



Universidade Federal do Pará - UFPA
Instituto de Ciências Jurídicas - ICJ
Programa de Pós-Graduação em Direito

SÍLVIA SILVA VARGAS MARÇAL

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

BELÉM – PA
2012

SÍLVIA SILVA VARGAS MARÇAL

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da ilustre Dr.^a Violeta Refkalefsky Loureiro.

**BELÉM – PA
2012**

MARÇAL, Sílvia Silva Vargas. *Possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos*/Sílvia Silva Vargas Marçal; Orientadora Violeta Refkalefsky Loureiro, PA: [s.n], 2012.

122 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) –
Universidade Federal do Pará.

1. Adoção 2. Homoafetividade.

SÍLVIA SILVA VARGAS MARÇAL

POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da ilustre Dr.^a Violeta Refkalefsky Loureiro.

Em: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr.^a Violeta Refkalefsky Loureiro-UFPA

Prof. Dr. Raimundo Wilson Gama Raiol -UFPA

Prof.^a Dr.^a Evanilde Gomes Franco

BELÉM-PA

2012

Dedico este trabalho à minha amada mãe Ielda Silva Vargas (*In memoriam*), pelo exemplo de luta e superação. À minha mãe do coração, Sônia Silva Coelho, pelo apoio e carinho incondicionais desde o meu nascimento, pelas orações incessantes e por nunca desistir de mim. À meu estimado pai Mário Vítor Vargas (*In memoriam*) e a meu amantíssimo esposo Paulo Flávio de Lacerda Marçal Filho, companheiro nesta aventura que é a vida e a razão de todas as minhas alegrias.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos a Deus, acima de tudo, pelas oportunidades e conquistas e, por estar sempre presente em minha vida me dando forças e coragem para enfrentar todas as dificuldades.

À Prof. Dr.^a Violeta Refkalefsky Loureiro por ser um porto seguro nos momentos de angústia, o olhar amigo em meio à multidão, a mão que se estende a ajudar quando as forças faltam.

Às amigas Nazaré Rebelo, Gabriela de Cássia, Gabriela Dinelly, Carolina Malcher e Beatriz dos Reis por toda a atenção, compreensão e apoio dispensados e, sobretudo, por acreditarem que a realização deste trabalho seria possível, a vocês o meu muito obrigada.

“Eu não pedi pra nascer. Eu não nasci pra perder. Não vou sobrar de vítima das circunstâncias (...). E a gente vive junto e a gente se dá bem. Não desejamos mal a quase ninguém. E a gente vai à luta e conhece a dor. Consideramos justa toda forma de amor.”

(Lulu Santos)

RESUMO

A presente pesquisa busca examinar detalhadamente a situação jurídica dos homoafetivos quanto ao reconhecimento do direito decorrente de suas interações sociais com seus companheiros. Propondo como objetivo principal a abordagem da viabilidade da adoção por casais homoafetivos como expressão do respeito aos direitos e garantias fundamentais do homem e do cidadão e como forma inequívoca de desenvolvimento e inclusão social. Isto porque, não apenas reconhece de forma prática às relações homoafetivas o caráter de entidade familiar – salvaguardado pelo princípio da isonomia, como já entendeu o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão na ADI n.º 4277-DF, julgada em 05 de Maio de 2011, que reconheceu na qualidade de uniões estáveis as uniões entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos os requisitos legais – como, de igual modo, contempla e assegura os direitos da criança e do adolescente a um ambiente familiar seguro e sadio, capaz de lhes proporcionar um adequado desenvolvimento físico, psíquico e moral.

Palavras Chave: Adoção, Homoafetividade, Viabilidade Jurídica.

ABSTRACT

This research seeks to examine in detail the legal position of the recognition of homosexual rights deriving from their social interactions with their peers. Offering mainly aimed at addressing the feasibility of adoption by homosexual couples as an expression of respect for fundamental rights and guarantees of man and citizen and as unambiguously development and social inclusion. This is because not only recognizes the practical relations homoafetivas the character of a family unit - safeguarded by the principle of equality, as understand the Supreme Court (STF) in the ADI decision nº. 4277-DF, judged on 05 May 2011, which recognized unions as stable unions between persons of the same sex since met the legal requirements - like, likewise, contemplates and ensures the rights of children and adolescents a safe and healthy home environment, able to provide them with adequate physical, mental and moral.

Keywords: Adoption, Homoafetividade, Legal feasibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2. DA ADOÇÃO.	16
2. 1. ASPECTOS GERAIS.	16
2. 2. ADOÇÃO SIMPLES OU RESTRITA E PLENA.	24
2. 3. A ADOÇÃO: O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A LEI N.º 12.010 DE 2009 (LEI DE ADOÇÃO).....	26
2. 4. O PROCESSO DE ADOÇÃO.....	29
2. 5. DOS EFEITOS DA ADOÇÃO.....	31
2. 6. SENTENÇA E REGISTRO.....	32
2. 7. INDISSOLUÇÃO DO VÍNCULO DA ADOÇÃO.....	33
2. 8. ARREPENDIMENTO DO GENITOR.....	33
2. 9. MODALIDADES DE ADOÇÃO.....	34
2. 9. 1. Adoção internacional.....	34
2. 9. 2. Adoção unilateral.....	34
2. 9. 3. Adoção de maiores.....	36
2. 9. 4. Adoção póstuma.	37
2. 9. 5. Adoção “à brasileira”	37
2.10. DO DIREITO DO ADOTADO DE CONHECER OS PAIS BIOLÓGICOS.	39
3. BREVE HISTÓRICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.	43
3.1. ASPECTOS GERAIS.	43
3.2. HOMOAFETIVIDADE: CONCEITO E ETIMOLOGIA.	46
3.3. DISCRIMINAÇÃO POR NATUREZA DA ATRAÇÃO FÍSICO-AFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO.	48
3. 4. HOMOAFETIVIDADE E RELIGIÃO.	51
4. O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA	56
4.1. A ORIGEM DA FAMÍLIA.....	56

4.2. CONCEITO E ETIMOLOGIA.....	594
3. OS NOVOS MOLDES DA FAMÍLIA BRASILEIRA.....	60
4.3.1. A família monoparental.....	61
4.3.2. A família anaparental.....	62
4.3.3. A família pluriparental ou família mosaico.....	62
4.3.4. A família eudemonista.....	62
4.3.5. As famílias paralelas.....	64
4.3.6. A família homoafetiva.....	64
5. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.....	66
5.1. ASPECTOS GERAIS.....	66
5.2. FASES EVOLUTIVAS.....	69
5.3. CARACTERÍSTICAS DOS PRINCÍPIOS.....	70
5.4. FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS.....	71
5.5. DIFERENÇAS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	72
5.6. COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS.....	73
5.7. CONFLITOS ENTRE REGRAS.....	76
5.8. PRINCÍPIOS LIGADOS AO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DE PARES HOMOAFETIVOS.....	76
5.8.1. Princípio da Dignidade humana.....	76
5.8.2. Princípio da Igualdade ou isonomia.....	81
5.8.3. Princípio do Melhor interesse da Criança.....	82
6. ADI N.º 4277-DF/2009 E ADPF N.º 132-RJ/2008: COMO VOTOU O MINISTRO RELATOR CARLOS AUGUSTO AYRES DE FREITAS BRITTO.....	86
6.1. NOÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	86
6.1.1. Controle de constitucionalidade preventivo.....	87
6.1.2. Controle de constitucionalidade repressivo.....	88
6.1.3. Técnica de interpretação conforme a Constituição.....	92

6.2. OS TERMOS DO BRILHANTE VOTO DE LAVRA DO MINISTRO AYRES BRITTO.	93
7. DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA.	99
7.1. ASPECTOS GERAIS.	99
7.2. DESCONSTRUINDO OS OBSTÁCULOS À ADOÇÃO HOMOAFETIVA.	105
7.3. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO E ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.	116
8. CONCLUSÃO.	119
BIBLIOGRAFIA.	120

1 INTRODUÇÃO

O aumento da complexidade das relações sociais contemporâneas em seus diversos segmentos refletiu, como não poderia ser diferente, nas relações jurídicas, resultando na necessidade de reavaliação do Direito, cujos institutos materiais e processuais devem acompanhar as alterações ocorridas nas relações humanas.

A Constituição de 1988 é um marco de ampliação dos direitos dos cidadãos, garantindo a consolidação de direitos a todos os excluídos pelas leis ordinárias, visando alcançar uma sociedade mais justa e igualitária.

Contudo, impende examinarmos de que modo e se o sistema jurídico nacional propicia instrumentos capazes de assegurar o cumprimento da determinação constitucional de igualdade, neste caso em especial, ressaltando a temática da possibilidade de adoção por pares homoafetivos, bem como a segurança e bem-estar dos menores em situação de abandono em nosso país.

O presente trabalho tem por escopo o exame e a apreciação detalhados da situação jurídica dos homoafetivos quanto ao reconhecimento deste direito decorrente de suas interações sociais com seus companheiros, posto que, volta-se a atender aos interesses tanto do menor, exposto ao abandono ou posto sob os cuidados das instituições de amparo estatais, quanto dos excluídos em decorrência da natureza de sua atração sexual e afetiva.

A pesquisa propõe como objetivo principal a abordagem da viabilidade da adoção por casais homoafetivos como expressão do respeito aos direitos e garantias fundamentais do homem e do cidadão e como forma inequívoca de desenvolvimento e inclusão social. Isto porque, não apenas reconhece de forma prática às relações homoafetivas o caráter de entidade familiar – salvaguardado pelo princípio da isonomia, como já entendeu o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão na ADI n.º 4277-DF, julgada em 05 de Maio de 2011, que reconheceu na qualidade de uniões estáveis as uniões entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos os requisitos legais – como, de igual modo, contempla e assegura os direitos da criança e do adolescente a um ambiente familiar seguro e sadio, capaz de lhes proporcionar um adequado desenvolvimento físico, psíquico e moral.

Desta feita, mediante uma análise histórica da homoafetividade e dos processos de exclusão social decorrentes da natureza sexual dos indivíduos, assim como, a partir do estudo dos modelos de relacionamento entre as pessoas e das

modificações ocorridas nos conceitos de casamento e família ao longo do tempo, buscaremos esclarecer, primeiramente, os princípios constitucionais nela envolvidos, as modificações estruturais acarretadas ao modelo familiar tradicionalmente aceito e seus reflexos e contribuições para a sociedade e o mundo jurídico.

Assim sendo, revela-se a necessidade de uma adequada aplicação/interpretação das normas legais referentes à temática em face da existência da garantia constitucional que assiste aos homoafetivos, reclamando sob este prisma, a respectiva tutela jurisdicional em respeito aos princípios basilares que regem o Direito e servem como diretrizes para a aplicação da lei de forma integrativa, isto é, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade, bem como a não discriminação.

Seguindo esta mesma esteira de pensamento, acentuaremos a relevância da pacificação do tema abordado no sentido do permissivo legal, haja vista a repercussão social de que tem sido alvo, dada a recente decisão de nossa Corte Maior. Assim, os casais homoafetivos, compreendidos agora como membros de um novo modelo de entidade familiar, passam a integrar, sem óbices, desde que atendidos os demais requisitos legais, o rol dos sujeitos de direito capazes de proceder à adoção, o que assegurará a mais crianças e adolescentes de nosso país a possibilidade de desfrutar dos benefícios do crescimento e amadurecimento em um lar repleto de cuidados, carinho e afeto.

O reconhecimento do direito a adoção por casais homoafetivos repercute, ainda, na desobstrução e desoneração das instituições estatais incumbidas do dever de guarda de menores, os quais, não raro, nelas permanecem até a idade adulta. Também contribui para a diminuição progressiva do quadro de violência social vivenciado nacionalmente nos dias atuais, pois auxiliará na mitigação do preconceito e da discriminação e para a formação de adultos emocionalmente estáveis e saudáveis, agraciados com a oportunidade de crescimento, longe da fria realidade que cerca aquelas instituições, as quais, embora exerçam o seu papel na sociedade em observância aos ditames da legislação e da ética, não podem substituir o ambiente afetivo de um lar amoroso.

A inadequada aplicação da norma legal garantidora do interesse aqui discutido não pode afastar o dever que tem o Estado de efetuar a tutela do mesmo protegendo, assim, aqueles que têm o direito à formação de um lar e de uma família, independentemente da natureza de sua atração sexual, bem como à criança a ser

integrada à família homoafetiva, pois conforme se quer demonstrar, o fator decisivo para a criação, bem como para estruturação saudável do caráter de um indivíduo, é o afeto.

Face ao exposto, pode-se dizer que se almeja contribuir para uma melhor compreensão da aplicação das normas legais, facilitando, assim, o entendimento de que sua aceitação representa um avanço para o Direito, despindo a sociedade brasileira e, principalmente, a comunidade jurídica, de valores contaminados pelo preconceito e pela discriminação.

Trata-se do reconhecimento de que a sociedade está em constante mudança e de que a norma jurídica não constitui uma realidade estática. Ficar alheio ao processo de desenvolvimento social equivale a negar o incontestável, não alcançando o Direito o seu fim maior: a justiça.

2. DA ADOÇÃO.

2. 1. ASPECTOS GERAIS.

Para efeitos jurídicos, o termo adoção equivale à constituição de um parentesco eletivo decorrente da vontade e construído com base em laços de afetividade, pelo qual o adotado adquire o estado de filiação, sendo necessária, para tanto, a chancela do Judiciário. É a criação jurídica que dá gênese ao parentesco civil, passando alguém a aceitar como filho outrem que originariamente não ostenta tal qualidade.

No Brasil, o diploma legal que comporta as normas atinentes a este procedimento é a Lei Federal n.º 8.069 de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ressalte-se que o Código Civil de 2002 recepcionou os dispositivos referentes à adoção. Entretanto, a Lei n.º 12.010 de 2009 (Lei de Adoção) revogou os dispositivos constantes da legislação civilista no tocante à adoção, haja vista a existência de diploma legal específico - ECA - que atende, de forma criteriosa, ao melhor interesse daquele que necessita da proteção integral: a criança. Assim estabelece o Código Civil brasileiro:

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

A adoção é vislumbrada como ato jurídico recíproco, posto que deve configurar benefício tanto para a pessoa que adota, quanto para a que está sendo adotada, bem como cria direitos e deveres que ambos devem observar no curso da vida. Trata-se de vínculo irretratável e perpétuo depois de consumado, criando laços de filiação e gerando todos os direitos e obrigações destes decorrentes, entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente.

A Lei n.º 8.069 de 1990 (ECA), que disciplina o instituto da adoção, dispõe em seu art. 43 que a adoção será deferida sempre que apresentar reais vantagens para o adotado, desde que fundada em motivos legítimos, em conformidade com o que

prevê o artigo 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989)¹.

Em conformidade com o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) são requisitos para a adoção: ser maior de 18 anos, independente do estado civil; ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotando e, em se tratando de adoção conjunta, que os interessados sejam indispensavelmente casados ou vivam em união estável. Nestes termos:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

(...)

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

(...)

O legislador impõe lapso temporal entre as idades de adotante e adotado no intuito de implicar em uma espécie de imitação da vida, posto que, retrataria a diferença em anos para a procriação, o que quer significar o alcance da maturidade biológica e social da pessoa que pretende receber outro na qualidade de filho. Tal regra, contudo, vem admitindo flexibilização em nossas cortes de justiça, quiçá quando o pedido de adoção é antecedido de período de convívio com duração capaz de permitir a constituição da filiação afetiva.

Em se tratando da hipótese de serem dois os pretendentes à adoção, a legislação brasileira silencia no tocante à exigência do lapso temporal entre as idades de adotante e adotado; entretanto, admite-se a orientação de que bastará o respeito à diferença de idades em relação a um dos adotantes, não se recusando a concessão da adoção nas circunstâncias em que apenas um dos requerentes não preserve o requisito indicado.

Neste diapasão, o artigo 42 do ECA também estabelece que quando duas pessoas desejarem adotar conjuntamente estas deverão ser casadas ou viver em

¹ Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. Os Estados-partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. *In: www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php*

união estável, o que excluiria a concessão da medida a casais homoafetivos². Adiante abordaremos mais detidamente esta aparente exclusão legal, contudo, adiantamos que desde que tais uniões observem os requisitos legais de convivência pública, contínua e duradoura, bem como se comprometam com os deveres recíprocos de lealdade, respeito e assistência mútuos, nos termos dos artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil, não se poderá, com justiça, alegar a impossibilidade jurídica do pedido. Vejamos:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Embora o artigo 1.723 do Código Civil seja explícito em conceder o reconhecimento da união estável apenas para casais heterossexuais, constituídos por homem e mulher, em observância aos princípios fundamentais da igualdade (art. 5º, *caput*, CF/88) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), bem como em fidelidade ao preceito geral de não discriminação que rege a Constituição Federal de 1988 (art. 3º, IV), dever-se-ia estender a interpretação normativa de forma a reconhecer a natureza jurídica de união estável às uniões homoafetivas (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB - Redação dada pela Lei n.º 12.376 de 2010. Trata-se da antiga Lei de Introdução ao Código Civil – LICC), como não tardou em fazê-lo o Supremo Tribunal Federal em decisão histórica na ADI n.º4277-DF, proposta pela excelentíssima senhora Débora Duprat, à época, Vice-Procuradora Geral da República, no exercício do cargo de Procuradora Geral, do que trataremos em momento adequado.

Assim, sequer é necessário ingressarmos de pronto na polêmica questão acerca da então possibilidade de equiparação das uniões homoafetivas ao regime

² Os termos *homoafetivo* e *homoafetividade* serão adotados no desenvolvimento desta dissertação em substituição aos termos *homossexuais* e *homossexualidade*. A razão da opção por esta nova terminologia será melhor explicitada na página n.º 39 do presente trabalho. É uma inovação jurídica albergada na página n.º 48 da obra “**União homoafetiva: o preconceito e a justiça**”. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, de autoria da ilustre professora Maria Berenice Dias, especialista em Direito Homoafetivo, desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, atualmente no exercício da advocacia e uma das mais notáveis militantes em favor do respeito a diversidade sexual e contra a homofobia.

jurídico das uniões estáveis, ou mesmo da possibilidade de casamento entre pares iguais em face de nosso ordenamento jurídico. Basta, ao menos por agora, nos atermos ao requisito final do parágrafo segundo do transcrito artigo 42 do ECA: estabilidade da família.

Perceba-se que acima da exigência de uma configuração familiar formal, seja ela união estável ou casamento, o legislador preocupa-se com o bem-estar e a harmonia do núcleo familiar.

A exigência de um ambiente familiar estável se coaduna com a moderna percepção de que inexiste um modelo padrão de formatação das relações de afetividade, sendo essencial apenas que, qualquer que seja a conformação da entidade familiar, esta se mostre em consonância com os pressupostos de lealdade, respeito e assistência mútua, indispensáveis à compreensão de família.

Como se demonstrará oportunamente, a própria Constituição Federal de 1988 se eximiu de prover conceituação definitiva sobre o que vem a ser *família* ou *entidade familiar*, tratando-se, pois, de cláusula geral de inclusão que não despreza ou olvida da existência de contextos familiares diversos dos constantes de seu artigo 226 e nem poderia ser diferente.

A estruturação familiar passou por severas modificações ao longo dos anos e os fatores sociais, políticos e econômicos que agiram de modo a influenciar a pluralidade dos moldes familiares hodiernos tiveram função determinante na composição emaranhada que a nós se apresenta.

É sob este prisma, o da pluralidade familiar, que se alberga a possibilidade de enquadramento de uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares dignas da tutela estatal, ou seja, a mesma deferência, proteção e respeito que concede o texto constitucional às famílias heterossexuais deve conceder também às entidades familiares outras, sejam elas homoafetivas ou não.

A chamada constitucionalização do Direito Civil requer de juristas e magistrados uma interpretação da norma conforme os objetivos, finalidades e pressupostos da Carta Política de 1988, desta feita, é mister atentarmos para o fato de que o legislador infraconstitucional não pode nem deve discriminar ou restringir direitos quando a Lei Maior não o faz, ou pior, quando manifestamente o proíbe.

Neste diapasão, reconhecida a grande incidência de menores abandonados por famílias biológicas em nosso país por motivos diversos que vão desde a precariedade de recursos financeiros à desestruturação familiar em decorrência da

violência doméstica, dependência química e instabilidade psicológica de seus pais ou responsáveis, dentre outros fatores, bem como esgotados os meios capazes de promover a preservação dos vínculos familiares, é eminente promover a imediata colocação familiar do menor com vistas a garantir sua segurança, sua saúde e seu bem-estar.

