo sequer reconhece importância na orientação sexual, mas dos quais resulta uma interpretação infantil com correspondentes semânticos únicos, como já foi tratado, na primeira parte deste trabalho.

A desinstitucionalização da criança gera apenas consequências positivas, em havendo capacidade de educa-las, por parte dos pais:

“A criança gerada num clima de aceitação tem probabilidades de desfrutar de muitas vantagens, muito embora tenha limites o que mesmo o mais aceitador dos pais possa fazer por um filho... Numa atmosfera de afeição, a criança tem possibilidade de adquirir uma atitude de confiança e fé naqueles que a educam; ao crescer, estará em melhores condições para desenvolver sua própria capacidade de se afeioar aos outros. Num clima de efeto e compreensão, terá uma espécie de liberdade cuja posse é improvável numa criança rejeitada – liberdade de crescer, aventurar-se, tentar e fracassar, e então tentar novamente, sem ter de sempre provar o seu valor ou de se defender. Será mais livre para expressar seus sentimentos. Terá liberdade para ser clara e franca em suas relações com os outros, mais do que a criança apenas tolerada quando, sendo um ‘bom filho’, faz o que é certo de maneira cortês. Terá menos necessidade de temer sua própria cólera e reprimi-la. Provavelmente, a maior

---

<sup>133</sup> Jersild, Arthur T. Opus cit. Pág. 268. “A introdução da sexualidade ‘tem uma função organizadora no desenvolvimento’ (Lacan). Este não se dá no sentido da genitalidade, mas marca-se pelo acidente, pela ruptura, pela angústia de castração, que ‘é como um fio que perfura todas as etapas do desenvolvimento’... Este esclarecimento de Lacan é uma resposta a uma questão de Dolto, que ela assim formulou em fevereiro de 1954: “não vejo como, para descrever a formação da inteligência antes dos três ou quatro anos, poderíamos deixar de lado os estágios”. A resposta de Lacan salienta que os estágios são formadores da libido e não apenas formadores da inteligência; a teoria deve considerar isso evitando tematizar o desenvolvimento segundo uma linearidade natural, crescente e cumulativa. Os estágios dão-se no horizonte do mau encontro, eles não se resolvem, eles dependem de uma conjunção que se dará – ou não – mais tarde, provocando um efeito de ressignificação”. Prado, José Luiz Aidar. Brecha na Comunicação: Habermas, o Outro, Lacan. São Paulo: Hacker Editores, 1996. Pág. 149-150.

vantagem de ser uma criança aceita é a de que, enquanto está crescendo, terá melhores oportunidades para aprender a se aceitar”<sup>134</sup>.

Atualmente, apesar da adoção não ser vista como a solução para o problema social do menor abandonado, em uma ótica menorista, deve-se entender que, apesar de não representar uma grande solução para os problemas sociais, ainda assim, é capaz de gerar o desenvolvimento da pessoa humana, e em especial, da personalidade da criança<sup>135</sup>.

Em um país com condições precárias como o Brasil, existe uma submissão das instituições sociais a um orçamento exíguo. As conseqüências são facilmente aferíveis<sup>136</sup>. E ainda, mesmo nas melhores condições, a relação

<sup>134</sup> Jersild, Arthur T. Opus cit. Pág. 149.

<sup>135</sup> “Dennis e Najarian (1957) compararam crianças educadas numa instituição - ‘onde são mínimos os ‘cuidados maternos’ e tôdas as outras formas de interação entre adultos e crianças, porque a instituição se acha com séria deficiência de pessoal’, - com crianças no lar e levadas a uma clínica de bem-estar infantil. O ‘quociente de desenvolvimento’ médio, determinado por testes padronizados, foi de aproximadamente 100 (normal) nos dois meses, mas, entre os três e os doze meses, a média foi de aproximadamente 63. Dennis e Najarian concluem que ‘o retardamento predominante entre os três e os doze meses parecia ser devido à falta de aprendizagem em situações comparáveis às do teste’... Dados impressionantes, relativos aos efeitos da privação e do abandono, na vida de crianças de um orfanato, que não lhes proporcionava cuidados adequados, foram registrados por Skeels, Updegraf e colaboradores (1938). Essas crianças postavam-se mais na defensiva e tinham menos liberdade que as crianças normais, que haviam sido criadas num lar, para abrir-se em busca de cuidados amistosos. Eram atrasadas em quase todos os aspectos do desenvolvimento – na capacidade de lidar com o meio físico, na linguagem, na capacidade de se envolver no dar-e-receber da interação social. Quando se organizou no orfanato uma escola maternal especial, as crianças, a princípio, não reagiram como o fazem normalmente as crianças das escolas maternas. Embora tivessem tido oportunidade de se arranjar em sôzinhas, eram menos capazes que as crianças normais de cuidar das suas necessidades físicas. Não sabiam usar equipamentos como cubos e brinquedos de rodas; destruíam boa parte da propriedade; o seu período de atenção era curto; tendiam a perder o seu próprio controle, quando contrariadas pelos outros. Uma das primeiras providências necessárias foi a de auxiliar cada uma dessas crianças a ‘desenvolver a consciência de si mesma, como indivíduos’, capazes de realizar certas coisas e dignos de receberem a consideração dos outros. Foram necessários quase seis meses para fazê-las chegar ao ponto de poderem aproveitar as oportunidades educacionais que a escola maternal ofereciam, e de que careciam no ambiente do orfanato... Para que possa ter liberdade de se criar, para explorar e aproveitar plenamente as oportunidades de aprendizado que o ambiente oferece, uma criança precisa do apoio de adultos solidários. Um estudo de Goldfarb (1943) assinala que, numa instituição onde não existe a habitual intimidade do afeto entre pais e filhos, as crianças podem ser seriamente prejudicadas em seu desenvolvimento. Os resultados das pesquisas demonstram que uma pessoa a quem faltou afeição pode, mais tarde, carecer da espécie de liberdade intelectual e da iniciativa necessárias no trato de amplos conceitos ou abstrações” Jersild, Arthur T. Opus cit. Pág. 153-156.