No dizer de Tânia da Silva Pereira:

O grau de desenvolvimento de uma nação está certamente relacionado com a capacidade de seus nacionais, autoridades ou comunidades, ou, ainda, indivíduos, de privilegiar a infância, garantindo, de forma prática, o acesso a uma família que lhe permita a subsistência e o exercício dos demais direitos e garantias individuais. (PEREIRA, 2002, p. 135)

As entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional são apenas provisoriamente responsáveis pela guarda dos menores (art. 92, II, ECA), em decorrência do princípio da integração ou reintegração familiar destes, bem como dos asseverados prejuízos advindos da ausência de segura referência familiar, indispensável à manutenção da estabilidade fisiopsicológica do adotado.

A permanência de crianças em instituições como abrigos e orfanatos por prolongados períodos de tempo repercute na possibilidade de desenvolvimento de quadros psicotizantes.

Entenda-se por quadros psicotizantes³ aqueles decorrentes de circunstâncias nas quais crianças de idades muito precoces são expostas a uma privação de contato com os seus entes mais próximos, seja em situação de abandono familiar ou de uma temporada passada em hospital - hospitalismo.

Crianças em situações tão extremas sofrerão com problemas físicos e psicológicos que podem afetar o seu desenvolvimento normal. Tais problemas podem projetar: atraso no desenvolvimento corporal; insônia; perda de peso; alteração do seu estado geral; incapacidade de adaptação ao meio; fragilidade frente a doenças infecciosas e mutismo semelhante ao autismo.

O uso do termo “autismo” aqui quer representar alguns dos sintomas mais marcantes desta patologia, pois o autismo propriamente dito é uma disfunção global do desenvolvimento, uma alteração que afeta a capacidade de comunicação do

³ **Hospitalismo.** In: Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2010.

indivíduo, sua socialização, o estabelecimento de relacionamentos, bem como seu comportamento geral de respostas apropriadas a determinados ambientes.

Assim, deseja-se esclarecer que o comportamento de crianças vitimadas pelo hospitalismo traz transtornos muito graves podendo, inclusive, levar à psicose. Além disso, estas crianças ficam sujeitas a aflições e a doenças decorrentes de deficiência em nível imunitário, vão ficando cada vez mais fracas e apáticas, por vezes, sem expressão no rosto. Nos casos de total carência afetiva, ligada à falta de qualquer vínculo familiar, os distúrbios podem levar a depressão extrema e até à morte.

É ante a possibilidade de danos profundos ao menor, em razão da ausência de segura fonte familiar, que a adoção configura-se como o meio eficaz de assegurar à criança condições para seu crescimento físico e mental saudável.

Neste sentido, explica Mercia Maria Fernandes de Lima Lira (2005), que o estresse infantil pelo afastamento familiar em qualquer situação pode gerar consequências em nível fisiológico, sejam elas mais ou menos agravadas em cada situação. Sendo assim, crianças submetidas ao estresse decorrente do hospitalismo podem apresentar mãos e pés frios, boca seca, tensão muscular, diarreia, hipertensão arterial, hiperventilação (ocasionada pelas chamadas crises de pânico, em que o indivíduo atinge um grau de ansiedade extremo tornando difícil sua respiração, o descontrole emocional reflete-se no movimento respiratório, aparentando os sintomas de um ataque cardíaco), vômitos, sudorese, anorexia, tonturas, taquicardia, dor de estômago, dores na coluna, sangramentos digestivos, alterações endócrino –metabólicas, dentre outros.

Dentre os efeitos psicológicos apresentados nestas situações a autora destaca a irritabilidade excessiva, o distúrbio do sono, a tristeza, a apatia, a depressão, a ansiedade, a sensibilidade emotiva excessiva, a falta de concentração e o choro frequente.

Segundo o estudo de Mercia Lira (2005), o estresse em crianças em situação de abandono foi centro de atenção de VILELA (1995), que desenvolveu pesquisas sobre sintomas e fontes de estresse em uma amostra de escolares da 1ª primeira à 4ª quarta série, revelando que o estresse frente a situações de avaliações, insegurança de ser deixado em lugar desconhecido e medo de punição desencadeia diminuição da autoestima. A autora chama a atenção para a necessidade da prevenção ao estresse infantil como forma de evitar problemas futuros, partindo do

princípio de que o estresse tem a ver com o estilo de vida e que o estilo de vida é algo que se aprende.

Constatou-se, ainda, que as crianças reagem de forma diferente face à exposição a situações de estresse e separação, enquanto algumas delas respondem com enfrentamento, outras se entregam, apresentando características de fragilidade. Para se chegar a essa conclusão, foram levantadas, através de estudo longitudinal, fontes estressoras como: história de abandono, complicações de gravidez, parto, influência do meio ambiente em geral e características de personalidade.

Desse estudo se conclui serem vários os fatores que desencadeiam estresse nas crianças, inclusive os de natureza social, demográfica e ambiental. A autora atribui como fontes externas de estresse as mudanças bruscas, atividades em excesso, sobrecarga de responsabilidade, brigas constantes dos pais, separação dos pais, morte na família, rejeição dos colegas, disciplina confusa, exigências confusas dos seus pais, nascimento de irmãos e hospitalização. E como fontes internas a timidez, a ansiedade, o desejo de agradar a todos, o medo, mudanças físicas ocorridas na puberdade, medo da punição divina e dúvidas quanto à inteligência.

As pesquisas sobre as conseqüências que a hospitalização e a separação da mãe podem trazer para a criança destacam como é marcante a resposta de angústia das crianças, quando afastadas dos cuidados maternos, do seu ambiente familiar e cuidadas por pessoas estranhas.

A internação em abrigos e instituições cuidadoras envolve a mudança do ambiente físico e psicológico provocando desconforto para as crianças, principalmente nas menores de cinco anos quando a presença da mãe é essencial.

Em estudo realizado com crianças hospitalizadas ou internalizadas sem a mãe (FARIAS, L. F. R., 1988. p. 107-112) foi verificado que elas apresentavam alterações de comportamento referente ao ritmo de desenvolvimento das habilidades psicomotoras e das interações sociais e afetivas. Assim, diante da doença ou do afastamento de fonte familiar, a criança lança mão de mecanismos de defesa, dentre os quais está a regressão a estágios de desenvolvimento anteriores.

Verifica-se que o afastamento do seio parental, principalmente nos dois primeiros anos de vida, é vivido com muita angústia pela criança e pode tornar-se um estressor importante, dependendo da relação familiar. As reações da criança

frente a tal exposição estão relacionadas a múltiplos fatores individuais, como idade, capacidade cognitiva, traços da personalidade, angústia frente ao afastamento, experiências prévias e qualidade de suas relações. Em todas as faixas etárias a separação da criança de um centro familiar de apoio tem consequências.

Nos recém-nascidos e lactentes de até cinco meses, a separação prolongada da mãe leva a criança a apresentar ansiedade de separação. A angústia do bebê pode ser identificada pelo seu corpo, ou seja, como ainda não pode verbalizar suas angústias deve-se estar atento aos sinais emitidos pela criança, desde suas alterações de sono à sua atividade postural. A criança de até três anos é a mais prejudicada com a separação, por ser dependente da mãe física e emocionalmente.

As observações mencionadas enfatizam a importância da presença de um suporte familiar como forma de prevenção do hospitalismo. É necessário valorizar a presença dos pais ou de uma referência familiar estável como fonte de segurança.

É neste diapasão que a adoção se mostra viável para o estabelecimento de relações de parentesco que não mais se restringem aos laços de consanguinidade, já que há circunstâncias nas quais é inevitável o afastamento forçoso do lar, para fins de assegurar o bem-estar do menor.

Trata-se de ato jurídico fundado na autonomia privada, na vontade de estabelecer um vínculo substitutivo de filiação, o qual, uma vez ultimado, produz todos os efeitos jurídicos que se espera da filiação biológica. Além disso, é obstada qualquer discriminação nos termos da equiparação entre filhos que repousa no §6º do artigo 227 da Constituição Federal. Assim:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

(...)

A relevância do estabelecimento de tal vínculo de filiação pode ser compreendida como:

Um instituto de proteção à personalidade, em que essa proteção se leva a efeito através do estabelecimento, entre duas pessoas – o adotante e o protegido adotado – de um vínculo civil de paternidade (ou maternidade) e de filiação. (FRANÇA, 1992, p. 52)

De acordo com Gustavo Ferraz de Campos Mônaco, no Brasil os primeiros reflexos da adoção decorrem das Ordenações do Reino de Portugal, tendo sido incluída em nosso ordenamento jurídico mediante a vigência do Código Civil de 1916. (2002, p. 30)

Entretanto, deve-se ter em mente que a substituição dos laços de filiação consanguínea tem suas bases ainda na Antiguidade. Nas primeiras lições acerca da formação do contexto familiar Sílvio Venosa já aponta para a desconsideração da vinculação biológica entre pais e filhos proporcionada pela necessidade de perpetuação do culto aos deuses-lares. (VENOSA, 2011. p.108)

Os vínculos sanguíneos cediam espaços ao então núcleo concentrador da família: a religião doméstica. A mulher, despida de qualquer direito frente ao filho varão, via-se impelida a aderir às crenças de seu esposo, desvinculando-se de sua família biológica e mostrando-se incapaz de dar continuidade ao culto religioso, elemento caracterizador da entidade familiar. (VENOSA, 2011. p. 112)

2. 2. ADOÇÃO SIMPLES OU RESTRITA E PLENA.

Para melhor compreendermos este instituto jurídico, antes da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) podiam-se distinguir duas modalidades de adoção, quais sejam, a adoção simples ou restrita e a plena.

A doutrina Civil, considerava adoção simples ou restrita, aquela cujos efeitos do vínculo parental limitavam-se à pessoa do adotante. Deste modo, o adotado, mesmo podendo receber o nome de família daquele, não adquiria relações de parentesco com os demais membros do grupamento biológico de seu pai adotivo. Essa modalidade de adoção era regida pelo Código Civil de 1916 e pela lei n.º 3.133/57, que alterou o antigo código e era clara em estabelecer que este vínculo adotivo não era definitivo ou irrevogável, além de salvaguardar os direitos sucessórios dos filhos, antes chamados legítimos, do adotante.

Salientamos que nos referimos de modo mais veemente à expressão “pai adotivo”, devido à realidade vivenciada pelas mulheres durante a vigência do Código Civil de 1916 e antes da Lei n.º 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), que veio lhe assegurar alguns outros direitos. Os atos da vida civil não eram exercidos livremente pelas mulheres, dependendo, para tanto, da concordância de seu marido, inclusive quanto à tutela e curatela de pessoas (artigo 242, Código Civil de 1916). A isonomia entre homens e mulheres apenas se operou a partir da Constituição Federal de 1988 e a totalidade desta equiparação se fez vislumbrar de modo mais abrangente pelo Código Civil de 2002.

Em contrapartida, a adoção plena era aquela que permitia ao adotado usufruir dos efeitos de tal ato jurídico junto aos demais membros do grupamento familiar de seu pai adotivo, garantindo-lhe, inclusive, paridade sucessória, desvinculando-o totalmente de sua família biológica.

Adoção plena era a espécie de adoção pela qual o menor adotado passava a ser, irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho dos adotantes, desligando-se de qualquer vínculo com os pais de sangue e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Essa modalidade tinha por fim: atender o desejo que um casal tinha de trazer ao seio da família um menor, que se encontrasse em determinadas situações estabelecidas em lei, como filho e proteger a infância desvalida, possibilitando que o menor abandonado ou órfão tivesse uma família organizada e estável. Esta modalidade de adoção vinha regida pela Lei n.º 6.697/79 (Código de Menores, revogado pela lei 8.069/90 – ECA).

A Constituição de 1988 põe termo às diversas modalidades do instituto da adoção em nosso país, bem como encerra um longo período de discriminação jurídica oposta à qualidade de filho, pois no §6.º de seu art. 227 estabelece:

Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Sob este enfoque, como assevera Eduardo Oliveira Leite (2003): “Todo ser que nasce é simplesmente filho”. Como dito alhures, a dinâmica jurídica referente à adoção disposta no Código Civil de 2002 recepcionava os parâmetros normativos introduzidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mantendo a adoção de menores e maiores de 18 anos e isto ocorre em uma modalidade que podemos

denominar *irrestrita*, que obedece essencialmente aos contornos da anteriormente chamada adoção plena. (LUZ, Valdemar da, 2002, p. 103)

A adoção perfaz ato de qualidade irrevogável, nos termos do artigo 39, § 1º do ECA. Ainda que na ocorrência da morte dos adotantes, não há que se cogitar da restituição do parentesco original. Desta feita:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

E ainda:

“Art. 49. A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais”.

Apesar dos consideráveis protestos na doutrina, considerando-se o total rompimento dos vínculos naturais do adotado para com sua família biológica em decorrência da efetivação da adoção (os quais apenas persistem para fins de oposição de impedimentos matrimoniais nos termos do art. 1.521, CC), na ocorrência de morte dos pais adotivos o indivíduo - agora órfão - ainda que venha a ter conhecimento de sua família natural não poderá vir a ser adotado pelos pais biológicos, haja vista a existência de explícita vedação legal.

Art.41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Art.42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

2. 3. A ADOÇÃO: O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A LEI N.º 12.010 DE 2009 (LEI DE ADOÇÃO).

Desde sua vigência em 11 de janeiro de 2003, o Código Civil de 2002 recepcionou os dispositivos legais referentes à adoção constantes da Lei n.º 8.069 de 1990 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Não apenas isso, promoveu também significantes alterações no tocante à dinâmica desse ato

jurídico, passando a reger em caráter complementar, juntamente com o ECA, as demandas legais pertinentes ao tema.

Dentre as modificações trazidas pelo diploma civilista que diretamente afetaram à regulamentação do instituto jurídico da adoção podemos citar a redução da maioridade para os 18 anos de idade e a garantia de irradiação dos efeitos da adoção no que tange aos direitos sucessórios.

Entretanto, a Lei n.º 12.010 de 2009, conhecida como Lei de Adoção, revogou a maioria dos dispositivos referentes à adoção constantes do Código Civil de 2002, fazendo-os constar, juntamente com outras alterações importantes, no diploma legal específico sobre a matéria: o ECA.

Esclarecemos, entretanto, que a Lei de Adoção dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei 8069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, teve por função essencial alterar os dispositivos do ECA, fazendo constar de sua leitura todo o regramento pertinente ao instituto jurídico da adoção, revogando-os do Código Civil.

.Por conseguinte, partir da vigência da Lei de Adoção, as diretrizes e regras sobre este instituto jurídico passaram a ser plenamente vislumbradas no Estatuto da Criança e do Adolescente e lá encontramos as respostas legais às principais questões sobre a temática: quem pode adotar? Quando pode adotar? Como proceder à adoção?

As modificações implementadas pela Lei n.º 12.010/09 revelaram a preocupação do legislador em tornar o processo de adoção menos tortuoso e burocrático, tanto para adotantes quanto para adotandos, mas, acima de tudo, verifica-se maior atenção em cumprir com o fim a que se presta tal instituto: a garantia do bem-estar da pessoa adotada, ou nos termos da lei, *aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes*.

É em atendimento a esse compromisso que a Lei de Adoção destaca inúmeras iniciativas capazes de assegurar qualidade de tratamento ao menor, de modo a preservá-lo ou mitigar possíveis traumas decorrentes do processo de colocação em famílias substitutas.

Nesse sentido, a lei concede maior atenção aos parâmetros exigidos para a concessão da adoção chamada internacional, além de inovar determinando apoio

psicológico e jurídico não apenas ao menor que será adotado, mas às famílias interessadas em adotar antes mesmo de sua inserção nos cadastros estaduais ou nacionais de adoção.

A idade legal para os postulantes à adoção é de 18 anos, permanecendo, contudo, a diferença de 16 anos entre adotante e adotado.

As regras quanto à adoção conjunta, ou seja, por duas pessoas em face do mesmo adotando, permanecem impondo como condição para o deferimento do pedido, que os interessados sejam casados ou mantenham união estável (art. 42, § 2º ECA).

Na hipótese de iniciado o estágio de convivência na constância da sociedade conjugal, caso esta venha a ser desfeita pelo divórcio ou mesmo pela separação judicial dos cônjuges, estes poderão acordar quanto à guarda e o regime de visitas do adotado.

Conforme o ECA:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

(...)

§ 4º. Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

O tutor ou o curador também podem adotar o pupilo ou o curatelado, desde que tenham prestado contas de sua administração e saldado eventual débito pendente, nos termos da lei (arts. 1.755 a 1.762, CC e arts. 1.767 a 1.783, CC).

Isto porque, estando responsáveis pelo menor e pela administração de seus bens em caso de ausência, incapacidade, destituição do poder familiar ou morte dos pais, poderão valer-se da adoção com a finalidade de obter vantagens patrimoniais ilícitas às custas da vulnerabilidade física e psicológica do infante.

Assim, objetivando proteger o incapaz dos possíveis ardis daquele que por ele se responsabilizou, requer a lei que, antes de se proceder à adoção, estejam as contas referentes às despesas e bens do tutelado ou curatelado atualizadas e sem pendências para evitar a ocorrência de confusão patrimonial entre o que pertence a pessoa do adotando e o que pertence a pessoa do adotante.

Quanto à idade do adotado, inexistente restrição, logo, observado o requisito da diferença de idade entre este e o adotante, qualquer pessoa poderá ser adotada.

Em relação ao consentimento dos pais ou representantes de quem se deseja adotar, este continua a ser necessário, bem como a concordância do adotado, caso conte mais de 12 anos (art. 28, §1º e 2º, ECA).

Contudo, tal consentimento poderá ser dispensado, quanto à criança ou ao adolescente, se os pais deste são desconhecidos ou foram destituídos do poder familiar.

Caberá, todavia, a revogabilidade do consentimento dos pais ou responsáveis, desde que, até a publicação da sentença constitutiva de adoção.

2. 4. O PROCESSO DE ADOÇÃO.

Conforme preceitua o Código Civil, no que tange ao procedimento, exige-se que a adoção se processe judicialmente, ainda que o adotado seja maior e capaz, não se admitindo a possibilidade da realização do feito mediante escritura pública (art. 39, §2º, ECA).

O ato da adoção, sempre que envolver crianças e adolescentes, se procederá com a devida intervenção do Ministério Público, haja vista, tratar-se de feito jurídico que tem por fim alcançar o melhor interesse do menor, garantindo sua integral proteção mediante total observância aos princípios que regem o Direito brasileiro, devendo ser processada consoante previsão do art. 39, §2º do ECA e artigo 82, I e II do Código de Processo Civil.

Em apreço à legislação vigente o processo de adoção, tanto de maiores quanto de menores, deverá ser distribuído às Varas de Família, independentemente da ocorrência de situação de litígio. No entanto, ações envolvendo crianças e adolescentes em situação de risco (art. 98, ECA) terão a competência deslocada para as Varas da Infância e Juventude (art. 148, III, ECA).

Quanto à competência, esta atenderá ao princípio do juízo imediato, ou seja, do juízo onde se encontra o adotado tornando a prestação jurisdicional mais célere e eficaz. Será, ainda, determinada a realização de estudo social e, se possível, perícia por equipe interdisciplinar, devendo a concessão da medida ser antecedida, preferencialmente, de estágio de convivência entre adotante e adotado. (FERREIRA, 2009)

Quanto à exigência de estágio de convivência para a concessão da adoção, sua exigibilidade nas demandas envolvendo interesses de crianças e adolescentes é pacífica, fundando-se no artigo 46 do ECA (O prazo de convívio será fixado pela autoridade judiciária). A dispensa desse período de convivência poderá ocorrer se o adotado já estiver na companhia do adotante por tempo suficiente para propiciar a avaliação da conveniência da constituição do vínculo adotivo (art. 46, §1º, ECA).

Em conformidade com o que estatui o ECA o adotado deverá ser ouvido sempre que possível, considerando-se sua opinião na apreciação do requerimento da adoção (art. 28, §1º e §2º, ECA). Quando este contar mais de 12 anos de idade seu consentimento será necessário e colhido em audiência.

Neste escopo, o artigo 12, n.º I e II da Convenção sobre os Direitos da Criança adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro mediante o Decreto n.º 28 de 14 de setembro de 1990, no intuito de garantir o melhor interesse do menor, determina que sejam levadas em consideração as opiniões das crianças envolvidas no processo de adoção de acordo com sua idade e maturidade:

Artigo 12.

I. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

II. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Tendo sido ratificada pelo Brasil, a Convenção em comento adquiriu força normativa como se pode observar pela leitura do artigo 5º, §3º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

(...)

Resultando no que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada

§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.

2. 5. DOS EFEITOS DA ADOÇÃO.

Conforme se depreende a partir de uma análise a respeito do instituto jurídico da adoção, verifica-se que o legislador procurou seguir o preceito constitucional de 1988 e incorporar o adotado à família do adotante como seu filho natural.

Esta ampliação de direitos pôs fim a algumas injustiças figuradas no Código Civil de 1916, o qual não outorgava reciprocidade sucessória entre adotante e adotado, restringindo, ainda, os efeitos jurídicos quanto ao parentesco. Assim dispõe o ECA:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Após o trânsito em julgado da sentença constitutiva da adoção, esta inicia o surtimento de seus efeitos, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. Conforme a lei:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

(...)

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

E ainda:

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

(...)

§ 7º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

A sentença constitutiva, outrossim, confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, a pedido de qualquer das partes. Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

(...)

§ 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.

§ 6º Caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

Sob este prisma, a adoção atribuirá ao adotado a situação de filho como se naturalmente o fosse, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento (art. 1.521, CC), que se preservam até mesmo por razões genéticas e biológicas.

O parentesco não é apenas entre adotante e adotado, mas também entre este e os descendentes daquele, bem como entre o adotado e todos os parentes do adotante. Ainda neste sentido, se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes.

Quanto aos efeitos decorrentes da adoção já preceitua Waldemar da Luz (2002, pp. 215, 216):

Após concretizada, a adoção produz os seguintes efeitos:

- a) Atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (Antigo art. 1.626, CC; Atual art. 41, ECA);
- b) Confere ao menor o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação do seu prenome (Antigo art. 1.627, CC; Atual art. 47, 5º, ECA);
- c) Estabelece relação de parentesco também em relação aos descendentes do adotando (Antigo art. 1.628, CC; Atual art. 41, ECA);
- d) Direitos sucessórios do adotado equivalentes aos direitos de outros filhos do adotante (art. 227, §6.º, da CF e art. 1.596, CC; Art. 41, §2º, ECA).

2. 6. SENTENÇA E REGISTRO.

A sentença que concede a adoção possui natureza constitutiva, uma vez que cria um novo estado de coisas, de direitos e obrigações, tanto para o adotante

quanto para o adotado, que rompe todos os vínculos jurídicos com sua família consanguínea, estabelecendo um novo parentesco com a família substituta.

Após o trânsito em julgado, a adoção será inscrita no Cartório de Registro Civil do município de sua residência, mediante mandado judicial. Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões de tal registro, visto que o intuito é de que todos o esqueçam. (art. 47. §3º e §4º, ECA)

Ademais, o registro original será cancelado. Ressalta-se, porém, que, conforme dispõe o art. 47, §8º do ECA, os dados permanecerão arquivados e disponíveis para eventual requisição por autoridade judiciária ou consulta a qualquer tempo. Na nova certidão, os nomes dos pais do adotante figurarão como avós do adotado, havendo uma inclusão total deste na família daquele.

2. 7. INDISSOLUÇÃO DO VÍNCULO DA ADOÇÃO.

Sob o prisma da atual compreensão legal, a adoção deve ser entendida como ato jurídico irrevogável, não podendo ser dissolvido unilateral ou mesmo bilateralmente, contrariamente ao que dispunha o Código Civil de 1916. Tal é a relevância dispensada ao tema pelo ECA:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

2. 8. ARREPENDIMENTO DO GENITOR.

Uma vez concedida a adoção, não há que se falar na possibilidade de rescindi-la, ressalvadas aquelas situações de fato em que houve registro de flagrante irregularidade na concessão da medida, como é o caso da ausência do consentimento dos pais ou responsável, ou mesmo da inexistência de destituição do poder familiar destes.

Nestes casos específicos em que a inobservância dos requisitos indispensáveis ao ato jurídico da adoção se torna evidente, viciando-o em si mesmo, caberá Ação Rescisória nos termos do art. 485 do Código de Processo Civil.

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
 (...)

V - violar literal disposição de lei;

(...).

Todavia, após a adoção, o mero arrependimento de um dos pais quanto ao consentimento não pode pôr, nem porá fim ao ato já perfeito, a não ser que a sentença ainda não tenha sido proferida.

2. 9. MODALIDADES DE ADOÇÃO.

2. 9. 1. Adoção internacional.

Caberá a lei especial, diga-se, ao Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentar esta forma de adoção mediante o reconhecimento do direito que têm os estrangeiros residentes ou não no país de adotar nossas crianças.

O ECA (art.31), atribui a esta forma de adoção o caráter de excepcionalidade, não realizando, ainda, qualquer distinção entre o estrangeiro residente e não residente no país. A legislação prevê que os adotantes brasileiros tenham preferência sobre os adotantes estrangeiros, inclusive em se tratando de brasileiros residentes fora do país (art. 51, §2º, ECA).

Conforme preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente, são requisitos para concretização da adoção por estrangeiros:

- a) A impossibilidade de adoção mediante procuração (art. 39, § 2º);
- b) Comprovação da habilitação do adotante, conforme a legislação de seu país (art. 52, I a VIII);
- c) O cumprimento de um estágio de convivência com o adotando no Brasil, por período não inferior a 30 dias (art. 46, §3º);
- d) Efetivação da permissão de saída do Brasil após a efetivação da adoção (art. 52, §9º);
- e) Possibilidade de condicionamento da adoção a estudo prévio e análise de uma comissão judiciária de adoção (art. 52, VII).

2. 9. 2. Adoção unilateral.

Forma especial de adoção com caráter híbrido por permitir a substituição de somente um dos genitores e respectiva ascendência.

Neste sentido afirma o doutrinador Sívio de Salvo Venosa, ao falar sobre o assunto:

O cônjuge ou companheiro pode adotar o filho do consorte, ficando mantidos os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e respectivos parentes (art. 41, §1º). Essas situações ocorrem com frequência e, no passado, traziam divergências doutrinárias e jurisprudenciais. A lei busca situação de identidade dessa filiação adotiva com a filiação biológica, harmonizando o estado do adotado para o casal. Como notamos, a lei permite que, com a adoção, o padrasto ou madrasta assumam a condição de pai ou mãe. (VENOSA, 2003, p. 334)

A modalidade de adoção em comento poderá ocorrer em três hipóteses distintas, quando o filho foi reconhecido por apenas um dos pais, a este competindo a autorização da adoção pelo seu parceiro, assim:

Neste caso, o marido/esposa ou o companheiro/companheira poderá pleitear a adoção, bastando, para tanto, que haja concordância do pai ou da mãe (art. 45 da Lei 8.069/90) e que se comprove ser a medida do interesse do adotando (art. 43 da mesma Lei), através de avaliações psicossociais e outras provas úteis. (CURY, 2003. p. 159)

Quando o filho foi reconhecido por ambos os genitores, mas um deles decaiu do poder familiar por portar-se de forma não condizente com sua função para com o filho, é o caso da omissão paterna ou materna configurada pelo não oferecimento de assistência à prole, a conduta omissiva por parte do genitor destituído do poder familiar deverá ser comprovada, bem como deverá o genitor que permanece no poder familiar consentir com a adoção.

Há, ainda a hipótese do falecimento de um dos pais biológicos, quando poderá o órfão ser adotado pelo cônjuge ou parceiro do genitor sobrevivente, bastando, para tanto, o consentimento deste, haja vista o fato de que, com a morte, extingue-se o poder familiar (art. 1.695, inciso I, do Código Civil).

Quanto à última hipótese, a despeito do que já elencamos, há autores que sustentam que o genitor sobrevivente não tem o direito de dispor da identidade e do nome do filho, não tendo, conseqüentemente, legitimidade para autorizar a adoção do filho o que implicaria em extinguir o poder familiar do genitor falecido ensejando, portanto, a recusa da concessão da adoção.

As críticas mais frequentes a esta modalidade de adoção referem-se ao fato de que com a adoção serão desconstituídos os laços do adotado para com os pais

ou para com o pai ou mãe biológicos, bem como para com os demais familiares que integram este círculo familiar, assim, os efeitos da concessão da adoção por um dos pais cessaria não apenas seu poder familiar, mas todo o vínculo de parentesco do adotado com seus ascendentes e demais familiares, os quais, não raro, desejam participar da vida do adotado a despeito da negligência e omissão daquele que consente com a adoção.

Pondera-se, pois, quanto aos terceiros interessados na adoção unilateral sejam eles avós, tios ou irmãos do genitor destituído do poder familiar e que possuem a real intenção de manter-se como família do adotado. Todavia, não há previsão legal de que outras pessoas participem do processo de adoção, a não ser os exigidos por lei, como o Ministério Público.

Sob este prisma, deve-se avaliar os reais benefícios trazidos ao adotado por meio da concessão desta modalidade de adoção, pois, frequentemente, verifica-se uma intensa ligação da criança para com a família do genitor destituído do poder familiar, não obstante o pouco ou nenhum contato com seu ascendente imediato (pai ou mãe).

Neste sentido leciona Maria Josefina Becker :

De ponto de vista psicossocial, a adoção por cônjuge ou concubino do progenitor natural será indicada nos casos em que não haja vínculos de qualquer natureza com a filiação natural anterior ou com parentes, como avós, tios etc. A boa relação afetiva com um padrasto ou madrasta não parece ser motivo suficiente para transformá-los em pai ou mãe adotiva. (CURY (Org.), 2003, p. 160)

2. 9. 3. Adoção de maiores

Quanto a esta modalidade de adoção as opiniões divergem. Sob o prisma de que a adoção visa, acima de tudo, o exercício do poder familiar alega-se não haver necessidade ou mesmo justificativa para a concessão da medida aos maiores de 18 anos.

Argumenta-se, ainda, o fato de que o interesse em se promover a adoção de maiores estaria revestido de intenções escusas e duvidosas, de ordem geralmente patrimonial ou econômica.

Do mesmo modo são contraditórios os posicionamentos doutrinários quanto à necessidade de consentimento dos pais para esta modalidade de adoção, contudo, impende ser de máxima importância se não o consentimento, ao menos a citação dos pais registrais, haja vista, inculir a adoção na perda da relação paterno-filial, cessando todos os vínculos.

Ademais, para que a sentença produza coisa julgada quanto a terceiros, será indispensável a citação de todos os interessados como litisconsortes necessários (art. 472, CPC).

Neste sentido vejamos o posicionamento de nossas cortes de Justiça:

Recurso: Apelação Cível. Número: 70004935904. Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Data de Julgamento: 10.10.2002. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível, TJ/RS.

Ementa - Adoção de maior de 18 anos pelos avós. Legislação aplicável à espécie. Aos maiores 18 anos aplicam-se as regras contidas no Código Civil referentes a adoção, vez que o ECA dispõe unicamente sobre a adoção de crianças e adolescentes (art. 39, caput). Não é juridicamente impossível o pedido de suprimento judicial de outorga visando futura adoção da neta maior de 18 anos pelos avós. Apelação provida, por maioria.

2. 9. 4. Adoção póstuma

Embora saibamos que a sentença da adoção possui eficácia constitutiva passando a produzir efeito a partir de seu trânsito em julgado, verificado o falecimento do adotante no curso do processo de adoção o efeito da sentença retroagirá à data do falecimento do interessado. Trata-se de uma retroatividade excepcional com vistas a beneficiar o adotando assegurando seu interesse.

O deferimento da adoção após a morte do adotante condiciona-se à propositura da respectiva ação (art. 1.628, CC e art. 42, § 5º, ECA). Todavia, basta que se comprove a inequívoca manifestação de vontade do adotante, inexigindo-se, inclusive, que o procedimento judicial de adoção já se tenha iniciado. A justiça apenas convalidará o desejo do falecido.

Admite-se, também, a adoção por meio de testamento, desde que reste clara a intenção de adotar.

2. 9. 5. Adoção “à brasileira”

Frequentemente constatada, esta modalidade de adoção refere-se ao ato de efetuar-se o registro de filho de outrem em nome próprio, assumindo a qualidade de pai ou mãe registral sem a adequada apreciação do judiciário. Trata-se de conduta muito disseminada em nosso país com vistas a burlar os procedimentos burocráticos do processo regular de adoção.

Não obstante as intenções que cercam os adeptos desta modalidade de adoção, sua prática constitui crime previsto no artigo 242 do Código Penal. Muito embora seja detectado o crime contra o estado de filiação, não tem havido condenações por se considerar a motivação afetiva que envolve o feito.

Entretanto, é mister analisarmos os reflexos deste procedimento irregular de adoção na estabilidade e na saúde física e mental do adotado, pois, na maioria das vezes, a criança é mantida em total estado de ignorância quanto à inexistência de vínculo biológico com os pais “adotivos”, apenas sendo-lhe revelada sua origem quando conveniente aos interesses dos “adotantes”, o que, não raro, se verifica na hipótese de separação destes.

Conseqüência do desfazimento do vínculo afetivo entre os “adotantes”, bem como do fim do convívio junto ao filho é a tentativa de anulação da “adoção” pela desconstituição do registro mediante ação anulatória ou negatória de paternidade

Todavia, dado o caráter de voluntariedade do ato, bem como sua espontaneidade, este é considerado irreversível. Ora, se a intenção é formar um núcleo familiar, tal deveria ocorrer pelo meio legalmente instituído para tanto, a adoção, para a qual não se admite reversão. Mas se os interessados não se valem dos meios lícitos na criação do vínculo de filiação não há que se conceder tratamento diferenciado. Assim, o registro de filho alheio como próprio, em havendo conhecimento da verdadeira filiação, impede posterior anulação.

Impende ressaltar que, em relação ao impedimento da desconstituição do registro, este só é válido quanto ao pai, facultando-se ao filho promover a devida ação anulatória a medida que se sinta motivado a reivindicar seu estado de filiação.

Assim, a manutenção do registro do adotado deve decorrer da existência de filiação socioafetiva, sem a qual, torna-se impositivo admitir sua anulação, mas quando este é o desejo do filho e não exclusiva vontade do pai.

Por socioafetividade compreenda-se a desbiologização dos laços familiares pelo desempenho perene da função de pai ou de mãe, com a criação de laços afetivos recíprocos com a criança, bem como pelo desempenho das atividades de

educação e cuidado para com o menor, concedendo o suporte fático à filiação. Essa concepção ganha força após a Constituição de 1988 e impulsiona à regulamentação das relações familiares com especial atenção aos princípios da liberdade, da igualdade e da afetividade.

Ao filho é assegurado o direito de simplesmente desconstituir o registro, independentemente de concomitante ação investigatória de paternidade.

Quanto à alegação de falsidade do registro de filiação, é necessário esclarecer sua impossibilidade, haja vista, o fato de que o registro civil apenas reflete o que foi declarado pelo interessado, sendo descabido suscitar a hipótese de falsidade como fundamento para sua invalidação.

O adotado não pode ter seus interesses prejudicados pelos revezes de conveniência de quem teve a responsabilidade pela constituição do vínculo de filiação.

2.10. DO DIREITO DO ADOTADO DE CONHECER OS PAIS BIOLÓGICOS

Não obstante o desaparecimento dos vínculos do adotado com sua família biológica, é legítimo o interesse que, eventualmente, possa surgir de conhecê-la. Pode-se falar até em necessidade psicológica ante a persistência em alguns casos enfrentados por famílias adotivas.

Assim sendo, é mister ressaltar que, de acordo com precedente do Superior Tribunal de Justiça, admite-se o reconhecimento do vínculo biológico da paternidade, mediante ação de investigação de paternidade, fundando-se na justificativa de que tal fato não envolve desconsideração ao que preceitua o art. 48 do ECA, o qual, por sua vez, determina o caráter irrevogável da adoção.

Trata-se do reconhecimento de nossa Corte da inexistência de norma proibitiva neste sentido. Senão vejamos:

Recurso: Recurso Especial. Número: 127541/RS. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Data do Julgamento: 10.04.2000. Órgão Julgador: Terceira Turma, STJ.

EMENTA: Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 49 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada.

A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais, possibilidade de existir, ainda, respeitável

necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA.

Assim sendo, não restam dúvidas de que a família é imprescindível à boa formação da criança e determinante para o seu futuro como pessoa, ainda que esta família não seja a biológica. Mas o que se quer saber é: Se a adoção é o instituto jurídico pelo qual a família biológica é, na integralidade de seu papel, substituída por outra, teria esta nova família que recebeu um novo membro sem restrições com amor e afeto a obrigação legal de informá-lo sobre suas origens biológicas?

Como vimos a partir do precedente do STJ, não há impedimento legal para que a verdade biológica da pessoa adotada venha à tona, saber de suas origens, de sua identidade genética, não invalida o ato de adoção que tem caráter irrevogável e definitivo. A lei anula na esfera jurídica estes laços, contudo, não pode ter a pretensão de fazê-lo em nível celular.

Apesar disso, não há previsão legal no viés contrário, não há obrigatoriedade em informar a pessoa adotada acerca de sua situação, ressalvado o aspecto inerente ao matrimônio. Assim sendo, a menos que a família adotiva tenha conhecimento de que a pessoa adotada está em vias de casar-se com pessoa integrante de sua família consaguinea, inexistente o dever de apresentar-lhe a verdade genética, cabendo à família adotiva esta decisão.

Entretanto, entendo que a partir das modificações trazidas pela Lei 12.010/09, que inseriu no processo jurídico de adoção a necessidade de que os pretendentes a adoção passem por uma espécie de “curso preparatório” antes de ingressarem no Cadastro Nacional de Adoção, houve maior preocupação por parte do legislador em assegurar o bem-estar da pessoa adotada em nível psicológico, tornando todo o processo menos tortuoso e sofrido para os envolvidos inclusive preparando-os para a possibilidade de se revelar a verdade genética dos envolvidos.

Segundo grande parte dos psicoterapeutas, manter a criança a par da verdade sobre suas origens é uma necessidade real; eles recomendam que sejam os pais adotivos a informar à criança a respeito da adoção. Isto ajuda a que a mensagem da adoção seja positiva, permitindo a manutenção da confiança no seio familiar. Se a criança descobre sobre a adoção, intencional ou acidentalmente, por terceiros, pode associar a adoção a algo ruim ou vergonhoso, algo que se deve ocultar, já que se mantinha em segredo.

Para a psicoterapeuta Fernanda Travassos, “A criança pode suportar todas as verdades” (TRAVASSOS, 2008). Segundo esta profissional, uma atitude muito importante para se preservar a saúde mental de uma criança é a de dizer claramente se ela foi adotada ou não. Para Fernanda a ocultação no contexto familiar atua como um fator de predisposição para situações patológicas.

Segundo a psicoterapeuta a criança adotada se desenvolveu no útero de sua mãe biológica, na maioria das vezes em condições impróprias e sentindo-se rejeitada (sabe-se que o feto capta os estados emocionais da mãe e reage a eles). Os pais adotivos não podem negar esta “pré-história” do bebê, até porque ele a vivenciou. É claro que tais informações nunca chegarão a mente em forma de lembrança, mas isso não quer dizer que elas não estejam armazenadas em algum lugar deste indivíduo.

Quando se mente sempre paira o “fantasma da verdade”, sempre existem tropeços, enganos, um certo mal-estar familiar (por mais que os próprios pais muitas vezes não percebam isso). E é dentro desse contexto que se formam frequentemente distúrbios psicológicos na infância.

Ao adotar uma criança não é necessário tornar público esse ato, mas é muito importante que ele seja dito em âmbito privado, isto é, na família.

Quanto ao momento em que se deve revelar esta verdade as opiniões divergem. Para alguns profissionais o momento ideal seria até os cinco anos de idade, para que a criança pudesse se adaptar mais facilmente a esta realidade. Para outros, há o entendimento de que seria melhor aguardar o amadurecimento da criança, dizendo-lhe apenas quando chegasse a idade adulta para não gerar confusão mental que poderia resultar em sentimento de rejeição.

A meu ver, quando falamos de família, estamos a adentrar uma esfera muito frágil, onde apenas seus integrantes estão aptos para compreender suas nuances. Há diversas realidades convivendo em um mesmo núcleo familiar, mas só as compreende quem delas partilha, por esta razão é importante que os próprios pais possam sentir o momento ideal. Introduzir o assunto a partir de perguntas formuladas pela própria criança talvez seja o mais adequado, pois revela naturalidade. Para Fernanda Travassos, no momento em que a criança começar a formular perguntas do tipo: “Mamãe/papai, como eu nasci?” ela estará dando um sinal de que vai ter respaldo de seu mundo interno para “compreender” o que lhe for explicado.