<sup>136</sup> Para os efeitos deste trabalho, é essencial verificar que, no Brasil, o institucionalizado não recebe o tratamento adequado, porque a racionalidade do sistema está vinculada a critérios de custos. É esclarecedora a citação: “a relação entre o perito e o objeto também é modificada: a posse do objeto, o diagnóstico, as manipulações, podem obedecer a critérios preestabelecidos ou a critérios de custos, e não à consciência do perito... Isso, de tal modo, que a propriedade do objeto pelo cliente e a responsabilidade do perito pela reparação são seriamente ameaçadas. O desinteresse do perito, sua capacidade de assumir o ponto de vista do cliente desaparece, ou pelo menos é limitado pelo ponto de vista da racionalidade da organização” Albuquerque, José Augusto Guillon de. Elementos para uma análise da prática institucional. In Guirado, Marlene. Psicologia Institucional (com um texto de José Augusto Guillon de Albuquerque). Opus cit. Pág. 61. Desta forma, em uma instituição, não se visualiza relações de afeto, mas relações profissionais que, sobre a ótica institucional, são limitadas pela “racionalidade da organização”. Com base nestes dados, deve-se analisar o melhor interesse da criança, assim como a direito personalíssimo a formação da personalidade, certamente afrontada pelas condições inóspitas destas instituições.

afetiva da criança institucionalizada se resumirá a estabelecida com crianças da sua idade, incapazes de educá-la, ou ainda, com funcionários, que estabelecerão mais provavelmente uma relação profissional, na qual a criança se converte em coisa, objeto do trabalho, e não sujeito de afeto.

O afeto, como necessidade, gera uma carência na ausência. O abandono<sup>137</sup> tem o seu estímulo mais próximo no sonho, na fuga da realidade. Mas o desejo nunca é satisfeito, por isso o recalque, a tensão, aflição, a tristeza, a raiva, e aliada a uma má educação, está aberto o caminho para a aceitação de comportamentos e padrões sociais perversos<sup>138</sup>. A desigualdade social atuará como um fator que intensifica a busca de vias sociais alternativas ao gozo, desta forma, a criança institucionalizada se torna ao menos potencialmente uma pessoa mais capaz de violências, ainda mais quando esta mesma foi objeto da absurdidade do sistema, acostumada a práticas socialmente condenadas, e do mesmo modo, mais susceptível ao uso de substâncias proibidas que potencializam a fuga da realidade, entre outras práticas.

Na adoção por homossexuais, um fato negativo apontado pela comunidade jurídica é a discriminação do filho em função do pai homossexual. Porém, em uma sociedade capitalista, deve-se questionar se não é mais grave a discriminação daqueles que não possuem condição econômica, dos órfãos e favelados, temidos pela sociedade. Em havendo a capacidade para educar e fornecer afeto ao adotando, não se pode argumentar que existe melhor interesse na institucionalização. A criança institucionalizada é uma criança sem passado, sem

<sup>137</sup> “As condições que o leigo chama de solidão, por exemplo, aparecem ser uma forma atenuada de frustração devida a interrupção de uma seqüência estabelecida de respostas que foram positivamente reforçadas pelo ambiente social... A solidão devida a ausência de uma única pessoa que forneceu reforço na forma de afeição pode ser especialmente profunda, como o demonstram os que têm mal de amor. A solidão do indivíduo amigável que se encontra entre estranhos por longo tempo poderá ser de caráter diferente. Uma criança perdida na multidão sofre de um modo ainda diverso: todo o comportamento que foi anteriormente reforçado pelo aparecimento da mãe ou do pai agora falha: ela olha ao redor mas não os vê; chama-os e chora, mas não respondem. Dependendo de uma variedade de circunstâncias, o resultado pode estar próximo do medo, da raiva, ou da tristeza”. Skinner, Burrhus Frederic. *Ciência e Comportamento Humano*. Trad. João Carlos Todorov, Rodolfo Azzi. 9ª Ed. São Paulo: Martin Fontes, 1996. Pág. 164.

<sup>138</sup> “Nota-se, em sua definição, uma ênfase na reprodução do instituído. Isto é possível exatamente porque se reconhece a ordem estabelecida como natural e autêntica, e porque se desconhece o caráter do instituído desta ordem, assim como a sua capacidade de instituir novas relações. Por exemplo, professores, diretores, orientadores, crianças de uma escola perpetuam um certo cotidiano, porque o ‘vivenciaram’ como relações ‘naturais’: como tendo sido sempre assim, e como tendendo a se repetir sempre desta forma... Reconhecem este cotidiano como sendo *as* práticas de ensino e desconhecem a possibilidade de criar novas práticas... Se consideramos a perspectiva de Lapassade..., dizemos que... esta organização burocrática instaura as relações de desigualdade... são as relações de poder em que a autonomia de grupos e sujeitos é substituída pela heteronomia, em que o cumprimento de normas se esvazia de sentido e se estabelece como fim em si mesmo; em que o prestígio junto aos mandantes é uma forma de obter estatuto de poder em relação aos mandados”. Guirado, Marlene. *Opus cit.* Pág. 76.



identidade<sup>139</sup>. Neste sentido, a instituição raramente é a melhor opção no que tange aos interesses da criança<sup>140</sup>.

## **b) A Adoção por Homossexuais**

Diante do exposto, não é necessário recorrer novamente aos princípios para explicar a possibilidade da adoção por solteiros, o que de certa forma esvazia esta seção.

No que se refere aos requisitos para a adoção, não encontramos sequer uma restrição ou menção que diga respeito à orientação sexual do adotante. Podem adotar os maiores de 18 anos, casados, em união estável, ou solteiros que ofereçam condições adequadas à criança ou adolescente, no seu melhor interesse.

Nos Tribunais, tem-se deferido a adoção por homossexual solteiro reiteradamente, mesmo em havendo convivência com companheiro.

Se, por um lado, temos o direito a filiação<sup>141</sup>, por outro, temos os interesses da criança a serem conservados. O problema existe em relação à adoção por pares de homossexuais, sobre o qual pesa diversas barreiras legais. Primeiro, no art. 1622, do Código Civil, que estabelece que duas pessoas não podem adotar, salvo se forem marido ou mulher ou se viverem em união estável.