De qualquer modo, independentemente da forma como esta revelação venha a ocorrer, se vier, a presença dos pais ou pelo menos de um deles, acompanhando e oferecendo todas as condições necessárias ao crescimento normal do infante, é o principal objetivo almejado pelas regulamentações do Estatuto da Criança e do Adolescente, no que tange ao regime de adoção e uma vez que sua efetivação tenha ocorrido a lei se vê satisfeita.

Assim, no Estatuto da Criança e do Adolescente, o interesse maior a ser resguardado é o do menor. A adoção presta-se a oferecer uma família ao menor desamparado, proporcionando-lhe uma vida digna, mostrando-se como mecanismo importante, pois, ao tempo que permite que pessoas venham a ter um filho, quando impossibilitadas por meios naturais, permite, principalmente, que o menor encontre o devido amparo.

A realidade social nos revela uma triste situação, qual seja, o descaso por parte das autoridades públicas em relação às crianças e adolescentes que se encontram desamparados, a mercê de todo tipo de exploração, violência, crueldade e opressão.

Ante a relevância deste cenário, que não podemos ignorar, a adoção presta-se a garantir condições dignas de vida, posto que a família natural e o Estado, constitucionalmente incumbidos de garantir o respeito e a dignidade criança e do adolescente, não o fizeram.

3. BREVE HISTÓRICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS.

3.1. ASPECTOS GERAIS

A homoafetividade integra o processo evolutivo da humanidade, inclusive:

Podendo ser encontrada nos povos primitivos, selvagens e nas civilizações mais antigas, como a romana, egípcia e assíria, (...) sendo a pederastia uma virtude castrense entre os dórios, citas e normandos. (GIORGIS, 2001, p. 119)

Na Grécia Clássica, as relações entre pessoas do mesmo sexo eram consideradas como algo de carácter superior. A civilização romana também cedeu lugar a esta forma de afetividade, contudo, sem admitir a “passividade” que configuraria o aspecto da vulnerabilidade feminina. Neste sentido:

Em Roma, mais que na Grécia, a situação diante do social poderia definir a aceitação ou o rechaço ao amor entre dois homens. Se um patrício ou um homem livre submetesse um escravo, situação muito disseminada, se considerava aceito, mas isso passa a ser execrável se se deixa submeter. (...) O homossexualismo mediante determinadas condições era visto como de procedência natural, ou seja, no mesmo nível das relações entre casais, entre amantes ou de senhor e escravo. Mas, se o patrício romano, ou o simples cidadão, concedesse ser passivo para o escravo, seria definitivamente degradante. (SOUZA, 2001, p. 109)

Os povos dóricos, tal como são retratados pela história, filosofia, antropologia e outras ciências humanísticas, nas quais inclusive se destacaram, concediam-se sob o prisma da sexualidade duas vidas tão distintas quanto harmônicas. Uma decorria privada, com mulheres, fossem estas esposas, concubinas ou escravas, e exercida na intimidade do lar, convenientemente discreta, indevassável. A outra, pública, conveniente em outro sentido, era partilhada com jovens homens, aberta, alvo de prestígio e vantagens sociais. Era esta a que distinguia socialmente o cidadão e o situava em um status de prestígio, enquadrando-o nas obrigações para com sua classe e para com a sociedade da época. (SOUZA, 2001, p. 105)

Entretanto, em face do repúdio social decorrente da rejeição de origem religiosa, as uniões homoafetivas acabaram por ser, ao longo da história, consideradas como uma forma de perversão, uma verdadeira anomalia ou patologia, o que levou à sua prática velada em decorrência da grande influência exercida pela Igreja católica sobre os governos, cultura e pensamento na Idade Média.

Alguns teólogos modernos associam a concepção bíblica de homossexualidade aos conceitos judaicos que procuram preservar o grupo étnico, e nessa linha, toda prática sexual entre os hebreus só se poderia admitir com a finalidade de procriação, condenando qualquer ato sexual que desperdiçasse o sêmen; já entre as mulheres, por não haver perda seminal, a homossexualidade era reputada como mera lascívia. (GIORGIS, 2001, pp. 119 e 120)

A Igreja fez do casamento instrumento eficaz de propagação da fé cristã: cresci e multiplicai-vos.

Assim, dada a incontestável infertilidade dos vínculos homoafetivos passou-se a reputar como grave pecado e atentado à santidade cristã a homoafetividade. A Igreja Católica passou a perseguir e penalizar os adeptos das práticas homossexuais mediante a Santa Inquisição.

A Europa do século IV até o Renascimento, assistiu a uma implacável perseguição não apenas aos homossexuais, tidos como graves pecadores, contrários aos desígnios divinos e co-responsáveis pelos males do mundo, produtos da ira de Deus, como a todos os sodomitas em geral. (DAGNESE, 2000, p. 16)

Com a consagração do discurso cientificista, no século XIX, a idéia de homossexualidade como pecado mortal dá lugar à idéia de que se trata, então, de uma doença a ser pesquisada e tratada.

Aquilo que era visto como imoralidade passou a ser tratado como doença; assim como o vício da bebedeira se transmutou na doença do alcoolismo, o pecado da sodomia foi sucedido pelo diagnóstico da perversão sexual. (RIOS, 2001, pp. 40 e 41)

Atualmente, contudo, com a modificação ocorrida em 1993 pela Organização Mundial de Saúde (OMS), por meio de sua Classificação Internacional de Doenças n. 10, em sua última revisão em 1993 (CID 10/1993) e, nacionalmente, pela Resolução 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia, e também pela Associação Americana de Psiquiatria desde a década de 1970, considera-se a homoafetividade como sintoma decorrente de circunstâncias psicossociais, pode-se dizer que está cientificamente superada a idéia de tratar-se de doença, encarando-se como um desajuste social reflexo da imposição de padrões de normalidade fortemente influenciados pela Religião.

Não se busca aqui, todavia, encontrar uma origem ou justificativa para a homossexualidade, o objetivo é considerá-la um evento natural, tal como o é a heterossexualidade.

Segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti⁴, “a homossexualidade é o sentimento de amor romântico por uma pessoa do mesmo sexo. Não constitui doença, desvio psicológico, perversão nem nada do gênero.”

Nesse sentido, a homossexualidade não é uma doença, nem uma opção e sim uma descoberta pessoal em um determinado momento da vida.

Esta externalização das transformações ocorridas em torno da sexualidade humana, bem como a reestruturação dos moldes familiares, estão intrinsecamente ligadas ao surgimento de grupos organizados de luta pelo reconhecimento dos direitos dos homoafetivos no Brasil e no mundo. Assim:

Concomitantemente à revolução sexual, os homossexuais começaram a se aperceber de que a aceitação do sexo homossexual livre não implicaria o fim da solidão dos indivíduos da referida minoria, sem que, junto com as liberdades, códigos de comportamento ético também surgissem. (DAGNESE, 2000, p. 24)

As amplas transformações que conduziram às discussões acerca da moderna compreensão das entidades familiares de que se tem conhecimento, foram sentidas tanto no âmbito jurídico quanto no âmbito científico e acabaram por ensejar a ocorrência de fatos que não podem, nem devem ficar aquém da tutela jurisdicional, dentre estes fatos da vida encontram-se as relações homoafetivas e os efeitos jurídicos e sociais que delas imanam.

Em um contexto de conturbadas relações sociais em que as diferenças ganham destaque e passam a ser alvo de resistências infundadas e de asseverada discriminação negativa por parcela significativa da sociedade brasileira, a Constituição Federal de 1988 se ergue como guardiã dos princípios norteadores do

⁴ “Tal entendimento é esposado internacionalmente pela Organização Mundial de Saúde, por meio de sua Classificação Internacional de Doenças n. 10, em sua última revisão de 1993 (CID 10/1993) e, nacionalmente, pela Resolução 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia, e também pela Associação Americana de Psiquiatria desde a década de 1970. Assim, percebe-se que ela é uma das mais livres manifestações da sexualidade humana, ao lado da heterossexualidade. Não é ela uma ‘opção’ do indivíduo, pelo simples fato de que ninguém escolha em dado momento de sua vida se vai ser homo, hétero ou bissexual: as pessoas simplesmente se descobrem de uma forma ou de outra. Da mesma forma, não se consegue ‘trocar’ de orientação sexual ao longo da vida – os que se sentem genuinamente atraídos tanto por homens quanto por mulheres (ainda que em gradações diferentes) são bissexuais.”. (VECCHIATTI, 2008, p. 110/111.)

Direito - como a isonomia e a dignidade da pessoa humana (arts. 5º, *caput* e 1º, III, CF/88) - a serem preservados ante a aplicação da norma legal, a fim de orientar a interpretação da lei em observância ao caso concreto e, assim, assegurar a efetividade da justiça.

Entretanto, contrariando a consagração e proteção constitucional à entidade familiar amplamente compreendida, a prática jurídica - ainda que comporte exceções gradativamente mais frequentes - é farta em situações nas quais se pode vislumbrar o repúdio à pluralização estrutural da família decorrente do contexto do art. 226 da Constituição Federal de 1988, mesmo após o julgamento da ADI n.º 4277- DF, da qual ainda falaremos pormenorizadamente.

Há recusa em se acolher, na esfera da proteção dos direitos à família assegurados, os direitos e deveres que surgem das uniões homoafetivas. Olvida-se o aplicador/intérprete da norma legal que, por tratar-se de cláusula geral de inclusão, o citado dispositivo constitucional recepciona as famílias compostas por pessoas do mesmo sexo e filhos de casamentos anteriores, ou mesmo fruto de adoção.

Apesar do compromisso inerente ao Estado de assegurar a todos os cidadãos a liberdade, a igualdade, a segurança, o bem-estar e a justiça como valores supremos, assiste-se ao estabelecimento de um quadro de verdadeira mendicância de direitos.

Os cidadãos brasileiros que têm a natureza de sua atração sexual voltada para pessoas de sexo semelhante ao seu são invisibilizados e incapacitados de encabeçar a composição de novos núcleos familiares. São convertidos, forçosamente, em cidadãos de segunda classe, despidos de direitos essenciais à qualidade de ser humano e indignos de proteção e respeito.

A vagareza com que se promove o reconhecimento e a implementação dos efeitos jurídicos decorrentes das uniões homoafetivas traduz-se em verdadeira chancela e aval ao preconceito e à discriminação.

3.2. HOMOAFETIVIDADE: CONCEITO E ETIMOLOGIA.

Segundo Enézio de Deus Silva Junior, a homossexualidade ou homoafetividade é definida como a extensão emocional ou sentimental de um ser humano por indivíduos do mesmo sexo, independentemente de vontade ou opção, tal como a heterossexualidade. (SILVA JUNIOR, 2005, n.º 30)

Algumas conceituações, contudo, revelam-se menos precisas utilizando, equivocadamente, termos como “preferência” ou “orientação” por pessoas do mesmo sexo, o que acarreta conotação de tendência a escolher, optar, ou mesmo se modificar a partir de influências exteriores, o que hoje se reconhece não ocorrer.

A homoafetividade não deve ser vislumbrada como uma faculdade, uma aptidão ou uma orientação, posto que se depreende como um reflexo natural da identidade sexual do indivíduo. É um acontecimento regular que pode aflorar na infância ou, conforme estudos mais hipotéticos, pode até mesmo ser geneticamente definido.

Segundo o autor supracitado, muitas pessoas têm a idéia pré-concebida de que a humanidade toda é heterossexual e que uma minoria de indivíduos encontra-se “*viciada*” num comportamento homossexual.

Há entendimentos que se posicionam no sentido de acolher a possibilidade de a homoafetividade ser, simplesmente, um comportamento não convencional que muitas pessoas *escolhem* externar. Ou, ainda, que a homoafetividade é resultante do exercício do ser que apenas *é*, não opta.

O próprio termo *homossexualismo*, anteriormente amplamente divulgado e utilizado, foi aos poucos substituído pelo termo *homossexualidade*, haja vista, o significado atribuído aos dois sufixos. O sufixo “ismo” apresenta-se como um equivalente à idéia de doença, patologia; enquanto que o sufixo “dade” significa modo de ser, algo inerente a qualidade de ser humano, o exercício de um atributo natural da condição humana.

O vocábulo homossexualidade foi atribuído ao médico húngaro Karoly Benkert no ano de 1869, formado pela raiz da palavra grega *homo*, que significa semelhante e pela palavra *sexus*, significando, portanto, o termo “sexualidade semelhante”. Em 1911, E.Harsh-Haak cunhou a expressão *homoerotismo* na tentativa de acabar com o preconceito e valorizar as experiências afetivo – homossexuais.

Porém infelizmente ainda hoje é usada a palavra perversão para designar as relações sexuais fora da heterossexualidade. Na França ainda é usada a expressão inversão sexual já que entendem que as qualidades morais do indivíduo permanecem havendo apenas uma alteração em sua conduta sexual.

Maria Berenice Dias, ao criar a expressão *homoafetividade* procurou “evidenciar que as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são do que

vínculos de afetividade” (DIAS, 2009, p. 48). Já Enézio de Deus Silva Júnior prefere a expressão *homoessência*, (DIAS, 2009, p. 48) termo introduzido pela Associação Brasileira de Estudos da Homocultura que estuda as minorias sexuais⁵.

3.3. DISCRIMINAÇÃO POR NATUREZA DA ATRAÇÃO FÍSICO-AFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO.

Muito embora a homoafetividade seja fato patente em nossa sociedade, o preconceito e a discriminação impõem a marginalização destas relações afetivas.

Assim, embora se identifique no bojo de nossa Magna Carta uma postura democrática, no que tange à configuração das entidades familiares, observa-se a exclusão das uniões homoafetivas, ainda hoje, quando tal não mais deveria ocorrer, em razão do avanço judicial refletido no posicionamento de nossa Suprema Corte de Justiça.

Conforme se depreende do art. 226, §§ 3º e 4º da Constituição Federal de 1988, a ordem jurídica brasileira recepciona a família, ainda que concebida fora do casamento, admitindo a união estável e a família monoparental na qualidade de entidades familiares, todavia, silenciou quanto à possibilidade de equiparação das uniões homoafetivas ao regime jurídico das uniões estáveis, deixando margem para equívocos na aplicação da norma legal ao estabelecer a necessidade de diversidade sexual para o perfazimento de tal condição.

Pensar em uma suposta exclusão das uniões homoafetivas a partir da interpretação do texto constitucional equivale a séria ofensa ao princípio da igualdade, bem como a uma violação das garantias e princípios fundamentais da dignidade (art. 1º, III, CF/88) e da intimidade da pessoa humana (art. 5º, X, CF/88).

⁵ “A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT foi criada em 31.01.1995, com 31 grupos fundadores. Hoje é a maior rede GLBT na América Latina, composta por 203 organizações, sendo 141 grupos de gays, lésbicas, travestis e transexuais, e mais 62 organizações colaboradoras voltadas aos direitos humanos e AIDS. Na assembléia realizada por ocasião da Conferência Nacional, em junho de 2008, foi aprovada a alteração da sigla para LGBTT. A referência inicial é às lésbicas, depois aos gays e aos bissexuais. Os travestis, transexuais e transgêneros são contemplados pelos dois “T”. A nova grafia, ao tornar mais visível a homossexualidade feminina, se coaduna com as expressões utilizadas internacionalmente.” (DIAS, 2009, p. 49.)

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...).

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...).

A norma constitucional pensada como que se omitindo da tutela expressa e específica dos direitos dos homoafetivos, no tocante ao que obsta à adoção, contrariava os próprios objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem comum, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Se vislumbrada sob este prisma excludente, a Constituição Federal de 1988 seria uma imensa contradição, pois em seu silêncio mortificador chancelaria o preconceito aos considerados diferentes e minoritários tornando-os, para além disso, dispensáveis ao desenvolvimento do Estado.

Conforme preceitua Maria Berenice Dias, as uniões homoafetivas são uma antiga forma de expressão de afetividade, construídas com base no respeito e solidariedade existente entre os parceiros, em nada se diferenciando do processo de formação das uniões heterossexuais, o que nos induziria a crer que a Constituição Federal discrimina em função do sexo. Não do sexo da pessoa em si, mas do sexo da pessoa com quem se relaciona o indivíduo, seja ele homem ou mulher. (DIAS, 2001, p. 37)

Ora, o ideal da igualdade surgiu justamente para limitar o exercício de poderes que alienavam, oprimiam e escravizavam. É o primeiro dos direitos fundamentais, regendo toda a ordem jurídica para a tutela e proteção das liberdades individuais.

No entanto, apesar dos grandes e significativos avanços na seara de nossas cortes de justiça, ainda podemos identificar em nossa organização jurídico-social o

preconceito que impede o legislador de aprovar leis voltadas às chamadas minorias, alvos preferenciais de discriminação.

Podemos citar alguns exemplos desta incansável e injustificada relutância legislativa como a proposta de emenda constitucional para inserir entre os objetivos fundamentais do Estado o de promover o bem de todos sem preconceito por orientação sexual (PEC 139/1995), e o projeto de parceria civil (PL 1.151/1995) que vagam pelo Congresso Nacional há mais de 10 anos.

Há, também, o Projeto de Lei n.º 674/2007, que propõe a criação de um Estatuto das Famílias, cujo maior entrave repousa justamente em reconhecer e tratar adequadamente, enquanto entidade familiar, as uniões homoafetivas.

A noção de igualdade entre homo e heterossexuais deve ser compreendida como uma garantia da livre individualidade afetiva, independentemente da natureza da atração sexual externada e é exatamente neste sentido que, de forma mais recente e inovadora surgiu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132-RJ, que propunha o reconhecimento das uniões homoafetivas enquanto entidades familiares e que foi convertida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.277 com pedido de interpretação do artigo 1.723 do Código Civil conforme a Constituição Federal, no intuito de equiparar as uniões homoafetivas ao regime jurídico das uniões estáveis, o que competentemente se fez no dia 05 de Maio e 2011.

Conforme enfatiza Maria Berenice Dias:

A omissão legal gera resistência nos juízes de reconhecer juridicidade às uniões homossexuais, pois interpretam a falta de lei como correspondendo à vontade do Estado de não querer lhes conceder direitos, camuflando a verdadeira motivação de sua inércia: o preconceito. (DIAS, 2009, p. 188)

Neste contexto, verificava-se, mesmo antes do precedente do STF, a inexistência de razão valiosa para o bem público que se inclinasse à negativa da qualificação enquanto entidade familiar às uniões homoafetivas, não se identificando critério de discriminação racional que autorizasse a aplicação de efeitos jurídicos diferentes daqueles dirigidos às uniões heterossexuais.

A família merece ser protegida em seu aspecto de afetividade, solidariedade, vida em comum; e não meramente em seu aspecto biológico ou sexual.

É mister ressaltar que qualquer exclusão, bem como qualquer discriminação constitucional, devem ser entendidas como aparentes, pois a Constituição traz em si mesma a solução para uma suposta contradição.

Os choques ou antinomias entre regras, ou entre regras e princípios haverão de ser harmonicamente conciliados, transformando-se numa contradição aparente que, se de fato existisse e fosse inconciliável, macularia a coerência e a força da Constituição.

Isto posto, visto que não se pode condenar à invisibilidade a realidade dos novos moldes das relações familiares, cumpre ao Estado Democrático de Direito assegurar a autorização do exercício de todos os direitos garantidos constitucionalmente aos cidadãos brasileiros, inclusive, por aqueles protegidos pela proibição de diferenciação, assim como, impedir, em observância à finalidade da lei, a ocorrência de prejuízos ou privilégios motivados neste critério. Não é o que se assiste.

3. 4. HOMOAFETIVIDADE E RELIGIÃO

As religiões, como fontes inesgotáveis de preceitos morais e éticos, possuem um papel de grande influência sobre a sociedade no que concerne à maneira de pensar e de agir.

Os valores religiosos são tão precocemente arraigados ao ser humano por meio da incansável busca pelo divino que este permite, inconscientemente, a delimitação de seus pensamentos e ideologias, comprometendo sua determinação cultural e de costumes. (DIAS, 2009, p. 89)

Sendo assim, não se poderia deixar de apresentar o posicionamento das principais religiões professadas no Brasil a respeito da homoafetividade. (VALLE 2006)

A maioria das religiões e credos coloca-se contrária à prática de relações afetivo-sexuais entre pessoas do mesmo sexo, sendo raras aquelas que adotam uma postura de tolerância e compreensão, pois quando o fazem são desniveladas em face de religiões consideradas socialmente aceitas.