---

<sup>139</sup> “Essa identidade pessoal é visualizada em duas dimensões: (i) de caráter absoluto ou individual, na qual cada ser humano tem uma identidade definida por si próprio, expressão do caráter único e irrepetível de cada um, o que torna uma realidade singular; (ii) de caráter relativo ou relacional, revelando que cada ser humano tem sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, podendo falar-se num direito à historicidade pessoal”. Almeida, Maria Christina de. *Direito à Identidade Pessoal e Estado de Filiação: Contributo à Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*. Curitiba: UFPR, Tese (Doutorado em Direito). Pág. 158. Neste sentido, o direito personalíssimo a identidade também é violado, mas submetido que é ao melhor interesse, “conditio sine qua non” da adoção, pode ao menos participar na determinação da adoção.

<sup>140</sup> “Os meios sociais impróprios, nocivos, contribuem poderosamente para perverter as crianças, sobretudo quando às influências mesológicas acrescem as influências hereditárias” Ferraz, João de Souza. *Opus cit.* Pág. 62.

<sup>141</sup> “Trabalhado a idéia de cidadania em sentido amplo, há espaços de variada natureza que devem ser garantidos ao cidadão, dentre eles o familiar. Neste sentido, a impossibilidade de acesso a filiação, presente nas restrições ao conhecimento voluntário e judicial da paternidade, caracteriza uma forma de ofensa aos direitos da cidadania (...)”. Silveira Ramos, Carmem Lúcia. *Opus cit.* Pág. 82.

Como foi estabelecido, a relação entre os homossexuais não é união estável, é análoga a esta, resultado de uma análise Constitucional ampla, cuja relação, para os fins deste trabalho, foi chamada de união homossexual. A previsão restritiva no dispositivo do Código poderia servir de primeiro empecilho, já que a Constituição expressamente estabelece que a união estável será composta necessariamente pela união de pessoas de sexo diferente, enquanto o Código Civil repete a definição, permitindo a adoção apenas em havendo casamento ou união estável.

Outro óbice é encontrado na Lei de Registro, de nº 6015 de 1973, que, no art. 61, estabelece que “o registro conterà o nome do pai ou da mãe, ainda que ilegítimos, quando qualquer deles for o declarante”, sendo que a inscrição dos pais adotivos se submete a dos pais legítimos<sup>142</sup>. Está implícita a vedação ao registro de pais do mesmo sexo, até mesmo por ausência de referência quanto ao registro de dois pais ou duas mães. E como esta lei serve de base ao cumprimento do princípio da legalidade administrativa, que preceitua que os atos do Estado deverão ser permitidos em lei, a inscrição de dois pais só poderia se dar através de decisão judicial, pela declaração de inconstitucionalidade às limitações à adoção por casais de homossexuais.

Uma das referências utilizadas para a desconstituição da lei de registros, e talvez a mais forte, é a realizada em função do princípio da igualdade. Neste caso, para a manutenção da proibição, seria necessário pensar em um elemento factual, reconhecido juridicamente, que constitua causa justa para a diferenciação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 48, não admite revogação da adoção, tendo em vista a desconstituição do pátrio poder em relação à paternidade que lhe é anterior. Não querendo se esquivar do ideal que cerca a igualdade, há de se reconhecer que, tem termos fáticos, ela representa uma palavra de ordem, e não de existência, enfim, uma convenção, um dever-ser, que só pode ser aplicado ao plano do ser quando analisamos duas referências da mesma espécie.

---

<sup>142</sup> Conforme o art. 96 daquela mesma lei, se estipula que “serão registradas no registro de nascimentos as sentenças de legitimação adotiva, consignando-se nele os nomes dos pais adotivos como pais legítimos”.

O problema real da impossibilidade da adoção poderia ser circunscrito na estabilidade do vínculo. Muito apesar da possibilidade aberta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme o art. 42, § 4º, no sentido de permitir a adoção por separados e divorciados, quando o estágio de convivência se iniciar na constância do vínculo, e sobre condições, deve-se pesar, por via de regra, que o melhor interesse da criança se realiza também em função da estabilidade da união. Evidentemente, é possível provar, até mesmo através do estágio de convivência, a “presente” estabilidade do vínculo, como em qualquer outra relação. Não há de se supor sobre a estabilidade futura, mas sabe-se que é comum na literatura a afirmação de que as uniões homossexuais tendem a ser mais instáveis que as heterossexuais, porém, alega-se que o principal motivo é justamente a impossibilidade de criação de filhos, que representa um esforço que exige uma constante união, aproximando os casais. De qualquer forma, supor uma possível desunião, com base em meras probabilidades, não passa de afirmação leviana, tendo em vista que os fatos da vida colhidos pelas equipes interdisciplinares são suficientes para verificar a possibilidade ou não da união, até porque a adoção por casais exige a prova da estabilidade, que certamente não deverá ser diferente da exigida dos heterossexuais, mas que, porém, estará sujeita aos poderes instrutórios do Juiz.

Outra razão freqüentemente invocada se refere à discriminação que os homossexuais sofrem. De fato, a pressão sobre o grupo homossexual acaba por gerar atritos e problemas na própria relação, não há de se negar. No entanto, quando se defere a adoção ao homossexual solteiro, como é habitual, quase sempre há o estabelecimento de uniões duradouras no decorrer da adoção, de parceiros que muitas vezes vem a residir na morada da qual partilha o pai e filho adotado. Neste sentido, não é uma situação que desabone a adoção, ao contrário, é preferível que ocorra, já que o filho apenas tem a ganhar com a estabilidade afetiva do pai. Nestes casos de adoção por solteiros, a discriminação ainda existe, mas, como já afirmamos, pesa mais a discriminação que paira sobre a criança institucionalizada do que sobre a criança educada por homossexuais, ou por casais de homossexuais, que asseguram uma segurança ainda maior a criança.

O principal problema se refere ao recalque na criança, em função do estigma social que acaba incutindo mais facilmente na mentalidade infantil. Neste sentido, pode ser comum que a criança negue a paternidade de um

dos pais ou mães, se apegando unicamente aquele que estabelece melhor relação<sup>143</sup>. Não se culpa a criança, ou os pais, a contribuição negativa por parte da sociedade é lamentável, não por isso, menos dado, fato social<sup>144</sup>.

Que se os filhos se oponham aos pais, é natural, e existe uma explicação tanto na psicanálise como nas demais teorias da psicologia. Revolta-se com frequência contra o poder paterno, muitas vezes sem buscar uma conciliação. Na adolescência, soma-se o tumulto resultante da recomposição da auto-imagem, como adulto, o que, entre muitos outros motivos, de certa forma as instiga, pressiona, na procura da formação, a solucionar todos os conflitos existenciais provenientes da tentativa de mentalizar qual o seu “lugar no mundo”, ou melhor, a sua função neste complexo capitalista. É uma fase de conflito, e não raramente o jovem se sente deslocado desta sociedade que lhe exige determinadas funções produtivas.

Causas não faltam para que os filhos desloquem os seus problemas na sociedade para a vida em relação familiar. No entanto, que esta se volte contra a homossexualidade do pai, apesar de não se tratar de um caso raro, tem o seu fruto justamente no não reconhecimento da paternidade conjunta. Assim, quando o filho não aceita a paternidade sendo exercida por dois pais, ou duas mães, se apegando unicamente ao pai que estabelece melhor relação, não o faz senão porque não existe reconhecimento jurídico, em conseqüentemente social, desta paternidade conjunta. Do mesmo modo, o receio do pai não registrado em relação ao filho do seu parceiro existe porque o sistema não reconhece a sua paternidade. Desta forma, o recalque surge quando estes pais e filhos internalizam uma censura externa, cujo principal instrumento é o Direito. Desta maneira, a negação jurídica da paternidade por dois pais ou mães, longe de solucionar o problema, é em verdade a sua principal causa.

Também não há de se alegar que o estágio probatório deve durar indefinidamente, ou em tempo muito superior àquele previstos para as demais uniões, pois a inexistência da formalização pode, na maioria das vezes, gerar

---

<sup>143</sup> A título de exemplo, na Apelação Cível de nº 70001388982, do TJ-RS, consta que a filha adotiva do “de cujos”, que conviveu com o amante do pai, discute com este os direitos a herança, e, conforme consta, a filha nunca reconheceu no amante do pai adotivo um outro pai.

<sup>144</sup> Mais uma vez retornamos a máxima nominalista “mala quia prohibita, non prohibita quia mala”.

perturbação no desenvolvimento da personalidade da criança, como é constantemente noticiado na literatura jurídica.

A morte súbita do pai formalizado, ou ainda, a separação entre os pais, entre outras causas, pode deixar desamparada a criança. Além de tudo, não existe diferença essencial entre as uniões heterossexuais e as homossexuais, o que se percebe é uma diferença de tratamento social, às vezes incorporada pelos filhos, que não é tamanha que impeça absolutamente a filiação conjunta, cuja estabilidade, tanto da paternidade como do vínculo, se prova através do estágio probatório.

Porém, em se tratando de dois pais, poder-se-ia pensar na infração à unidade da paternidade? Se a considerarmos apenas no sentido tradicional deste princípio, talvez sim, mas, em face do princípio da proteção a pluralidade das relações familiares, e se considerarmos a união de afeto, a relação desenvolvida por dois pais ou duas mães pode ser a única e verdadeira paternidade. Desta maneira, os pais não estão em concorrência, ao contrário, é em função do seu vínculo de afeto que estão na comunhão da paternidade, ou seja, é a comunhão do casal que forma o ambiente adequado para a filiação, pelo qual não se pode optar nem por um, nem por outro.

Estabelece o C.C. que:

Art. 1.618. Só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar.

Parágrafo único. A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

Por sua vez, o art. 1622 do C.C. estabelece que “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”. Do mesmo preceitua o art. 42 do E.C.A., que assevera que

Art. 42. Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

(...)

2º A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos de idade, comprovada a estabilidade da família”.

Assim, deve-se pensar se, para os fins da adoção, a união homossexual é equivalente a união estável, sendo-lhe análoga. Como estudamos, os homossexuais representam uma orientação normal, e que, na criação de crianças não foram encontradas diferenças na adoção por homossexuais ou por heterossexuais, por isso, a sua capacidade específica para a educação de crianças está comprometida. E ainda, com base no princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da pluralidade das relações familiares, não há impeditivos Constitucionais para a adoção por homossexuais. Ao contrário, em função do princípio da igualdade, principalmente, deve-se pensar pela inconstitucionalidade da limitação à adoção apenas aos casais da união estável, tendo em vista que não se apresenta nenhum motivo razoável e material que indique que a adoção por homossexuais em união é pior que a estabelecida por heterossexuais, em abstrato. Desta forma, com base na igualdade formal, que é a modalidade de igualdade que é legalmente aplicável a situação, deve-se igualar, para os fins da adoção, união homossexual à união estável, e quaisquer problemas devem ser verificados no caso concreto.

Como a estabilidade do vínculo exige prova prévia, não existem empecilhos, ou quaisquer outros motivos para se acreditar que, após a comprovação do vínculo, deve-se temer pela sua instabilidade.

Por isso, deve o judiciário reconhecer a adoção por pares de homossexuais, assentando na certidão de nascimento a existência de dois pais, utilizando-se para tanto da já analisada competência jurisdicional para a formação de normas concretas.

Porém, não realizada a adoção formal, seja pela denegação do pedido junto ao Judiciário, seja por conveniência, quando a filiação se estabelece de fato, trata-se de um caso para o qual não existe previsão legislativa, e que, não obstante, deve ser considerado, sejam estes filhos de pais homossexuais ou heterossexuais. Trata-se de uma lacuna legislativa que pode ser preenchida pela atividade jurisdicional, ainda mais em se negando a possibilidade de adoção formal aos pares de homossexuais, pois, se não podiam adotar em conjunto, o estado de posse salta aos olhos como a única solução, tão importante em uma relação que, apesar das adversidades, conseguiu vencer os problemas que a sociedade

incessantemente lhes encomenda, vingando em situações que exigem um fortalecimento acima do normal, e nem sempre presente.