Não há distinção legal entre religiões, conforme a doutrina civil os credos que não contrariem a ordem pública são aceitos e válidos. Mas se sabe da resistência e rechaço ao culto de candomblé, macumba, espiritismo e afins, inclusive para o

reconhecimento de efeitos civis ao casamento celebrado em observância a qualquer destes cultos, em todo o caso, enfatizaremos as doutrinas predominantes em nossa sociedade: a Católica e a Evangélica. (VENOSA, 2011. p. 106)

Assim, conforme salienta Edênio Valle (2006, p.155), a doutrina Espírita favorece a tolerância frente a comportamentos considerados *anormais*, ensinando o respeito às diferenças entre os indivíduos, contudo, mantém-se neutra na defesa da homoafetividade atribuindo seu surgimento à feminilidade ou masculinidade da alma, muitas vezes levada àquela condição, por força da educação, dos desequilíbrios emocionais e de influências diversas, inclusive advindas de outras encarnações.

O Judaísmo, em equivalência aos preceitos da doutrina Espírita, rechaça a homoafetividade. Para os judeus as relações homoafetivas não são normais e contrariam a própria anatomia dos sexos, visivelmente concebida para os relacionamentos heterossexuais.

O Islamismo é enfático ao rejeitar tanto a homoafetividade como o homoafetivo enquanto ser humano. Possuindo a posição mais radical, vislumbra as relações homoafetivas como um pecado e um desvio de norma sendo, inclusive, cominada pena de castigos físicos a seus adeptos.

A Umbanda e o Candomblé estão entre os poucos cultos e religiões que aceitam a homoafetividade. De acordo com estes segmentos, trata-se de uma “opção” individual, não cabendo, portanto, condenar ou estigmatizar, mas, tão somente, orientar seus fiéis, nos aspectos religiosos e morais. Há quem não aceite tais ensinamentos por invalidarem a definição destes cultos e religiões como forma socialmente admitida de se chegar a Deus, entretanto, dado que o Estado Brasileiro é laico, tendo em vista a separação entre Igreja e Estado ocorrida mediante a promulgação da Constituição Federal de 1891, bem como que a Constituição Federal de 1988 concede proteção à liberdade de culto em todas as suas formas (art. 5º, VI, CF/88) não se pode desprezar suas contribuições no incentivo a fé de forma plural.

O Budismo, também, prega a tolerância com as opções individuais em qualquer aspecto da vida, incluindo a sexualidade. Todas as relações pessoais são consideradas um assunto privado e são corretas, desde que promovam o bem-estar das partes envolvidas.

A Seicho-No-Ie, adotando uma postura de neutralidade, não é a favor nem contra a homossexualidade, mas ensina que as pessoas devem manifestar a

perfeição interior, que compreende a expressão plena de características masculinas e femininas, segundo o sexo com que nasceram.

Para os Evangélicos, segundo o Pastor Amarildo Silva Coelho, pertencente à Denominação Evangélica Assembléia de Deus do Estado do Pará, independentemente de denominações, o “homossexual” é ser digno do amor e graça divina, contudo, deve abster-se da prática sexual para alcançar o perdão divino para o pecado da “homossexualidade”, vista como distúrbio de ordem psíquica resultante de influências demoníacas que devem ser fortemente combatidas pelo círculo fraternal ao qual se entregou o indivíduo em busca de salvação.

Não há Cartas, Estatutos ou quaisquer outros documentos específicos ou gerais encontrados acerca deste tema. As convenções de Bispos e Pastores ocorrem de forma fechada e os temas discutidos são repassados às Congregações em todo o país sob o formato das pregações. Embora não haja outro documento que não a Bíblia para guiar os debates sobre a homoafetividade, as diversas denominações evangélicas existentes e atuantes no Brasil têm alguns pontos em comum, dentre eles figura, certamente, o amor ao pecador, mas não ao pecado.

A homoafetividade é vista de forma unânime como uma influência satânica abominável, um pecado para o qual deve-se buscar expiação.

Por fim, segundo Edênio Valle, em trabalho produzido para a Revista de Estudos da Religião (REVER) (VALLE, 2006, p.153-185) a doutrina Católica baseia-se sobre tema em alguns textos fundamentais que guardam certa complementaridade, pois marcam o surgimento de uma nova direção na abordagem da homoafetividade por parte da Igreja e, continuam sendo seu principal ponto de referência. Um destes textos data de 1976 e, o outro, de 1985. O de 1976 leva o nome de *"Declaração sobre alguns pontos da ética sexual"* e vem da Congregação para a Doutrina da Fé. O outro foi publicado dez anos mais tarde, em 1986 e procede da mesma fonte, mas é redigido na forma de uma carta *"Sobre o cuidado pastoral de pessoas homossexuais"*. Ambos têm como destinatários "os bispos da Igreja Católica", o que os caracteriza como textos essencialmente pastorais.

O documento de 1976 (data da publicação da versão brasileira) considera com extrema preocupação "a tendência a julgar com indulgência, e até mesmo a desculpar completamente, as relações homossexuais em determinadas pessoas". E argumenta afirmando que esse modo de pensar fere "o constante ensino do magistério e o sentir moral do povo cristão".

Aventa em defesa de sua posição severa dois argumentos principais. Um é Bíblico. A Declaração afirma de modo categórico que, para a Bíblia, "*os atos de homossexualidade são intrinsecamente desordenados [...] não podem, em hipótese alguma, receber qualquer aprovação*". No entanto, abre uma pequena brecha que evita uma leitura taxativamente condenatória dos textos do Antigo e do Novo Testamento ao sublinhar que a Bíblia "*não permite [...] concluir que todos aqueles que sofrem de tal anomalia sejam por isso pessoalmente responsáveis*".

O segundo argumento é tirado da ordem natural das coisas, de acordo com essa interpretação, existe uma "*ordem moral objetiva*" segundo a qual "*as relações homossexuais são atos destituídos da sua regra essencial e indispensável*" que é a ditada pela natureza criada por Deus.

Para este estudioso, ao lado do rigor quanto às questões de princípio, surge na moral católica e nos textos da autoridade eclesiástica um evidente interesse em favorecer uma atitude de maior acolhida na ajuda às pessoas de tendência homoafetiva. Isto é expresso claramente em frases da Declaração como a seguinte:

Indubitavelmente essas pessoas homossexuais devem ser acolhidas, na ação pastoral, com compreensão e devem ser apoiadas na esperança de superar suas dificuldades pessoais e sua inadaptação social. Também sua culpabilidade deve ser julgada com prudência. (João Paulo II, 1979,p. 1314).

Por sua vez, segundo Edênio Valle, o documento de 1986, conhecido como Carta de "Atendimento às pessoas homossexuais" se apresenta de maneira modesta ao afirmar que não quer nem pode ser "um tratado exaustivo", admitindo assim que também a Igreja sabe que está diante de um problema de grande complexidade.

O texto, porém, causa a impressão de ser doutrinariamente ainda mais restritivo que o anterior. Já em seu terceiro parágrafo, ele volta à questão dos atos homossexuais enquanto atos "privados de sua finalidade essencial e indispensável" e expressa taxativamente:

A particular inclinação da pessoa homossexual, apesar de não ser em si mesma um pecado, constitui um comportamento intrinsecamente mau do ponto de vista moral. Por este motivo, a própria inclinação deve ser considerada como objetivamente desordenada.

Como se vê, o aprofundamento dos aspectos ético-morais da questão da homoafetividade demonstra um processo de progressivo esclarecimento, contudo, mister assinalar para o fato de que o formador que trabalha na educação religiosa se vê ante sérios questionamentos e, a exemplo de todos os educadores, está em busca de critérios e de procedimentos que façam justiça a todas as diferentes pessoas que sentem necessidade de buscar em Deus e na religião, respostas e auxílio para compreender o mundo à sua volta e tais critérios, ressalte-se, devem ser alcançados de forma racional, consciente e aberta a fim de garantir conforto espiritual a todos aqueles que o buscam.

4. O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA.

4.1. A ORIGEM DA FAMÍLIA.

Conforme leciona Abraham Turkenicz, a família origina-se a partir de um fato natural, biológico, decorrente da necessidade e do instinto de perpetuação da espécie humana. Trata-se de um agrupamento informal de formação espontânea no meio social, cuja institucionalização advém do Direito. Assim, para efeitos jurídicos, considera-se família a construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento. (TURKENICZ, 1995, p.06)

Por competir ao Direito a chancela dos vínculos afetivos delineados na sociedade e, como forma de reconhecimento e aceitação jurídico-social das uniões daí decorrentes, surge o casamento - até pouco tempo considerado meio exclusivo de conformação familiar juridicamente protegido.

As entidades familiares são, sob este enfoque, instituições jurídicas. No dizer de Silvio Venosa (2011, p. 43), enquanto instituição a família é uma coletividade humana subordinada à autoridade e à condutas sociais. Uma instituição deve ser compreendida como uma forma regular, formal e definida de realizar determinada atividade. Assim, do ponto de vista sociológico, família é uma união associativa de pessoas, sendo uma instituição da qual se vale a sociedade para regular a procriação e educação dos filhos.

Modernamente se reconhece a família como sendo a instituição jurídica pela qual normas de Direito organizadas sistematicamente regulam direitos e deveres de determinado fenômeno ou esfera social.

Para Venosa (2011, p. 101), em uma breve análise acerca dos lineamentos históricos da formatação do contexto familiar, seria importante ressaltar que nas primeiras civilizações humanas a estruturação familiar apresentava-se ampla e hierarquizada, caracterizada por relações endogâmicas, ou seja, as atividades de reprodução ocorriam de maneira intra-grupal.

Homens e mulheres pertencentes a um mesmo grupo familiar mantinham relações sexuais de forma não exclusiva o que inviabilizava a percepção acertada da paternidade dos filhos gerados por tais mulheres. Deste fator decorria uma forte influência matriarcal, posto que na incerteza a respeito de sobre quem pairava a

figura paterna, as proles achegavam-se às mães assegurando-lhes posição enquanto autoridades familiares conhecidas e reconhecidas dentro do grupo.

Entretanto, as guerras pela aquisição de territórios, bem como a busca por melhores condições de vida, somadas a carência de mulheres no seio familiar conduziram à procura de parceiras fora dos clãs (exogamia), o homem marcha rumo a relações individuais com caráter de exclusividade, fazendo nascer a inspiração monogâmica que ainda hoje norteia o moderno Direito Civil das Famílias. (VENOSA, 2011. p. 103)

A família monogâmica, por sua vez, constituía-se em um núcleo econômico de produção. Os lares retratavam e reproduziam o cotidiano de pequenas oficinas de trabalho onde vigorava o poder paterno e a procriação mostrava-se como finalidade precípua do casamento. Entenda-se que o ideário de uma unidade de produção é focar-se no aumento da mão-de-obra de modo a garantir o alcance das metas de produtividade, deste modo, quanto mais braços e pernas integrando o lar, mais força de produção e mais produtividade, daí a relevância da procriação.

Na Antiguidade, a entidade familiar persiste na consagração da procriação como finalidade principal do casamento. Considerava-se família um grupo de pessoas que se reuniam para viver sob o mesmo teto e invocar os mesmos antepassados. O culto familiar ou culto aos deuses-lares era, pois, o núcleo formador e agregador de pessoas. O nascimento e os laços consanguíneos cediam lugar à religião doméstica.

É neste contexto histórico que a adoção ganha lugar relevante ante a necessidade de perpetuação dos deuses e antepassados na pessoa do filho varão. A mulher não era considerada capaz ou competente para suceder a família na condução do culto doméstico, pois é seu dever assumir a religião do esposo quando do casamento. O Cristianismo, já aqui, condenou as chamadas uniões livres e instituiu o casamento como sacramento relevando a comunhão espiritual entre os cônjuges e cercando o matrimônio de solenidades e formalidades ante a autoridade religiosa.

Na Idade Média, o casamento não tem qualquer conotação afetiva nas classes nobres. Tratava-se de um dogma da religião doméstica voltado para a

necessidade de continuação do culto do *pater familias*⁶. A mulher não é sujeito capaz de dar continuidade à tradição religiosa familiar. É a origem dos direitos mais amplos voltados para o filho varão, especialmente o primogênito, a quem incumbiria manter unido o patrimônio em prol da unidade religioso-familiar.

No dizer de Maria Berenice Dias, anteriormente a família figurava como uma comunidade de formação extensiva, integrada por todos os parentes, constituindo-se numa unidade de produção com incentivo à procriação. (DIAS, 2009, p. 28). Consistia, pois, em uma entidade patrimonializada, cujos membros eram a força de trabalho. Desta feita, o crescimento da família ensejava melhores condições para todos os seus integrantes. O núcleo familiar apresentava perfil hierarquizado e patriarcal.

Com o advento da Revolução Industrial, e o ingresso da mulher no mercado de trabalho, o homem perde o caráter de única fonte de subsistência e a família perde o caráter essencialmente produtivo e reprodutivo, passando a fundar-se nos laços de afetividade e carinho mútuos. O afeto inicia sua figuração como base de sustentação da família que se desenhou posteriormente. (FARIAS, 2004, p. 125)

A família moderna, entretanto, sofre inúmeras alterações em sua composição, finalidade, bem como nos papéis exercidos pelos membros que a integram. A economia industrial afetou a família, que deixou de ser uma unidade de produção. O homem vai para a fábrica e a mulher para o mercado de trabalho.

No século XX as mulheres começam a intensificar as lutas por equiparação de direitos e deveres para com os homens/maridos. As uniões sem casamento passam, gradativamente, aceitas pela sociedade e pela legislação. No Brasil este fato histórico é recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que em seu artigo n.º 226, §§5º, 6º e 7º, trata da proteção e amparo às relações - sem casamento - entre homens e mulheres anteriormente denominadas de concubinatos impuros.

As duas grandes guerras fizeram com que a partir da segunda metade do século XX a família refletisse uma nova estrutura, mais plural e flexível do ponto de vista jurídico – modalidades de famílias diferentes da tradicional tríade composta por pai, mãe e filhos são absorvidas e tuteladas pelo Direito.

⁶ Mais elevado estatuto familiar (*status familiae*) na Roma Antiga, sempre uma posição masculina. O termo é Latim e significa, literalmente, "pai da família". O termo *pater* se refere a idéia de posse de um território ou jurisdição, cujo governo pertencia a um patriarca.

Esta mesma Constituição Cidadã não apenas procede à equiparação entre uniões livres e uniões sob a égide do casamento, mas concede aos filhos destas relações, e aos de quaisquer outras, a mesma qualificação legal e os mesmos direitos para todos os fins em Direito admitidos (art. 227, CF/88). O casamento passa a não ser mais o baluarte da família.

4.2. CONCEITO E ETIMOLOGIA.

Após mais de duas décadas de vigência do texto constitucional de 1988, o significado de família tem sido acolhido jurídica e doutrinariamente de forma a abranger qualquer relação de afeto.

Muito embora até pouco tempo o conceito de família se confundisse com a idéia de casamento, a Magna Carta de 1988, ao erigir a dignidade humana, a igualdade e a liberdade como princípios basilares e norteadores da interpretação e aplicação normativa, bem como ao reiterar e alargar o tratamento especial concedido às entidades familiares, sejam elas resultantes ou não do casamento civil, permitiu, ou melhor, impôs a chamada constitucionalização do Direito Civil.

E é justamente do interesse público constitucionalmente refletido de assegurar a paz e a harmonia familiar, que resulta a necessidade de compreender-se o texto normativo - como um todo - em absoluta observância à pluralidade e à dignidade alardeadas pela Constituição Federal.

Não obstante isto, com o advento da Lei Maria da Penha (LMP) Lei n.º 11.340 de 2006, restou consolidado o entendimento de que a família é considerada, essencialmente, uma relação de afeto, seja ele de qualquer natureza (art. 5º, III, LMP). Vejamos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Houve, assim, um alargamento no próprio ideal de entidade familiar estabelecido constitucionalmente, admitindo-se não se tratar de um arrolamento taxativo, abrindo a lei os braços para acolher outros modelos familiares que não aqueles compostos apenas por pessoas de sexos diferentes, ou mesmo por apenas um dos pais e sua respectiva prole (art. 226, §§3º e 4º, CF/88). De outro modo estar-se-ia permitindo inúmeras injustiças ao marginalizar relações familiares outras que do mesmo modo, ou de forma mais urgente que aquelas, carecem e clamam pela proteção jurisdicional.

Neste escopo, os novos modelos de famílias fundam-se na afetividade e na pluralidade. A concepção patrimonialista é abandonada, passando os indivíduos que integram o corpo familiar a figurar como cerne do Direito de Família, devendo, pois, a família, ser tutelada pelo Estado por contribuir para o crescimento e formação da sociedade e é justamente deste conceito fraternal que surge o direito à busca da felicidade pessoal no seio familiar.

Em conformidade com os estudos de Tânia da Silva Pereira, a etimologia da palavra família pode ser assim entendida:

O radical *fam* corresponde àquele outro *dhã*, da língua ariana, que dá a idéia de fixação, ou de coisa estável, tendo da mudança do 'dh' em 'f' surgido, no dialeto do Lácio, a palavra *faama*, depois de *famulus* (servo) e finalmente *família*, esta última a definir inicialmente, o conjunto formado pelo *pater familias*, esposa, filhos e servos, todos considerados, primitivamente, como integrantes do grupo familiar, daí Ulpiano, no 'Digesto', já advertir que a palavra 'família' tinha inicialmente acepção ampla, abrangendo pessoas, bens e até escravos. (PEREIRA, 2001, p.22)

4.3. OS NOVOS MOLDES DA FAMÍLIA BRASILEIRA

As modernas configurações sociais de tão mistas e emaranhadas foram, aos poucos, sendo denominadas de verdadeiras colagens, ou mesmo, de mosaicos sociais. Foi esta nova percepção do meio social que permitiu a compreensão de família como instituição funcionalizada em razão da dignidade de cada partícipe, tornando necessário identificar de igual modo e conceder a mesma proteção também às relações que se constituem sem o selo do casamento.

Após a Revolução Industrial e seus reflexos na estrutura dos moldes familiares, bem como sob a influência de conquistas de relevante valor social como as advindas da revolução feminina e da liberação sexual, a sociedade tornou-se

mais tolerante e complacente para com as formas pré-estabelecidas de comportamento familiar, ensejando o surgimento de entidades familiares baseadas na afetividade e na busca incessante pela felicidade.

A redução do número de famílias constituídas nos moldes patriarcais, a urbanização acelerada, bem como o ingresso da mulher no mercado de trabalho conduziram a uma administração partilhada dos interesses da entidade familiar que se tornou cada vez menos numerosa, pois seus integrantes já não são vistos como força de trabalho, mas pela integridade e dignidade individual e sua contribuição para a manutenção da família.

Todo este rol de modificações propiciou o ambiente adequado ao surgimento de novas nuances que acabaram por repercutir no surgimento de novos modelos familiares. Assim, o modelo tradicionalmente aceito de família – pai, mãe e filhos – abre-se ao acolhimento da moderna concepção familiar, incluindo-se neste bojo os modelos monoparentais, homoparentais, socioafetivos, dentre outros a serem analisados apropriadamente.

A pluralidade de novas formas de relações afetivas, resultantes do grande processo de transformação da consciência social, faz com que surjam diversos modelos de família que, paulatinamente, vão obtendo reconhecimento judicial e legislativo.

O Código Civil de 1916 admitia, como entidade familiar, apenas os agrupamentos provenientes do instituto do matrimônio, livre de impedimentos e desde que cumpridas todas as formalidades legais. Sob a égide daquele Código, o casamento era o único vínculo legítimo e legal para a constituição da família e, somente, por meio desse liame era possível a proteção legal do Estado.

No entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o casamento perdeu o status de único meio legítimo e fundante da família e, harmonizando-se com a evolução social, cedeu espaço para novos modelos familiares, nos quais prevalecem o carinho, o amor e a ajuda mútua, como ligação entre os membros que o compõem.

4.3.1. A família monoparental.

Legalmente, considera-se este modelo familiar como sendo aquele formado por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º, CF/88). A denominação

aqui atribuída deve-se à necessidade de se ressaltar a presença de apenas um dos genitores na construção dos vínculos familiares.