O estado de posse tem sido utilizado por muitas legislações como um “plus” em relação ao título, uma prova que gera presunção absoluta de paternidade<sup>145</sup>, e em outros casos, como é a do Brasil, um caso excepcional de presunção absoluta do casamento prevista em Lei. No entanto, busca-se nesta um sentido mais amplo, como um ato constitutivo que possa prescindir do título, e não apenas um fato que, somado ao título, o qualifica com uma presunção absoluta de paternidade.

No caso da posse civil que pretendemos defender, existe uma aparência que o direito protege<sup>146</sup>, uma relação de fato não formalizada, uma ressignificação da posse de estado. Através da atividade jurisprudencial, tenta-se uma prescrição aquisitiva.

Havendo uma paternidade de fato, tem-se que a nova paternidade, em função do princípio da unidade da paternidade, exclui a velha<sup>147</sup>. Desta forma, a prescrição age no sentido de extinguir os vínculos paternos anteriores, que, fundados no título<sup>148</sup>, são agora desconsideradas em favor da tutela de uma existência. Para além da mera prova, o estado de posse torna-se neste raciocínio uma efetiva constituição de direitos<sup>149</sup>, que, afinal, não se restringe

---

<sup>145</sup> “No Código Civil francês, a posse de estado tem um papel de prova de filiação legítima. Mais do que isso, saindo de campo probatório, a posse de estado assume um caráter eminentemente jurídico, ao tornar inatacável a filiação legítima quando aquela estiver conforme o registro de nascimento (posse de estado de filiação legítima mais título), consoante o art. 322 do Código, ao tornar frágil a filiação quando nesta não houver posse de estado (art. 334-9)” Fachin, Luiz Edson. Opus cit. Pág. 44.

<sup>146</sup> “em matéria de família sem casamento, ausente uma formalização do relacionamento, a aparência torna-se fundamental, seja para a caracterização da própria situação de fato entre o casal, ou para que seja considerada existente por parte de terceiros, seja em nome da garantia de direitos de eventuais filhos havidos desta relação”. Silveira Ramos, Carmem Lucia. Opus Cit. Pág. 106.

<sup>147</sup> Porém, para este sentido, se quisermos interpretar o citado princípio de forma inclusiva, de acordo com a igualdade material e com os demais dispositivos legais constitucionais já analisados, deve-se adaptar o princípio da unidade da paternidade ao fato, mas não tanto para admitir três ou quatro pais e mães, mesmo em havendo os demais requisitos, mas em função do significado que assume a família, que ainda se baseia em modelos clássicos, nos termos já desenvolvidos.

<sup>148</sup> Não é possível a comparação entre os elementos específicos de gêneros qualitativos distintos. A comparação relacional exige aspectos de uma mesma qualidade. Se reduzirmos ao título, um destes o possui, ou outro não, em relação ao afeto paternal, é possível que um destes o tenha e o outro não. Na não coincidência do título com o afeto, há de se indagar, agora não na esfera da comparação, quais destes é juridicamente mais importante. No caso, o afeto, e na coexistência deste, em favor do título.

<sup>149</sup> “Há em doutrina a defesa de outras funções deste conceito, ultrapassando o terreno da prova. Uma dessas funções mostra-se no papel estabilizador da posse de estado, no qual passa do simples plano da prova para atuar no plano de fundo e constitui modo privilegiado de estabelecimento da filiação. A posse de estado pode ter um papel criador. Essa função se apresentaria à medida que a presença da posse de estado fosse suficiente para paralisar o efeito da prescrição de uma ação de estado que vise estabelecer a filiação, ou que, em face de sua

apenas àquelas relações na qual a união era preexistente a adoção, mas aquelas que envolvem a adoção “de fato” do filho do seu companheiro.

Para tanto, é necessário que o pai, ou ambos se nenhum houver registrado o filho, não formalizado como adotante mantenha uma relação emotiva típica de filiação, atendendo aos deveres referentes à paternidade, em uma relação de paternidade pública.

Para a configuração do estado de posse por parte do cônjuge não adotante, através da pesquisa realizada nesta monografia, entendeu-se necessário o tratamento<sup>150</sup>, a fama, publicidade<sup>151</sup>, continuidade, duração determinada e a boa-fé. O tratamento parece ser o mais importante, talvez absoluto, o que não se restringe apenas ao simples chamamento, mas ao afeto que demonstra qual o tipo da relação. Mesmo que partindo de um referencial mínimo para a determinação de uma duração determinada, pois se trata de uma relação de fato de paternidade da qual se pode exigir uma continuidade, não se pensa em um critério objetivo. De qualquer forma, a relação deve ter se iniciado em um período no qual o filho necessitava dos auxílios de um pai. De nada adianta o instituto de posse de filho se for utilizado para aqueles cuja necessidade de proteção paterna não mais exista<sup>152</sup>. A relação desenvolvida para além deste período infantil deve ser entendida

---

ausência, constitua o ponto de partida da prescrição [Nota 17: Lautour... “A posse de estado pode fazer adquirir ou perder um estado determinado por prescrição”]. Fachin, Luiz Edson. Opus cit. Pág. 67. Ainda, “as pessoas que vivem publicamente como marido e mulher, gozando dessa reputação e consideração nas relações sociais, são consideradas na posse do estado de casadas”. Oliveira, Mnuiz, apud. Matos, Ana Carla H. Opus cit. Pág. 67. Este entendimento parece prescindir do título.

<sup>150</sup> A tríade do estado de posse é composta usualmente pelo nome, fama e tratamento. Mas, com relação ao filho de afeto comum, no qual se consubstancia tanto a fama quanto o tratamento, o nome resulta de um título, de um registro que um pai/filho sem título não possuem e não podem possuir. Neste sentido, um pai de afeto, inexistente a má fé, pode ter, no seu afeto, contribuído para com o rompimento das relações anteriores, quebra esta absolutamente necessária se queremos configurar uma nova paternidade. Como a Constituição veda qualquer diferenciação entre os filhos, como estabelece o art. 227, § 6º daquele texto, parece claro que a questão é radical, com terceiro excluído: ou está presente a paternidade ou o ordenamento não concede a esta afetividade a chancela legal. Assim mesmo, a denominação “padrasto”, ou “madrasta”, conforme o contexto, assume o significado de mãe e pai nesta relação especial. Enfim, dependendo, é possível não se ater apenas a terminologia “mãe” e “pai”. Existem pais e filhos nas relações heterossexuais que, inclusive, se designam por chamativos carinhosos.

<sup>151</sup> Existe uma diferença entre fama e publicidade. Na fama, entende-se que tal pessoa tem a fama de ser filho de outra, sendo ou não. Na publicidade, significa que a relação deve ser pública. De qualquer forma, não se tratam de critérios absolutos, mas indícios mais ou menos fortes. Neste sentido, a publicidade induz a fama, mas a fama pode ser obstada pelo conhecimento da relação homossexual dos pais, e, assim, a negação da fama, pelo senso comum, que geralmente se atém aos laços de sangue, cuja aparência é induzida nas relações heterossexuais.

<sup>152</sup> Voltamos a questão da análise familiar sobre o prisma legal (critérios legais, norma particular a ser emitida pelo magistrado, etc), o pré-constituído (o instinto paternal e a necessidade de proteção por parte do filho, e etc.), e o construído (relação de afeto, nos seus pormenores, em um determinado período de tempo, e etc).



como uma amizade atípica, nada mais<sup>153</sup>. Mesmo em se tratando de um estado de posse, é necessário afirmar que se deve utilizar o instituto da adoção como uma analogia em relação aos requisitos necessários, no que for aplicável, permanecendo, por exemplo, a necessidade de diferença de idade ao menos 16 anos, conforme disciplina o C.C. no art. 1619. De qualquer maneira, todos estes requisitos devem ser analisados no caso concreto<sup>154</sup>.

Configurando todos os requisitos da posse de estado, não se poderia pensar em impedimentos constitucionais à formalização do estado de posse de filiação quando não for possibilitada a adoção por casais de homossexuais, pois as diferenciações que antes não permitiam a adoção e talvez poderiam se mostrar ao menos minimamente razoáveis, agora muito provavelmente não o são. Assim, pensa-se nas relações familiares como relações socioafetivas que, configurando determinados requisitos, devem e podem surtir efeitos jurídicos.

Tanto melhor se o judiciário for capaz de declarar a existência do Estado de Posse anteriormente ao surgimento de havendo litígios entre os familiares, facilitando a produção de prova.

## Conclusão

Não existem grandes diferenças entre os homossexuais e os heterossexuais. Os homossexuais, na sua relação, também constituem família, até porque a proteção constitucional não estabelece taxativamente os modelos familiares possíveis, ao contrário, o ordenamento trata de vedar certos tipos de organização, fornecendo guarida aos demais.

---

<sup>153</sup> Nada impede que em uma amizade se realize uma transferência própria do direito de Família, com vínculos educacionais, inclusive.

<sup>154</sup> “Ademais, a tradicional trilogia que a constitui (nomen, tractatus, fama), mostra-se, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos é inegável, porém, que naquele triplice elenco há o mérito de descrever os elementos normais que de modo corrente demonstram a presença da posse de estado” Este autor ainda cita um acórdão bastante ilustrativo, prolatado no STF: “um pai pode tratar um filho de muito e variados modos: cuidar da alimentação, do vestuário e do calçado; proporcionar a instrução possível; procurar apagar as tristezas e colaborar nas alegrias. Dir-se-á que, em termos afetivos, dificilmente se encontrará expressão mais eloqüente de tratamento do que o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai”. Fachin, Luiz Edson. Opus cit. Pág. 68.

Procura-se estender a proteção à família através da proteção Constitucional, plural, albergando inclusive as relações afetivas de fato, que possuem quase os mesmos elementos que as relações formalizadas, senão pelo título. Não obstante, é possível à jurisprudência, com o auxílio da doutrina, fixar os limites para a tutela jurídica quando a lei omite.

A Constituição não pretende assumir para si o papel de designar os modelos familiares possíveis, ela assume os fenômenos familiares como dados da vida. A atividade jurisdicional, em certa medida, também deve assumir as relações familiares como fatos, procurando critérios para verificar a sua existência, atribuindo-lhes os efeitos jurídicos adequados.

A dignidade da pessoa humana traz um novo elemento ao ordenamento, e a desconsideração da união homossexual não raramente ataca a dignidade. Neste trabalho, defendeu-se que a união homossexual não estabelece uma relação de fato de cunho obrigacional, através da sociedade de fato, cuja causa final é comercial. Em verdade, trata-se de uma sociedade familiar, e muito embora a expressão cônjuges seja utilizada na Constituição para designar homens e mulheres em comunhão, conforme se verifica no art. 226, § 5º, da Carta Magna, neste trabalho fez-se bem em estendê-las aos homossexuais, muito embora o termo “parceiro” pudesse ser utilizado sem impedimento.

É também uma questão de igualdade, pois inexistente critério legal para a diferenciação, devendo-se atribuir aos homossexuais os mesmos direitos que os heterossexuais, sem diferenciações discriminatórias.

São direitos pessoalíssimos os direitos a adoção, a filiação, a paternidade e a orientação sexual. Não há de se negá-los. A personalidade não conseguirá o seu livre desenvolvimento se os restringirmos, sendo que o próprio sistema fornece elementos para a proteção destes direitos.

Percebe-se que no campo dos direitos personalíssimos a atuação da jurisprudência – e da doutrina que a influencia com os critérios científicos – é ainda mais relevante na formação da norma concreta, ou ainda, a regulamentação destes direitos para a sua necessária e indispensável aplicabilidade. Aliás, expondo fundamentos fortes, não são poucos que afirmam que o Direito

brasileiro adotou o direito geral de personalidade, concorrentemente com as estipulações especiais<sup>155</sup>.