4.3.2. A família anaparental.

Muito embora tenha havido um inegável alargamento no conceito de entidade familiar com o advento da Constituição Federal de 1988, como já dito, esta não esgota todas as possibilidades de estruturas familiares. Neste sentido, constituem-se famílias anaparentais aquelas decorrentes da convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não sejam parentes, desde que resguardada uma identidade de propósitos, merecendo, portanto, proteção constitucional.

4.3.3. A família pluriparental ou família mosaico

Este modelo familiar resulta da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, separação, novos casamentos, famílias não-matrimoniais e desuniões.

No dizer de Maria Berenice Dias: “A multiplicidade de vínculos, a ambigüidade dos compromissos e a interdependência, ao caracterizarem a família mosaico, conduzem para a melhor compreensão desta modelagem”. (DIAS, 2009, p. 49)

As famílias pluriparentais caracterizam-se pela complexa estruturação decorrente da ambigüidade das funções dos novos casais e pela administração dos interesses visando o equilíbrio e estabilidade da entidade familiar. São as relações que se estabelecem, por exemplo, entre um casal de pessoas, seus filhos comuns e os filhos de seus casamentos ou uniões anteriores, os quais, por afinidade, acabam convivendo e sendo criados como irmãos sob o mesmo teto, gerando laços de fato que ao Direito não cabe cegar-se.

4.3.4. A família eudemonista.

A doutrina jurídica assim classifica as entidades familiares identificadas pelo seu envolvimento afetivo, ou seja, aquelas que buscam a felicidade individual, vivendo um processo de emancipação de seus membros.

Conforme preceitua Maria Berenice Dias, a absorção da doutrina eudemonista altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-a da instituição para o sujeito. (DIAS, 2009, p. 54)

Assim é que, em observância ao disposto no artigo 226, § 8º da Constituição Federal: “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram”.

Trata-se do modelo familiar caracterizado pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca.

Como já dissemos, a Constituição Federal de 1988 rompendo com os paradigmas clássicos reconheceu, além da família decorrente do casamento, a família monoparental e a união estável. Sendo assim, distanciou-se do modelo de família consagrado pela Igreja. A doutrina moderna vai mais além, sustenta que os modelos de família previsto na CF/88 não esgotam o conceito de família, sendo possível afirmar a existência de família em outros "ninhos não estandardizados".

Entendemos que a família moderna é um conceito de multiplicidade, abrangendo um novo nicho de família, qual seja, a família eudemonista.

Eudemonismo (BLACKBURN, 1997, p. 132), Sistema de moral que tem por fim a felicidade do homem. O eudemonismo é um sistema ou teoria filosófico-moral segundo a qual o fim e o bem supremo da vida humana é a felicidade.

Eudemonista é a família decorrente da convivência entre pessoas por laços afetivos e solidariedade mútua, é o caso de amigos que vivem juntos no mesmo lar, rateando despesas, compartilhando alegrias e tristezas, como se irmãos fossem, razão pela qual os juristas entendem por bem considerá-los como formadores de mais um núcleo familiar.

Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo se deu a nomenclatura de família eudemonista, que busca a felicidade individual, vivendo um processo de emancipação de seus membros. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar se isso não o faz feliz.

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíprocas (DIAS,

2006, p. 45). Essa é uma das possíveis formas de se ter uma família na busca da felicidade de todos os membros conviventes.

4.3.5. As famílias paralelas.

Tem-se, aqui, a composição familiar decorrente de relações de concubinato, ou seja, são ligações afetivas decorrentes de relações adulterinas.

O ordenamento jurídico as reconhece como concubinato, posto que surgem na vigência de casamento ou de união estável preexistente, assim, tendo em vista que a monogamia é considerada princípio norteador do Direito de Família, os efeitos jurídicos patrimoniais que delas advém são regidos pelo Direito Civil obrigacional, são tratadas sob a ótica das sociedades de fato sendo necessária a comprovação de efetiva contribuição para construção do patrimônio amealhado pelo casal com o fim de se promover uma justa divisão do mesmo.

Nestes casos, pode ser suscitada a possibilidade de indenização por serviços prestados pela pessoa que conviveu e formou um núcleo familiar com o adúltero, isto ocorre no intuito de inviabilizar o enriquecimento ilícito da outra parte que notoriamente se envolveu em múltiplas relações de vida íntima.

Há quem considere este modelo familiar como uma modalidade de união estável putativa em analogia à previsão legal de casamento putativo, previsto no artigo 1.727 do Código Civil. Assim, se a parte envolvida em tal relação tiver comprovada sua boa-fé, bem como alegar desconhecer a condição de casado ou companheiro da pessoa com quem se relacionou, desde a data em que iniciou o relacionamento, serão atribuídos a ela os mesmos direitos a que faz jus o cônjuge ou companheiro de igual modo enganado. Trata-se de posicionamento controverso que encontra guarida na doutrina e que apenas em alguns julgados se verifica.

4.3.6. A família homoafetiva

As relações entre pessoas do mesmo sexo estão inseridas no âmbito jurídico familiar em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, não existindo razão para a sua exclusão.

Os filhos ou a capacidade de tê-los não são mais requisitos para a noção de entidade familiar, pois a ausência de prole por um casal não desconstitui o casamento, tampouco a idéia de família.

A Constituição Federal, contudo, emprestou, expressamente, juridicidade apenas às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que este tipo de união em nada se diferencie da convivência homossexual.

Conforme já demonstramos, o Estado não pode eximir-se da obrigação de proteger nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto, sendo devido o emprego do *status* de família a esta entidade familiar.

Conforme assevera Maria Berenice Dias:

Se a negativa de emprestar direitos às uniões homoafetivas tinha por fundamento a ausência de lei, esta desculpa já não serve mais. A Lei Maria da Penha, de forma até repetitiva (arts. 2º e 5º, parágrafo único, LMP), ressalva a orientação sexual de quem se sujeita à violência doméstica. Como a lei veio proteger a mulher vítima da violência doméstica e familiar, definiu família e albergou no seu conceito as uniões homoafetivas. (DIAS, 2009, p.48)

5. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.

5.1. ASPECTOS GERAIS.

Para melhor compreendermos os fundamentos que conduzem ao entendimento acerca da possibilidade jurídica de adoção por homoafetivos, tema que norteia esta pesquisa, é imprescindível fazermos uma abordagem, ainda que sucinta, acerca da temática envolvendo os princípios de forma geral, bem como os princípios constitucionais, que, neste diapasão, exercem ainda maior influência na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Assim, a fim de facilitar o entendimento de institutos jurídicos que já citamos, mas dos quais ainda falaremos como ADI, ADPF, bem como do voto em si do Ministro Ayres Brito, passamos a apresentar ao leitor breves noções acerca dos princípios do Direito.

Princípio *sm* [do lat. *principiu*]. Ato de principiar; momento em que uma coisa tem origem; começo ou início. Ponto de partida. (MICHAELIS, 1998, p. 1697).

O dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira define princípio em várias acepções:

Princípio: 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem [...]. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. *Preceito, regra, lei*. 5. *P. ext.* Base; germe [...]. 6. *Filos.* Fonte ou causa de uma ação. 7. *Filos.* Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc. (FERREIRA, 1996)

No princípio repousa a essência de uma ordem, os parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema. A idéia de um princípio ou sua conceituação designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra e por um pensamento chave, de onde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, são conduzidos e se subordinam.

Para Plácido e Silva:

Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa [...] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] exprimem sentido mais relevante que o

da própria norma ou regra jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito.(SILVA, 2001, p. 639).

Para Miguel Reale os princípios são:

[...] verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.(REALE, 1980, p. 299).

E não poderia ser diferente, por esta razão, o estudo dos princípios de direito, quiçá os constitucionalmente abarcados, revela-se indispensável para o debate jurídico envolvendo questões polêmicas como as referentes aos direitos de casais homoafetivos, isso porque, tais debates atraem inevitavelmente sua incidência, posto que, a solução para estes impasses jurídicos passa pela percepção e compreensão de que a Constituição Federal é um sistema aberto de regras e princípios, o que implica em dizer que está sempre disponível a abarcar mudanças de realidade e variações na noção de verdade e justiça.

Necessário é, entretanto, uma singular diferenciação. Enquanto as regras possuem um reduzido grau de abstração e incidem sobre um número determinado de situações, os princípios, por sua vez, possuem maior nível de abstração, sendo capazes de abranger uma gama indeterminada de situações.

Para muito além disso, os princípios exercem papel determinante no sistema jurídico vigente, haja vista seu valor estruturante: Os princípios são o próprio fundamento das regras. Nos princípios são encontradas as diretrizes valorativas válidas, aplicáveis à interpretação constitucional.

Para se compreender adequadamente a relevância da função exercida pelos princípios constitucionais é necessário entender o que vem a se a própria Constituição, assim contribui o pensamento de Canotilho

[...] a *Constituição* é, [...] uma *lei*, configurando a forma típica de qualquer lei, compartilhando com as leis em geral um certo número de características (forma escrita, redação articulada, publicação oficial etc). Mas também, é *uma lei diferente das outras*: é uma *lei específica*, já que o poder que a gera e o processo que a veicula são tidos como *constituintes*, assim como o poder e os processos que a reformam são tidos como *constituídos*, por ela mesma; é uma *lei necessária*, no sentido de que não pode ser dispensada ou revogada, mas apenas modificada; é uma *lei hierarquicamente superior*

– a lei fundamental, a lei básica – que se encontra no vértice da ordem jurídica, à qual todas as leis têm de submeter-se; é uma *lei constitucional*, pois, em princípio, ela detém o *monopólio das normas constitucionais*. : (CANOTILHO, 1991, p. 40, *apud* ESPÍNDOLA, 2002, p. 100)

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica, neles unem-se bens e valores considerados fundamentos de validade de todo o sistema jurídico. Como bem colocou o ilustre professor Luís Roberto Barroso

[...] os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição [...] não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos. (BARROSO, 1996, p. 142-143).

Seguindo essa linha de raciocínio, um sistema constituído exclusivamente de regras se tornaria um sistema jurídico de limitada racionalidade prática, exigindo-se, assim, uma disciplina legislativa exaustiva e completa do mundo e da vida, não havendo qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto.

Por outro lado, um sistema baseado exclusivamente em princípios também seria inaceitável, pois a indeterminação e a inexistência de regras precisas só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

Assim, pode-se afirmar que o sistema jurídico necessita de princípios ou do valor que eles exprimem, com exemplo: liberdade, igualdade, dignidade e Estado de Direito.

[...] em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em “primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias.[...] (CANOTILHO,1991, p.174).

Assim, os princípios possuem um grau de abstração relativamente elevado, que permitem o balanceamento de valores e interesses, ao contrário das normas que, devem cumprir a exata medida de suas prescrições.

[...] é uma tendência predominante no Direito Constitucional brasileiro, e, ao que parece, no Direito Constitucional contemporâneo também: falar de princípios em termos estruturantes – dos princípios mais abertos aos mais densos, chegando-se ao patamar normativo das regras, reconduzindo-se, em via de retorno destas, progressiva e sucessivamente, até os princípios mais abstratos (de maior estrutura e de menos densidade). Essa concepção reforça, como se pode deduzir, a idéia de normatividade dos princípios constitucionais, ao emprestar-lhe um sentido articulado-estruturante, [...] já que torna mais plausível a compreensão, a interpretação e a aplicação dos princípios de maior abertura pelos princípios de maior densidade e pelas regras constitucionais. (ESPÍNDOLA, 2002, p. 185).

É nos princípios jurídicos fundamentais, aqueles que estruturam o Estado Democrático de Direito, que são encontrados os fundamentos para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo constitucional e infraconstitucional. Princípio é uma norma com alto grau de abstração que expressa um valor fundamental de uma dada sociedade e, servindo de base para o ordenamento jurídico, limita as regras que se relacionam com ele, integra as lacunas normativas, serve de parâmetro para a atividade interpretativa e, por possuir eficácia, pode ser concretizado e gerar direitos subjetivos.

5.2. FASES EVOLUTIVAS.

Os princípios passaram por três fases marcantes, as quais merecem destaque: o jusnaturalismo, positivismo e “pós-positivismo”. A partir do século XVI, com o surgimento do *jusnaturalismo* e com a crença na existência de um direito natural, isto é, em valores e pretensões que são inerentes ao homem independentemente da existência ou não de alguma norma oriunda do Estado, os princípios eram vistos apenas como orientações ou como objetivos a serem perseguidos. Não se falava em eficácia, aplicabilidade ou concretização. Eram apenas direcionamentos, sugestões.

No século XX encontramos o *positivismo jurídico* onde o “direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.146). Portanto, afastando-se do direito natural, os princípios

somente eram encontrados nas normas formalmente emanadas do Estado. Contudo, o positivismo entrou em decadência a partir dos movimentos fascista e nazista. Nestes, diversas atrocidades foram cometidas sob o amparo de textos legais. Em um Estado legalista, tudo o que está “escrito” é válido, é adequado.

Uma lei, desde que formalmente em ordem, poderia atentar diretamente contra o direito à vida ou à dignidade da pessoa humana, por exemplo. Não se vislumbrava, naquele momento histórico, uma análise do conteúdo material da norma em face dos direitos fundamentais.

Atualmente, nos deparamos com um novo movimento jurídico-filosófico que vem sendo chamado de “pós-positivismo”. Luís Roberto Barroso e Ana Paulo de Barcellos (2003, p.147) definem esta nova fase com brilhantismo:

“O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”.

5.3. CARACTERÍSTICAS DOS PRINCÍPIOS.

Os princípios, hodiernamente, apresentam as seguintes características: caráter de norma jurídica (normatividade), imperatividade, eficácia, precedência (superioridade) material (ROTHENBURG, 2003, p.17) e abstração.

Os princípios são espécie da qual as normas são gênero. Da mesma forma que as regras, ou seja, possuem caráter de norma jurídica, normatividade, juridicidade.

Por serem imperativos, devem ser incondicionalmente observados. Regina Maria Macedo Ney Ferrari (2001, p.75), ao tratar das normas constitucionais, nos traz uma interessante definição sobre a sua imperatividade, a qual se aplica *in totum* aos princípios:

As normas constitucionais, em virtude de sua juridicidade, apresentam como traço característico, assim, como todas as demais normas jurídicas, a sua imperatividade, ou seja, a obrigatoriedade da obediência de seus comandos por parte das pessoas às quais se dirigem, sejam estas pessoas individuais, coletivas ou os próprios órgãos do Poder Público.

Os princípios também possuem eficácia, ou seja, devem ser obedecidos em sua plenitude, ademais, “a eficácia é um atributo associado às normas e consiste na consequência jurídica que deve resultar de sua observância, podendo ser exigida judicialmente se necessária” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.168).

Esta eficácia pode ser observada sob quatro aspectos: 1) eficácia positiva ou simétrica; 2) eficácia interpretativa; 3) eficácia negativa; e, 4) eficácia vedativa do retrocesso. A eficácia positiva é a possibilidade de se exigir judicialmente um direito subjetivo garantido por um princípio. Por sua vez, eficácia interpretativa é a necessidade de se interpretar as normas inferiores em conformidades com as superiores, lembrando-se da superioridade axiológica que os princípios possuem sobre as demais. Já a eficácia negativa determina que todas as normas ou atos que sejam incompatíveis com os princípios sejam declarados inválidos. Finalmente, a eficácia vedativa do retrocesso está intimamente relacionada à eficácia negativa e aos princípios fundamentais, uma vez que permite que seja exigida, do Poder Judiciário, a invalidação de uma norma que revogue outra (que disciplina ou aumenta um direito fundamental) sem a respectiva substituição (ou contrapartida) (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.168-171).

Tendo em vista que os princípios refletem os valores supremos de uma sociedade, eles possuem precedência axiológica sobre as demais normas. Sob o ponto de vista material, há uma preeminência dos princípios sobre as regras.

Mesmo entre os princípios é possível uma diferenciação valorativa. Por derradeiro, possuem alta abstração, não trazendo em si regras de conduta, malgrado possam ser aplicados diretamente a um caso concreto.

5.4. FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS.

Mais importante do que estabelecer as características dos princípios é identificar as suas funções. Destarte, podemos citar, entre outras, as funções normativa, integrativa e interpretativa.

Em primeiro lugar, os princípios têm função normativa. Sendo normas jurídicas, podem ser concretizados e geram direitos subjetivos. Têm, ao lado das regras, função normativa.

Em segundo lugar, havendo uma lacuna jurídica, esta pode ser suprida com a utilização dos princípios. Encontramos aqui uma clara função integrativa em face das omissões legislativas.

Finalmente, em terceiro lugar, têm função interpretativa, ou seja, condicionam a atividade do intérprete. Nenhuma interpretação pode ser efetivada sem que se leve em conta os princípios jurídicos.

Podemos ainda acrescentar que os princípios diminuem a discricionariedade jurisdicional e vinculam o legislador (ROTHENBURG, 2003, p.44-45). Mas não é só. De forma ampla “[...] os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídos os próprios mandamentos constitucionais” (SIQUEIRA JUNIOR, 2004, p.161-162).

5.5. DIFERENÇAS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Após a exposição supra, onde tecemos considerações gerais sobre os princípios, é imperioso irmos além e apresentar as diferenças entre princípios e regras. Precisamos enfatizar que princípios e regras são espécies das quais as normas são o gênero.

Esta distinção ganhou relevo a partir dos estudos desenvolvidos por Ronald Dworkin e Robert Alexy (ESPÍNDOLA, 2002, p.66), festejados mestres da atualidade jurídica. Princípios e regras são, portanto, verdadeiras normas jurídicas, com todas as conseqüências que uma afirmação desse tipo pode resultar.

Por sua vez, normas, segundo José Afonso da Silva (2001, p.95) são:

[...] preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

Neste ponto, destacamos que as “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos” (ÁVILA, 2003, p.23).

Postas essas premissas, verificamos que os princípios possuem uma “estrutura aberta” (GUERRA, 2003, p.84), “têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.148). Já as regras possuem uma “estrutura fechada” (GUERRA, 2003, p.84), a qual contém um mandamento e o seu respectivo conseqüente.

“As regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações às quais se dirigem” (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p.148). Nestas, os modais deônticos obrigatório, proibido ou permitido estão sempre presentes.

Quando uma regra passa a vigor, ela jamais exclui por completo um princípio que com ela se relaciona. Os princípios estão sempre abertos a novas regras que podem surgir à medida que a sociedade evolui e delas necessite. O fato de uma regra indicar um caminho em determinado sentido para um determinado princípio não impede que, no futuro, outra regra seja editada indicando sentido oposto ao mesmo princípio. “As regras apresentam-se, portanto, como objeto da incidência dos princípios.” (ROTHENBURG, 2003, p.40)

5.6. COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS.

Uma das grandes diferenças entre princípios e regras está na respectiva aplicação, ou seja, na incidência aos casos em que se vislumbrem possíveis colisões, sejam entre princípios, sejam entre regras. Os métodos a serem utilizados são diversos.

Quando dois princípios forem aplicáveis a um caso concreto, um deles deverá ceder em face do outro. Contudo, ambos permanecerão válidos e vigentes. O intérprete deverá evitar o “sacrifício” total de um dos princípios envolvidos. É muito importante ter em mente que todos os princípios aplicáveis ao caso continuam válidos e integrando o sistema jurídico. Mesmo que se pudesse imaginar uma situação hipotética onde um princípio não fosse aplicado em sua totalidade, não haveria o que se falar em exclusão do sistema.

Ele continuaria válido (SILVA, 2003, p.621-622).

Nesse trilha, Thomas da Rosa de Bustamante (2002, p.156-157) nos adverte que “[...] no caso de colisão de princípios, um deles tem que ceder ao outro, porém sem que o princípio afastado seja declarado inválido ou tenha que ser criada uma cláusula de exceção”.

De outra banda, os princípios jurídicos nunca se apresentam de forma isolada. Devem ser analisados em conjunto com outros que com ele irão interagir (CARRAZZA, 2002, p.34). Diante de um caso concreto, vários princípios são passíveis de aplicação e formam um feixe principiológico incidente sobre a questão. Cabe ressaltar que a colisão entre princípios somente ocorre diante de um caso concreto, não sendo correto apontá-la em tese. A análise deverá ser realizada diante das situações fáticas do caso, uma vez que o “peso” atribuído a cada princípio é variável. Assim, quando um princípio entra em “choque” com outro, o intérprete deve levar em consideração o “peso”, o valor, dos princípios envolvidos. Diante de cada caso concreto, o mesmo princípio pode assumir diferentes valorações.

A respectiva aplicação se dará “mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.149).