Contemporaneamente, percebe-se a tendência mundial em se igualar os relacionamentos homossexuais aos heterossexuais, porém, são poucos ainda os países que estabelecem a possibilidade de adoção por homossexuais. O melhor interesse da criança, questão central na adoção, está presente tanto na adoção por solteiros como nos casos de adoção por homossexuais em pares, que, em boa parte dos casos, acabam fornecendo base familiar mais sólida que a fornecida por solteiros.

Face aos argumentos tecidos, foi defendido que tanto os homossexuais solteiros como aqueles em união podem adotar. Entende-se assim que o princípio da igualdade estabelece a inconstitucionalidade da limitação à adoção apenas aos casais da união estável, em face da ausência de qualquer razoabilidade material que sustente uma diferença tangível entre a união homossexual duradoura e a heterossexual, e em especial, entre a habilidade dos casais heterossexuais e dos homossexuais para a criação de filhos.

Cabe ao Judiciário, dentre as suas atribuições normais, regulamentar a regra Constitucional, para garantir a sua máxima efetividade, determinando o registro na certidão de nascimento da existência de dois pais, utilizando-se para tanto a já analisada competência jurisdicional para a formação de normas concretas.

Porém, se assim não for realizado, a omissão enseja a formação de novas entidades familiares, que o Direito deve reconhecer. Construída em função da negação de formalização, a moda das antigas uniões estáveis e das atuais uniões homossexuais, a filiação de fato é uma relação tipicamente familiar, só que entre pais e filhos. Existe um interesse juridicamente legítimo em se formalizar uma relação, tanto por parte de um filho que tem o pai, como de um pai que tem um filho, como pelo sistema, que preza pelo melhor desenvolvimento da pessoa humana.

---

<sup>155</sup> “Não podem restar dúvidas que o Brasil fez a opção pelo direito geral de personalidade (ao lado da proteção tipificada, seja em leis esparsas, seja no projeto do Código Civil, em trâmite legislativo): o preâmbulo constitucional é taxativo ao afirmar que a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são os valores supremos de nossa sociedade, assegurados pelo Estado de Direito. Além disso, a dignidade humana é fundamento da república (art. 1º) e é garantida a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Cortiano Jr., Eroulths. Opus cit. Pág. 47.

Não há dúvidas de que se trata de um fato juridicamente relevante, uma família, em todos os seus termos, que por isso merece especial proteção. Neste sentido, tanto a adoção por casais de homossexuais como o estado de filiação de fato devem surgir por normas especiais a serem criadas pelo Judiciário, em regulamentação das garantias e direitos constitucionais tratados neste trabalho. Também não é constitucional se estabelecer uma diferenciação entre os formalizados e os filhos de fato, desde que preenchido os requisitos já estudados, pois não há dúvidas que, sobre o enfoque social, são duas formas distintas de formação da filiação, mas que, na realidade dos fatos, não apresentam diferenças entre si na dinâmica rotineiras que estabelecem estes pais e filhos.

Deve-se concluir que a proteção estabelecida pela Constituição à família visa proteger a família que existe, pois de nada adianta a proteção a um fato que não está presente. Por isso, No conflito entre o título e o afeto, deve-se priorizar os laços de afeto, desde que a relação afetiva não derivada do título não subsista, nem que parcialmente.

Neste sentido, que proteção ao afeto e aos laços de família pode-se dar quando, pelo menos em um dos pólos, não existe qualquer interesse no desenvolvimento da relação afetiva? <sup>156</sup> Por isso, a proteção à família deve se voltar a família de fato, que na realidade dos homossexuais é a única família possível, conforme o nosso presente ordenamento.

O direito a constituição de família é um direito que não pode ser afastado, independente da formação do sujeito de direitos, cuja individualidade a Constituição também protege, conforme já foi exposto. Desta maneira, conclui-se que a adoção por homossexual solteiro ou em união é possível, em face do ordenamento jurídico brasileiro, em face da inconstitucionalidade das restrições legais.

---

<sup>156</sup> “se posso obrigar alguém a responder patrimonialmente pela sua conduta (alimentos ao filho) não posso obrigar, quem quer que seja, a assumir a paternidade que não deseja. Tal pretensão é de impossível realização sem violentar a própria idéia de paternidade”. Leite, Eduardo de Oliveira. Apud Fachin, Luiz Edson. Opus cit. Pág. 55.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. Dialética do Esclarecimento : Fragmentos Filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 113-156.

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhaon de. Elementos para uma análise da prática institucional. In Guirado, Marlene. Psicologia Institucional (com um texto de José Augusto Guilhaon de Albuquerque). São Paulo: EPU, 1986.

ALMEIDA, Maria Christina de. Direito à Identidade Pessoal e Estado de Filiação: Contributo à Tutela da Dignidade da Pessoa Humana. Curitiba: 2002, UFPR, Tese (Doutorado em Direito). Pág. 158 a 161.

BENECKE, Dieter W. Uma Economia Social de Mercado: uma orientação para o Brasil? In Opções de Política Econômica para o Brasil. BENECKE, Dieter W, NASCIMENTO, Renata (org.). Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2003. Págs. 9 a 30.

BARROS, Célio Silva Guimarães. Pontos de Psicologia de Desenvolvimento. São Paulo: Editora Ática, 2000.

BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito, São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001.

BIBLIOTECA DIGITAL: Meia volta: Gestantes de feto sem cérebro não podem mais abortar. Revista Consultor Jurídico, 20 de outubro de 2004. Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso em 27 de Setembro de 2004.

BIBLIOTECA DIGITAL: American Psychiatric Association Rebukes Reparative Therapy: Will Mormons Take Notice?, Affirmation: Gay & Lesbian Mormons. Disponível em [affirmation.gaymormon.org](http://affirmation.gaymormon.org). Acesso em 27 de Setembro de 2004.

FRANCHINI, A. S.; SEGANFREDO, Carmen. As Cem Melhores Histórias da Mitologia Deuses, heróis, monstros e guerras da tradição greco-romana. Porto Alegre: L & PM Editores, 2003.

FREUD, Sigmund. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud; ed. Standard brasileira, com comentários e notas James Strachey; com colaboração com Anna Freud; assistidos por Alix Strachey e Alan Tyson; traduzido do alemão e do inglês sob a direção geral de Jayme Salomão. Rio de Janeiro, 1996. Volume VII. Pág. 126 A 163.

Sigmund Freud. Carta a uma mãe americana. 9.Abril.1935. Documento amplamente divulgado em diversos meios de comunicação e encontrado por diversas fontes.

GEDIEL, José Antonio Peres. Os Transplantes de Órgãos e a Tutela da Personalidade. Curitiba: 1997, UFPR, Tese (Doutorado em Direito). Pág. 1 a 81.

GUIRADO, Marlene. Psicologia Institucional (com um texto de José Augusto Guilhon de Albuquerque). São Paulo: EPU, 1986. Pág.1-23; 49-84.

JERSILD, Arthur T. Psicologia da Criança. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1966.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. Tradução: BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História: Lições Introdutórias. Editora Max Limonad, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima, Prefácio *In*: RIOS, Roger Raupp. A Homossexualidade no Direito, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

LUDWIG, Celso Luiz. Formas da Razão, Racionalidade Jurídica e Fundamentação do Direito. Curitiba: 1997, UFPR, Tese (Doutorado em Direito).

BLUM, Rodrigo. Pulsão de Morte e Sentimento de Culpa. Biblioteca Digital. Disponível em [http://www.sedes.ju.br/departamentos/Psicologia/saude/saude\\_coringa\\_hum.htm](http://www.sedes.ju.br/departamentos/Psicologia/saude/saude_coringa_hum.htm). Acesso em 27 de Setembro de 2004.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulth. Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da Personalidade. In: Fcachin, Edson Luiz (coord.). Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. Pág. 31-56.

CECARELLI, Paulo Roberto. A Sedução do Pai. Biblioteca Digital. Disponível em [www.ceccarelli.psc.br](http://www.ceccarelli.psc.br). Acesso em 02 de novembro de 2004.

CECARELLI, Paulo Roberto. Homossexualidade e preconceito. Biblioteca Digital. Disponível em [www.ceccarelli.psc.br](http://www.ceccarelli.psc.br). Acesso em 02 de novembro de 2004.

D'ASSUNÇÃO, Roberta Guimarães. Recalque. Disponível em <http://www.assuncao.com.br>. Acesso em 27 de Setembro de 2004.

DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: o preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade o que diz a Justiça!, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2003.

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

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos Jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 732. Pág. 47-54.

FERRAZ, João de Souza. Noções de Psicologia da Criança. São Paulo: Saraiva S/A, 1969.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. Adoção para Homossexuais. Editora Juruá, 2003.

MATTOS, Ana Carla H. União entre Pessoas do Mesmo Sexo: Aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MÉNARD, René; Mitologia Greco-Romana. Tradução NINA, Aldo Della. Obra em 3 v. São Paulo: Opus Editora, 1991.

NASCIMENTO, Renata. A mudança do papel do Estado Brasileiro: uma análise dos anos 50 aos anos 90. In Opções de Política Econômica para o Brasil. BENECKE, Dieter W, NASCIMENTO, Renata (org.). Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2003. Págs. 187 a 206.

NASIO, J.-D., Introdução às obras de Freud, Ferenczi, Groddeck, Klein, Winnicott, Dolto, Lacan. Trad. Vera Ribeiro; revisão, Marcos Comaru. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

NUNES, A.J. Avelãs. O Keynesianismo e a contra-revolução monetarista. Coimbra: Sasuc, 1997.

OLTRAMARI, Fernanda. Unões Homossexuais: Aspectos jurídicos e perspectivas legislativas e jurisprudenciais. Curitiba: 2003, UFPR, Dissertação (Mestrado em Direito).

PEREIRA, Guilherme Doring da Cunha. Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação. Tese (Doutorado em Direito).

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União de Pessoas do Mesmo Sexo – reflexões éticas e jurídicas. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Porto Alegre: Síntese, v. 31, 1999 (Coleção Acadêmica de Direito; v. 12). Pág.147 à 154.

PRADO, José Luiz Aidar. Brecha na Comunicação: Habermas, o Outro, Lacan. São Paulo: Hacker Editores, 1996.

PROSPERO, Viviane Girardi. Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais. Curitiba: 2003, UFPR, Dissertação (Mestrado em Direito).



RIOS, Roger Raupp. A Homossexualidade no Direito. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

RUSSELL, Bertrand. História do Pensamento Ocidental: A aventura das idéias dos Pré-Socráticos a Wittgenstein. Tradução ALVES, Laura; REBELLO, Aurélio. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações S.A., 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A Criminologia Radical. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVEIRA RAMOS, Carmem Lúcia. Da Relação Existencial de Fato a Realidade Jurídica: uma perspectiva da família sem casamento. Curitiba: 1997, UFPR, Tese (Doutorado em Direito).

SKINNER, Burrhus Frederic. Ciência e Comportamento Humano. Trad. João Carlos Todorov, Rodolfo Azzi. 9a Ed. São Paulo: Martin Fontes, 1996. Pág. 142 à 169.

SHOSTAK, Frank. Professor Stiglitz and Lord Keynes. [www.mises.org/tullstory.asp?control=971&FS=Professor%2BStiglitz%2Band%2BLord%2BKeynes](http://www.mises.org/tullstory.asp?control=971&FS=Professor%2BStiglitz%2Band%2BLord%2BKeynes). Acesso em 27 de Setembro de 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

VEJA. A Força do arco-íris. Editora Abril, edição 1808, de 25 de junho de 2003.

VEJA. O Cientista que Só Pensava Naquilo. Editora Abril, edição 1876, de 20 de outubro de 2004.

VEJA. "Pai, eu sou gay". Editora Abril, edição 1 636 de 16 de Fevereiro de 2000.

WEIL, Pierre. Amar e Ser Amado. Ed. Vozes, Petrópolis. 1979. 20ª Edição.