A melhor doutrina fala em ponderação, conformação ou modulação de princípios. Assim, parece-nos preferível falar em ponderação ou em conformação a falar em colisão, embora esse último termo seja corrente na doutrina. Walter Claudius Rothenburg (2003, p.37), chega a utilizar o termo “fragmentação dos princípios” já que dois ou mais princípios podem se compor para a solução do caso concreto. Utiliza, esse mestre, também o termo “modulação” de princípios.

Desta feita, a dita “colisão” pode se dar de duas formas: positiva ou negativa. Tendo em vista o brilhantismo de Walter Claudius Rothenburg (2003, p.37), pedimos vênias para transcrever a diferença apontada pelo ilustre jurista:

A primeira situação: há colisão de princípios quando princípios conflitantes são suscitados, devendo-se resolver com base na precedência de um ou vários em detrimento dos demais, que são episodicamente afastados; por exemplo: vida privada versus liberdade de informação. A segunda: existe concorrência de princípios quando princípios convergentes incidem sobre o caso, resolvendo-se por composição; exemplo: os princípios da moralidade e da impessoalidade inspirando a Administração Pública.

Por sua vez, a citada “modulação” (ou ponderação) deve ser regida pela proporcionalidade (ROTHENBURG, 2003, p.41). Aqui precisamos fazer um parêntese. Não devemos utilizar, *in casu*, a expressão “princípio” da proporcionalidade (ROTHENBURG, 2003, p.42). A proporcionalidade não é um

princípio a ser ponderado juntamente com os demais. Ela se confunde, de per si, com a própria ponderação.

É, pois, um caminho a ser percorrido. (GUERRA, 2003, p.91-92) Retomando o fio da meada, segundo Marcelo Lima Guerra (2003, p.91), a regra da proporcionalidade pode ser dividida em três elementos parciais, “[...] a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito”. Através da adequação deve-se buscar uma perfeita pertinência entre os meios utilizados e os fins perseguidos, ou seja, aqueles devem ser idôneos.

A necessidade determina a utilização do meio menos gravoso, limitando-se ao “estritamente necessário”. Já a proporcionalidade em sentido estrito “impõe uma avaliação global da situação, na qual faça uma correspondência jurídica entre meios e fins, no sentido de estabelecer as vantagens e desvantagens do emprego dos meios, à luz de outros fins envolvidos na questão” (GUERRA, 2003, p.92).

A ponderação, portanto, pode ser definida como “uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.153). É, pois, um método a ser utilizado na solução dos chamados *hard cases*⁷.

Durante o processo de ponderação:

[...] os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ela indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.154-155).

Todas as vezes que esse processo for utilizado, a motivação é imprescindível. A argumentação jurídica apresentada pelo intérprete deverá trazer os fundamentos normativos⁸, a possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão e utilizar os princípios instrumentais de interpretação e materiais propriamente ditos (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.158-159).

⁷ Casos difíceis.

⁸ E não apenas os fundamentos pessoais ou morais do intérprete.

Finalmente, nas hipóteses onde normas constitucionais são incidentes, o intérprete deve adotar o método da ponderação em homenagem ao princípio da unidade da Constituição.⁹

5.7. CONFLITOS ENTRE REGRAS.

Diferentemente do que ocorre com os princípios, a aplicação das regras se dá por mera subsunção. Quando estamos diante de um conflito entre duas ou mais regras, temos uma verdadeira antinomia legal.

Nessas hipóteses, uma das regras será aplicada e as demais cederão totalmente. Estas serão consideradas inválidas e, por conseguinte, afastadas do ordenamento jurídico. Ao contrário dos princípios, uma regra vale ou não vale. Não existe um “meio termo”. Para as regras temos o chamado tudo ou nada.

Sob o ponto de vista dos valores, uma regra não pode ser considerada mais importante do que outra. Todas estão em um mesmo patamar, quando analisadas sob o prisma axiológico. Uma regra constitucional, por exemplo, não apresenta qualquer superioridade sobre outra regra igualmente constitucional.

5.8. PRINCÍPIOS LIGADOS AO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DE PARES HOMOAFETIVOS.

5.8.1. Princípio da Dignidade humana.

O Constituinte brasileiro consagrou a dignidade da pessoa humana na Constituição Federal proclamada em 05 de outubro de 1988, já no Título I – Dos princípios fundamentais, art. 1º, inciso III. Foi em reação ao autoritarismo militar, às violações frequentes a direitos e garantias fundamentais e ao positivismo cego que se desenvolveram os trabalhos da Constituinte de 1988 e, nesse contexto, a dignidade da pessoa humana foi constitucionalmente acolhida como fundamento da República Federativa do Brasil.

⁹ Sobre o princípio da unidade da Constituição, vide Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior (2005, p.85-86). Segundo eles, “o princípio da unidade indica que a Constituição é um sistema integrado por diversas normas, reciprocamente implicadas, que, dessa feita, devem ser compreendidas na sua harmoniosa globalidade”

Ao adentrarmos os estudos referentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, logo reconheceremos tratar-se de expressão maior do imperativo categórico kantiano, pelo qual o homem é um fim em si mesmo, merecendo um espaço de integridade a ser assegurado pelo Estado apenas por sua existência,(KANT, Immanuel, 2005.p.77) Assim, ninguém pode ser tratado como meio e todos os projetos de vida, pessoais ou coletivos, desde que razoáveis, merecem igual reconhecimento.

Trata-se de um princípio extremamente importante, pois norteia todo o arcabouço constitucional e infraconstitucional, constituindo-se tanto em um *preceito unificador* dos Direitos e Garantias Fundamentais corporificados em nossa Carta Magna, quanto em legitimador dos direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Contudo, o postulado da dignidade humana, em virtude da forte carga de abstração que encerra, não tem alcançado, quanto ao campo de sua atuação objetiva, unanimidade entre os autores, muito embora se deva, de logo, ressaltar que as múltiplas opiniões se apresentam harmônicas e complementares.

Karl Larenz, (1978. p. 46.) instado a pronunciar-se sobre o personalismo ético da pessoa no Direito Privado, reconhece na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio.

Mais completo, Joaquin Arce Y Florez Valdés(1990) vislumbra no respeito à dignidade da pessoa humana quatro importantes conseqüências:

- a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos;
- b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação;
- c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem;
- d) e a inadmissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida.

Adverte, acertadamente, que a tutela constitucional se volta em detrimento de violações não somente levadas a cabo pelo Estado, mas também pelos particulares.

Disso resulta que a interferência do princípio se espalha entre nós na reverência à igualdade entre os homens (art. 5º, I, CF). Assim, a consagração da dignidade da pessoa humana, como visto, implica em considerar-se o homem, com exclusão dos demais seres, como o centro do universo jurídico. Esse reconhecimento, que não se dirige a determinados indivíduos, abrange todos os seres humanos e cada um destes individualmente considerados, de sorte que a projeção dos efeitos irradiados pela ordem jurídica não há de se manifestar, a princípio, de modo diverso ante a duas pessoas.

Daí seguem-se duas importantes consequências. De logo, a de que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que concerne à elaboração da regra de direito (igualdade na lei) quanto em relação à sua aplicação (igualdade perante a lei).

O princípio da dignidade da pessoa humana demonstra a sua importância no sentido de que conforma um postulado com função de legitimar a ordem estatal. As ações do Estado devem estar fundamentadas na incessante busca de viabilizar os direitos básicos dos cidadãos, preservando a dignidade existente ou criando mecanismos para o seu exercício.

Nesse sentido, também destaca Ingo Wolfgang Sarlet, (2001, p. 111-112.)

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui uma norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade.

Mas, por óbvio, não seria a simples previsão constitucional que faria o princípio ser respeitado e, principalmente, efetivado objetivamente, mas, sim, a concretização de condições que tornem possível a plenitude constitucionalmente consagrada.

Da compreensão de que a simples previsão constitucional não bastaria para efetivar a dignidade da pessoa humana, o Constituinte de 1988 elaborou um amplo e aberto (não-taxativo) sistema de direitos e garantias fundamentais que direta ou indiretamente busca concretizar, na prática, esse princípio fundamental.

Assim, a dignidade da pessoa humana ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como uma norma que engloba noções valorativas e principiológicas, tornando-se preceito de observação obrigatória, fundamento da República Federativa do Brasil cujo valor no ordenamento constitucional deve ser considerado superior e legitimador de toda e qualquer atuação estatal e privada, individual ou coletiva.

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu plena normatividade à dignidade da pessoa humana, projetando-a para todo o sistema jurídico, político e social, tornando-a o alicerce principal da República e do Estado Democrático de Direito e permitindo que possuía proeminência axiológico-normativa sobre os demais princípios, no que avançou significativamente transformando-a em valor supremo da ordem jurídica.

Percebe-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana deixou de ser uma mera manifestação conceitual do direito natural, para se converter em um princípio autônomo intimamente conectado à realização e concretização dos direitos fundamentais e que impõe limites à atuação estatal e particular visando a mais ampla proteção do ser humano.

Trata-se de princípio que mesmo não estando expresso em todos os ordenamentos constitucionais latino-americanos, passou a ser mundialmente reconhecido como um direito humano e, portanto, inafastável de qualquer relação jurídica, econômica, social e política.

O homem, em todas as suas dimensões, passa a ser a preocupação maior do Estado e prioridade justificante do Direito e qualquer afronta à dignidade pode ser caracterizada como afronta ao Estado Democrático de Direito.

Embora seja muito fácil identificar situações em que a dignidade é desrespeitada, maior dificuldade se encontra em definir o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, tratando-se de um princípio aberto e não taxativo, possui múltiplos significados e efeitos. Devendo-se, portanto, delimitar alguns aspectos que devem ser considerados ao se efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor fonte de todo o sistema jurídico e social.

Neste escopo, é mister ressaltar a força axiológico-normativa do princípio da dignidade da pessoa humana, pois mesmo tendo sido reconhecida pela Constituição Federal brasileira como princípio fundamental, essa condição não lhe retira o seu papel de valor fundamental de toda ordem jurídica nacional e mundial.

Os princípios constituem expressão dos valores fundamentais que informam o sistema jurídico conferindo harmonia e unidade às normas que o compõem. Se é verdade que os valores são dotados de menor normatividade que os princípios e as regras, não se pode, porém, negar que possam também ser utilizados como fontes de interpretação, ainda que de forma mediata ou reflexa, principalmente quando se procede à análise de situações concretas.

O sistema constitucional configura instrumento de realização de valores reconhecidos pela sociedade, e esse caráter instrumental do sistema jurídico constitucional permite que valores como a dignidade da pessoa humana ganhem, ao menos indiretamente, certo grau de normatividade.

O conceito jurídico de dignidade da pessoa humana é indeterminado, ou seja, o seu conteúdo e a sua extensão são incertos, embora seja inegável que se trata de qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, e outro não poderia ser o entendimento.

Por isso, na doutrina nacional existente sobre o assunto é importante destacar o conceito elaborado por Ingo SARLET, (2006, p. 223), haja vista ser ele o mais abrangente, sintetizando todo o rol de proteção estabelecido por esse princípio:

A dignidade da pessoa humana corresponde à 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 a 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 a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Por ser incerto o conceito jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, o intérprete assume importante função na sua construção como valor fonte do sistema constitucional brasileiro e reflexo da sociedade em que está inserido, uma vez que o ordenamento jurídico não concede a dignidade, pois esta é inerente ao ser humano, mas reconhece-a e compromete-se a promovê-la e protegê-la; Tendo o dever maior de salvaguardar todas as formas de “dignidade” que possam existir, ainda que estas não se mostrem unânimes entre nós.

Assim, a sua relevância como valor fonte, portanto, dá-se não somente pela sua posição topográfica no texto constitucional, mas em virtude do amplo reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, que indiscutivelmente são a

concreção histórica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua legitimação e concretização na práxis constitucional.

Como fonte do sistema constitucional a dignidade da pessoa humana condiciona não só a atuação estatal e particular como toda a interpretação da lei fundamental, conferindo, dessa forma, unidade axiológico-normativa aos dispositivos constitucionais, mesmo aqueles que aparentemente parecem ser inconciliáveis.

A correta interpretação desse princípio leva à concretização de valores superiores, direitos e garantias fundamentais, inalienáveis e irrenunciáveis por qualquer ser humano.

Pode-se, então, concluir que por se tratar de princípio ético, de inquestionável inafastabilidade, é vinculante dos poderes estatais e qualquer norma constitucional ou infraconstitucional que lhe contrarie padece de inegável ilegitimidade e deve ser afastada de plano do ordenamento jurídico.

5.8.2. Princípio da Igualdade ou isonomia.

Prescreve o caput do art. 5º da nossa Constituição Federal de 1988: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade (...)".

Veja-se, portanto que o princípio da igualdade tem sede explícita no texto constitucional, sendo também mencionado inclusive no Preâmbulo da Constituição. Destarte, é norma supraconstitucional; estamos diante de um princípio, direito e garantia, para o qual todas as demais normas devem obediência.

Todavia, um desafio existe, qual seja: as efetivas desigualdades, de várias categorias, existentes e eventualmente estabelecidas por lei, entre os vários seres humanos, que desafiam a inteligência dos juristas a determinar os conceitos de "iguais" e "iguais perante a lei". Assim, cumpre como papel do jurista a interpretação do conteúdo dessa norma, tendo em vista a sua finalidade e os princípios consagrados no Direito Constitucional, para que desta forma o princípio realmente tenha efetividade.

Cabe aqui, ainda, a lembrança de que o significado válido dos princípios é variável no tempo e espaço, histórica e culturalmente.

No Direito, tal princípio assumiria um caráter de dupla aplicação, qual seja: uma teórica, com a finalidade de repulsar privilégios injustificados; e outra prática, ajudando na diminuição dos efeitos decorrentes das desigualdades evidenciadas diante do caso concreto. Assim, este princípio constitucional constitui uma ponte entre o Direito e a realidade que lhe é subjacente.

A igualdade de todos os seres humanos, proclamada na Constituição Federal, deve ser encarada e compreendida, basicamente sob dois pontos de vista distintos, quais sejam: O da igualdade material e o da igualdade formal.

Quanto à igualdade material, entende-se tratar de tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que diz respeito à possibilidades de concessão de oportunidades. Portanto, de acordo com o que se entende por igualdade material, as oportunidades, as chances devem ser oferecidas de forma igualitária para todos os cidadãos.

A igualdade material teria por finalidade a busca pela equiparação dos cidadãos sob todos os aspectos, inclusive o jurídico, de forma prática e eficaz, sob o manto de uma chamada discriminação positiva vislumbrada no ato de tratar de forma diferenciada aquele que se mostra diferente, a fim de igualá-lo às condições dos demais.

Mesmo sendo humanitária, idealista e desejável tal igualdade, parece de difícil concretização em sociedade.

No tocante à chamada Igualdade Formal, necessário dizer que o art. 5º da CF/88 prescreve "igualdade de todos perante a lei". Esta é, pois, a igualdade formal, que mais imediatamente interessa ao jurista. Essa igualdade seria a pura identidade de direitos e deveres concedidos aos membros da coletividade através dos textos legais.

Por igualdade formal, devemos entender o impedimento de hierarquização entre as pessoas, pois todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade, cabendo ao Estado agir de maneira impessoal frente àqueles que se submetem ao exercício jurisdicional.

5.8.3. Princípio do Melhor interesse da Criança.

Há que se salientar que o reconhecimento e a utilização da doutrina jurídica da proteção e o princípio do melhor interesse da criança decorreram da

grande “valorização legislativa” da família oriunda do advento da Constituição Federal de 1988, em que, como já dito alhures, aquela se consolidou como espaço de afetividade, desenvolvimento e realização dos seus membros e não mais como uma instituição que por si só deveria ser preservada, assegurando-se a paz domiciliar a qualquer custo.

Considerando-se a maior vulnerabilidade da criança e do adolescente, devido à sua pouca maturidade e, por conseguinte inabilidade para gerir a própria vida, reconheceu-se que eles deveriam passar a desfrutar de maior proteção.

Logo, além dos direitos e garantias usuais a que têm direito como seres humanos que são e que estão inseridos na Constituição Federal e no Código Civil, por exemplo, existem direitos especiais a eles assegurados, em virtude de sua condição especial de pessoas em desenvolvimento consoante o disposto no art. 3º do ECA:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

O princípio do melhor interesse pode ser enquadrado na categoria de preceito a ser obedecido para garantir a proteção integral de que trata o ECA. Como já mencionado anteriormente, ele não se encontra enunciado de modo expresso nos diplomas legais que versam sobre a proteção à criança e o adolescente.

Para a averiguação do que se entende por melhor interesse da criança, há que se considerar o caso concreto e as peculiaridades a ele inerentes. De igual modo, o fato de ser um princípio traz em seu bojo uma indeterminação a ele inerente isto porque os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados.

Os princípios, por serem “standards” de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto.

Inicialmente, há que se atentar para o disposto no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal de acordo com o qual:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Conforme o dispositivo legal mencionado, o fato de inexistir menção explícita de direitos ou princípios no texto constitucional não significa que os mesmos não tenham sido por ele contemplados (ou que não devam ser considerados para fins de interpretação legal), mormente quando integrarem Tratados de que o Brasil seja parte.

Este foi justamente o caso do princípio do melhor interesse, posto que este, como já dito, é abarcado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança em seu artigo 3º *verbis*:

1- Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

2- Os Estados-Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3- Os Estados-Partes certificar-se-ão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

Nota-se no artigo acima transcrito a preocupação do legislador em inserir a criança como meta principal das ações públicas ou privadas a serem executadas, isto é, antes da implementação das ditas ações há que se considerar se ela está protegida (como sujeito de direitos que é), se os seus interesses estão sendo de fato respeitados.

Ressalta-se ainda, a necessidade dos Estados Partes - aí entendidos os seus agentes, no caso brasileiro, à guisa de exemplo os conselheiros tutelares, os promotores, os médicos, as assistentes sociais, os juízes, enfim todos aqueles que de algum modo desempenham atividades que se relacionem com a infância e a juventude - exercerem uma atividade de fiscalização com o fito de assegurar a proteção e o bem-estar das crianças e adolescentes, verificando, inclusive, se os

responsáveis por elas estão agindo adequadamente ou se estão usurpando os seus deveres e por conseguinte violando a lei.

Finalmente, o *item 3* cuida mais especificamente do atendimento prestado às crianças e adolescentes por instituições cuja finalidade seja fornecer-lhes cuidado e proteção. Através deste item quis o legislador assegurar um padrão de qualidade do serviço oferecido obedecendo a padrões pré-estabelecidos, mormente no que concerne à saúde, à segurança e à competência daqueles que o realizam.

Assim sendo, o princípio do melhor interesse deve ser uma consideração primária de todas as ações direcionadas à população infanto-juvenil. O que significa que em qualquer circunstância, em toda decisão referente a uma criança/adolescente, devemos escolher a melhor solução para ela.

Verifica-se que o princípio deve ser aplicado em qualquer área, e em especial nos tribunais quando houver que se decidir um conflito de interesses no qual seja parte uma criança/adolescente.

Aplica-se o mesmo raciocínio para a elaboração de novas leis atinentes a infanto-adolescência, ou seja, antes de ser aprovada pela Casa Legislativa deve-se analisar se aquela norma está de fato atendendo às necessidades da criança, se é a melhor solução para aquele determinado caso, etc.

É fato que o princípio em questão não possui conceito determinado na Convenção, nem nos demais documentos que o mencionam, o que é criticado por inúmeros doutrinadores por dar margem a sua utilização de forma arbitrária, entretanto, há que se adotar uma linha hermenêutica protetiva da população infanto-juvenil, e, por conseguinte valer-se da “fluidez” do princípio para ampliar o espectro de proteção assegurando o cumprimento dos seus direitos.

6. ADI N.º 4277-DF/2009 E ADPF N.º 132-RJ/2008: COMO VOTOU O MINISTRO RELATOR CARLOS AUGUSTO AYRES DE FREITAS BRITTO.

6.1. NOÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

Antes de iniciarmos a discussão acerca dos fundamentos que conduziram ao brilhante desfecho deste histórico julgamento, mister se faz esclarecermos alguns pontos que facilitarão a compreensão da argumentação utilizada pelo ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal.

A exemplo disto gostaríamos de salientar em que consiste a função de relatoria em um processo, quem é o relator e quais as suas incumbências diante da análise de um caso que se põe a apreciação. Assim, em linhas gerais, pode-se dizer que relator é a pessoa do Juiz/Ministro que através de sorteio recebe a função de interpretar o caso que vai a julgamento perante o tribunal do qual se faz membro; compete-lhe gerenciar o processo. A escolha do juiz que terá tal responsabilidade, com o fim de preservar a imparcialidade em todo e qualquer caso, se dará por sorteio, podendo ocorrer por prevenção, quando já for o relator de processo referente ao mesmo assunto. O relator decide ou, conforme o caso, leva seu voto para decisão pela turma ou pelo *plenário*.

A forma jurídica de apresentação do tema ora debatido também deve ser aclarada, posto que não se trata de jargão de uso corriqueiro entre as pessoas. Assim, deve-se discutir o que vêm a ser as chamadas Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

Inicialmente alertamos para o fato de que ambas constituem formas abstratas e controle de constitucionalidade, mas o que vem a ser o chamado controle de constitucionalidade? Entende-se por controle de constitucionalidade a verificação da adequação que deve existir entre as normas infraconstitucionais e a Constituição, ou seja, as leis de forma geral devem guardar absoluta observância aos termos expressos na Magna Carta.

Trata-se de um exame comparativo entre um ato, seja ele de cunho legislativo, normativo ou administrativo e a Constituição Federal de 1988, após o

que, o ato que contrariar a Constituição é considerado inconstitucional, podendo ser essa inconstitucionalidade parcial ou total.

Portanto, o controle de constitucionalidade é o meio pelo qual se protege a Constituição de atos que a ferem. A declaração de inconstitucionalidade de uma norma produz o efeito chamado *ex tunc*, pelo qual se entende a nulidade plena desta; assim, via de regra, será como se a lei nunca tivesse existido.

A possibilidade de efetuarmos este controle sobre as normas que compõem o ordenamento jurídico existe em razão de possuímos uma Constituição rígida.

A adequada explanação acerca da rigidez que circunda nosso sistema jurídico é incrivelmente complexa, mas pode ser entendida como aquela que prevê, para modificação de suas próprias regras, um procedimento muito mais formal e solene do que o procedimento que ela prevê para as demais normas.

Assim sendo, a Constituição Federal de 1988, rígida que é, só pode ser alterada por iniciativa de 1/3 no mínimo dos membros da Câmara dos Deputados ou Senado Federal; do Presidente; de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades federativas, manifestando-se em cada uma delas por maioria relativa de seus membros.

Por contar com este alto grau de formalidade para sua construção, estabelece-se uma espécie de pirâmide normativa, em cujo ápice se localiza a Constituição Federal como centro de equilíbrio. Dessa maneira, todos os atos normativos, legislativos ou administrativos devem por princípio, guardar compatibilidade com a Magna Carta.

Os parâmetros de compatibilidade a serem observados são essencialmente dois: o formal e o material. O formal diz respeito ao processo legislativo, melhor dizendo, à observância ou inobservância de regras procedimentais durante o processo legislativo. O material, por sua vez, refere-se ao conteúdo das normas; desta feita, é no teor da norma que se aloja a compatibilidade ou incompatibilidade face à Constituição.

O controle de constitucionalidade pode se apresentar de forma Preventiva ou Repressiva.

6.1.1. Controle de constitucionalidade preventivo.

Será preventivo o controle constitucional manifestado antes ou durante o processo legislativo, no momento da elaboração das leis, de modo a impedir que normas que não guardem equivalência com a Constituição sejam inseridas no sistema jurídico, incidindo sobre os chamados projetos de lei. A responsabilidade por esta análise de regularidade da lei é do Legislativo que inicia o processo de verificação e submete o texto legal a apreciação das Comissões de Legislativas, em especial a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ).

Entre outras finalidades a CCJ deve verificar a adequação do projeto de lei no que se refere aos aspectos formais e materiais do processo legislativo, elaborando um parecer técnico sobre a constitucionalidade que, no entanto, pode não ser definitivo, pois ainda assim, é prevista a possibilidade de recurso na qual o projeto de lei pode ser aprovado, mesmo com o parecer da CCJ pela inconstitucionalidade.

Deste modo, cabendo recurso por parte dos deputados, se o Presidente do Senado aceitar a propositura do recurso, o projeto de lei será encaminhado ao Presidente da República para a sanção ou veto; se o Presidente do Senado não aceitar o recurso, o projeto será arquivado.

O Presidente da República precisa ter dois fundamentos para vetar o projeto de lei, a saber, Contrariedade do Interesse Público e Inconstitucionalidade do Projeto. Se, contudo, o Presidente da República não encontrar nenhum desses dois fundamentos, o projeto de lei será sancionado, porém, ocorrendo o veto, mediante um ou outro argumento, este não será definitivo, posto que será encaminhado à apreciação da CCJ em até 48 horas, onde poderá ou não ser mantido, dependendo sua derrubada do voto da maioria absoluta dos membros de cada Casa Legislativa.

Portanto, os momentos mais relevantes do controle de constitucionalidade preventivo são o parecer da CCJ e o veto do Presidente da República.

6.1.2. Controle de constitucionalidade repressivo.

De forma bastante simplificada, diz-se que tal controle é realizado após a elaboração da lei e tem por finalidade retirá-la da esfera jurídica. O controle repressivo processa-se por duas vias uma chamada de Difusa (indireta, de exceção ou concreta), que consiste basicamente na arguição de inconstitucionalidade de uma lei, dentro de um processo judicial comum; e outra chamada de Concentrada (direta,

de ação ou abstrata), cujas características se resumem na existência de uma ação que tem por propósito único e exclusivo a declaração de inconstitucionalidade da norma.

No controle repressivo difuso discute-se o caso concreto. Deve haver uma situação concreta onde o interessado (qualquer um), peça auxílio ao judiciário para escapar da incidência de uma norma inconstitucional. Os efeitos dessa decisão operam-se entre as partes e *ex tunc* (retroagindo desde o início).

É chamada via de exceção porque excepciona apenas o interessado dentre toda a comunidade. O que o interessado quer é que o pedido dele seja aceito e não que a norma seja considerada inconstitucional. O pedido de inconstitucionalidade não é o seu objetivo principal. Qualquer forma processual pode ser utilizada e o interessado pode tanto estar no polo passivo quanto no polo ativo da ação.

A declaração de inconstitucionalidade da norma é dada incidentalmente, ou seja, o juiz reconhece a inconstitucionalidade e por consequência julga o feito procedente ou improcedente. O foro para a propositura da ação é o foro regular ou comum. Assim, qualquer juiz poderá, diante do caso concreto declarar a inconstitucionalidade da norma, cabendo recurso ao STF caso o juiz não reconheça a inconstitucionalidade.

Se o interessado perder nas duas instâncias, caberá Recurso Extraordinário, porém as causas que ensejam a interposição de um Recurso dessa natureza devem obedecer aos requisitos do artigo 102, inciso III, alínea a, b, c e d, além da necessária demonstração da chamada Repercussão Geral. Senão vejamos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

O STF julgará a matéria e reconhecerá a inconstitucionalidade ou não, fato que por si não retira a norma do sistema, pois a coisa julgada restringe-se somente às partes do processo em que a inconstitucionalidade foi arguida gerando efeitos desde o início.

Por sua vez, no controle repressivo concentrado, que mais nos interessa em se tratando da compreensão do julgamento sobre a ADI 4277, o processo tem natureza objetiva, questionando-se a própria constitucionalidade ou não de uma lei, ou seja, o objetivo é o ataque à lei, não permitindo discussões de interesse meramente individual.

O controle concentrado de inconstitucionalidade processa-se mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI, regulada pela Lei n.º 9868/99), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON, regulada pela Lei n.º 9868/99) e pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF, regulada pela lei n.º 9882/99), todas com efeito vinculante.

No que tange ao processamento destas ações, o foro legitimado é de competência originária do STF, ou seja, os trâmites têm início e terminam no âmbito do STF. Ressalte-se, ainda, que com o advento da Emenda Constitucional (EC) n.º 45 de 2004 os legitimados para a propositura de qualquer destes três mecanismos de controle constitucional concentrado foram iguados, como veremos.

Assim sendo, compreendamos melhor os dois institutos jurídicos de maior relevância face à temática abordada: ADPF e ADI.

Como dito alhures, ambos possuem como foro o STF e como legitimados com capacidade postulatória - aqueles que podem ajuizar a ação sem necessidade de representação de advogados - os constantes do artigo 103 da Constituição Federal, sendo um rol taxativo.

Apesar de legitimados, nem todos podem propor ADI, pois deve haver um vínculo de correlação lógica, ou seja, um vínculo entre a função exercida e o pedido de inconstitucionalidade devendo-se demonstrar Pertinência Temática. Àqueles para quem se faz desnecessário a demonstração de tal pertinência chamamos *Autores Neutros e Universais*. Àqueles que não estão dispensados de tal demonstração chamamos *Autores Especiais*.

São *autores neutros e universais*: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Partido político com representação no Congresso Nacional.

São *autores Especiais*: a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e Confederação sindical (assim entendida a reunião de três federações sindicais) ou

Entidade de classe de âmbito nacional (assim entendidas as categorias econômicas ou profissionais com representação em pelo menos nove entidades da federação, ou com representação em todas as unidades da federação em que possui exploração de sua atividade, se em número inferior a nove).

Quanto ao objeto a ADI abrange Lei ou Ato Normativo federal ou estadual, de forma geral e abstrata. Não existe polo passivo, nem interesse das partes envolvidas. O objetivo é externar a guarda ao texto constitucional. Neste caso não há lide e não se admite desistência, pois se volta, em tese, contra a lei.

Os efeitos da decisão final em sede de ADI são: *Erga-omnes*, *Ex tunc*, e Vinculante. *Erga-omnes*, posto que se impõem à coletividade e não a determinados indivíduos de forma sectária. *Ex tunc*, como já esclarecido, por retroagir em seus efeitos. E vinculante devido ao fato de todos os membros do Judiciário e da Administração Pública terem o dever de decidir conforme a interpretação do STF acerca do tema analisado sob o crivo do controle de constitucionalidade efetuado. A decisão é inquestionável.

Se algum órgão desrespeitar esta decisão, mediante ação de Reclamação este fato é levado ao conhecimento do STF (a propositura desta ação é direta no STF), que expedirá uma ordem para que o órgão descumpridor adeque a decisão proferida em conformidade com a interpretação disposta em sede de ADI.

Ressalte-se, contudo, que, em relação aos efeitos da ADI, a Lei n.º 9868/99, em seu artigo 27, tratou de permitir, pelo quórum de 2/3 dos membros do STF, fundando a decisão em Razão de Segurança Jurídica e Excepcional Interesse Social, a possibilidade de o STF decidir com efeito *ex nunc* (a decisão não retroage, gerando efeitos a partir de sua prolação) ou ainda a partir do momento em que achar necessária a produção de tais efeitos. A regra é *ex tunc*, mas podem ocorrer as hipóteses acima sempre que assim se decidir pelo quórum de 2/3 dos membros do STF. Tal dispositivo ao abrir esta possibilidade, reconhece o poder de modulação dos efeitos da ADI detido pela Suprema Corte. Portanto, com base no poder de modulação dos efeitos da ADI, pode o STF:

- Atribuir eficácia *ex nunc*;
- Atribuir eficácia *ex tunc*;
- Atribuir qualquer outro momento.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 102, § 1º, estabeleceu uma nova forma de controle concentrado da constitucionalidade que consiste na

chamada ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Esse instrumento jurídico tem caráter subsidiário, ou seja, tratará apenas de matérias residuais, nas situações em que não haja outro modo eficaz de evitar ou reparar o desrespeito e a agressão ao texto constitucional proveniente de ato do poder público. Também possui efeito *erga-omnes*, *ex tunc* e vinculante, bem como respeita a modulação dos efeitos pelo STF. Tem caráter irrecorrível, sendo impossível rescindir a decisão. É possível utilizar-se da Reclamação para garantir seus efeitos.

6.1.3. Técnica de interpretação conforme a Constituição.

Embora muito se discuta acerca do tema, segundo os ensinamentos de Luis Henrique Martins dos Anjos, a Interpretação conforme a Constituição é um tipo de técnica de controle de constitucionalidade e não uma simples regra de interpretação hermenêutica como poderia parecer, sendo um princípio próprio da fiscalização da constitucionalidade. As regras de interpretação do direito podem ser utilizadas por qualquer jurista no sentido de declarar a norma aplicável, seja num parecer, numa petição, ou numa sentença. Já a interpretação conforme à Constituição enquanto técnica de julgamento na via concentrada-abstrata de controle de constitucionalidade fixa a interpretação da Constituição Federal o que é realizado precipuamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, a interpretação conforme à Constituição é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade e não simplesmente regra de interpretação. É procedimento ou regra própria da fiscalização abstrata da constitucionalidade das normas que se fundamenta em nome de um princípio de economia do ordenamento ou do máximo aproveitamento dos atos jurídicos

Também se justifica a interpretação conforme à Constituição diante da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, bem como no Princípio da Unidade da Ordem Jurídica.

Compreendendo melhor, quando o Supremo realizar uma interpretação para um ato normativo questionado, não pode aviltar o que está escrito, não pode ser claramente contrário ao que está escrito. Temos aqui uma limitação gramatical. A interpretação que o STF vai apresentar não vai poder criar um outro ato normativo, porque ele não é o legislador do ato, e sim o intérprete do ato.

Em síntese, podemos apontar os seguintes requisitos para a aplicação da interpretação conforme à Constituição:

- Deve ser respeitado o instituto jurídico que está em questão. O ato questionado vai estar envolvido com alguma matéria de um instituto jurídico, e os princípios deste instituto jurídico devem ser respeitados;

- Deve ser respeitado o Princípio da Razoabilidade, isto é, há que ser uma interpretação razoável e sem artificialismos;

- Também há que se respeitar o Princípio da Aplicação Restritiva, ou seja, quando houver dúvidas, não se faz a interpretação conforme à Constituição. Se houver dúvidas, o Supremo deve declarar a inconstitucionalidade do texto normativo analisado.

Destaque-se que a técnica da interpretação conforme pode ser combinada com uma declaração de inconstitucionalidade parcial, tanto quantitativa como qualitativa.

No primeiro caso, a Ação Direta de Inconstitucionalidade será julgada parcialmente procedente em relação àquela parte do ato normativo em que não coube a interpretação conforme à Constituição. Logo, também a ação será julgada parcialmente improcedente no que se refere à declaração de constitucionalidade da parte normativa em que se realizou a interpretação conforme. No segundo caso, a interpretação conforme à Constituição será aplicada conjuntamente com outra técnica, chamada de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, hipótese em que o STF, além de fixar a interpretação conforme à Constituição, declara a inconstitucionalidade das demais interpretações do ato impugnado, retirando-as do seu complexo normativo, constando expressamente do dispositivo do acórdão.

6.2. OS TERMOS DO BRILHANTE VOTO DE LAVRA DO MINISTRO AYRES BRITTO.

O ministro relator da ADI n.º 4.277 iniciou seu voto tratando de questões preliminares acerca da conversão da ADPF n.º 132/RJ na citada ADI n.º 4277, isto por razões de técnica jurídica que o levaram a subsumir a apreciação dos objetos e pedidos apresentados em ambas as ações sob o manto único do instituto jurídico mais abrangente e pertinente ao caso.

Teceu as linhas gerais dos pedidos do autor da ADPF nº 132/RJ, consistindo o primeiro pedido na aplicação da técnica da interpretação conforme à Constituição aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, todos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) com o fim de viabilizar o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais, entendendo pela parcial perda de objeto da presente ação. Perda de objeto que de logo acentuou, só ocorrer quanto ao específico ponto que abrange os direitos previdenciários, vez que a legislação do estado do Rio de Janeiro já efetivara tal reconhecimento mediante o artigo 1º da Lei n.º 5.034/2007. Isso porque a lei em causa já confere aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união para estes fins.

Quanto ao segundo pedido, tratando acerca da dissensão ocorrida nas diversas cortes de justiça do país ao tratar do tema do reconhecimento das uniões entre pares iguais, dada a incompatibilidade material entre o disposto nos preceitos fundamentais da Constituição e as decisões administrativas e judiciais que acabam por salvaguardar subjetivismos excessivos de um ou outro magistrado em oposição ao cumprimento da dimensão objetiva do Direito que deve ser aplicado, entendeu o ministro pela convergência de objetos entre ambas as ações, motivo pelo qual, recebeu em par a ADPF como ADI por prevenção, passando, pois, à análise da questão.

Em outras palavras, conheceu da ADPF n.º 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o artigo 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da interpretação conforme à Constituição, que já esclarecemos acima. O que vinha reprisado na ADI n.º 4.277-DF, proposta, conforme dito anteriormente, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procuradora Geral que a ele fora redistribuída por prevenção.

O ministro, sempre de forma sensível e poética, inicia seu voto tecendo críticas severas ao moralismo social que dá margem ao sentimento de discriminação odiosa contra homoafetivos, acenando para a hipótese de que tal se dá em razão do estabelecimento de um parâmetro de normalidade, a saber, a heteroafetividade.

Nos ateremos aqui a argumentação do excelentíssimo Ministro Ayres Britto, posto que Relator da ação que nos incumbe apreciar, cujo voto foi seguido pelos outros dez ministros votantes e que se pautou nos seguintes termos:

- Recepção do pedido de interpretação conforme a Constituição Federal para o artigo 1.723 do Código Civil, vez que desde que presentes os requisitos legais inerentes à caracterização das uniões estáveis nas relações homoafetivas, não haveria razão de direito para efetivar-se qualquer discriminação no sentido de conceder tratamento diverso ao concedido às uniões heteroafetivas que observam os mesmos requisitos. Isso se faz porque a própria Constituição Federal, enquanto sistema que traduz, traz em seu bojo a resposta necessária a esta equiparação. Assim, sendo duradouras, contínuas, públicas e com o objetivo de constituição de família, nada há que diferencie estas uniões das estabelecidas entre pessoas de sexos opostos;

- Acentuação do caráter afetivo das relações homoafetivas em detrimento do caráter econômico e patrimonial próprio das relações comerciais e sociedades de fato, elevando o afeto à categoria de pré-condição do pensamento;

- Destacou o artigo 3º, IV, da Constituição Federal como sendo para além de uma necessária diferenciação anatômica entre o homem e a mulher aos olhos da lei, um chamamento à não discriminação em razão do sexo ou da sexualidade humana, haja vista ter a Carta Magna como objetivo maior a promoção do bem de todos, como se lê, de forma a proteger a vida de cada ser humano em particular garantindo o equilíbrio social, o que chamou de *constitucionalismo fraternal*, capaz de viabilizar uma igualdade civil e moral para além daquela simplesmente econômica ou social dando plena aceitação ao que denominou pluralismo sócio-político-cultural;

- Revelou o Direito enquanto mecanismo de controle social engenhoso que tem o dever de assegurar respeito à características que tanto nos homens, quanto nos animais se mostra instintivo e natural, ai abarcada a natureza sexual dos indivíduos, seja ela qual for, como há muito se faz, literalmente, por exemplo, na Comunidade Européia, em suas palavras:

Resolução do Parlamento Europeu, de 08 de fevereiro de 1994: “A comunidade européia tem o dever, em todas as normas jurídicas já adotadas e nas que serão adotadas no futuro, de dar realização ao princípio de igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais”.

Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Européia, de 16 de março de 2000: “Os Estados-membros são incitados a adotar *“políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais designadamente, a garantirem às famílias monoparentais, aos casais não unidos pelo matrimônio e aos do mesmo sexo, a igualdade de direitos relativamente aos casais e famílias tradicionais, principalmente, no que se refere a obrigações fiscais, regimes patrimoniais e direitos sociais, e conclama todos os Estados nos quais não exista ainda esse reconhecimento jurídico a alterarem a sua legislação no sentido do reconhecimento jurídico das uniões sem laços matrimoniais independentemente do sexo dos intervenientes, entendendo ser necessário conseguir rapidamente progressos quanto ao reconhecimento mútuo na União Europeia destas diversas formas legais de uniões de fato e de matrimônios entre pessoas do mesmo sexo.”*

- Assinalou para o fato de que a natureza da atração sexual e afetiva do indivíduo por par igual nada tem a ver com sua maior ou menor dignidade enquanto ser humano, tratando-se, pois de um autêntico bem da personalidade a ser tutelado e protegido pelo Estado. Uma esfera inviolável de autonomia da vontade do ser humano que busca sua plenitude existencial;

- Citou: “A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”. (Carl Gustav). Afirmando, ainda que se as pessoas de “preferência” heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de “preferência” homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Salientamos, novamente, que entendemos que as expressões “preferência”, “orientação” e “inclinação sexual”, embora empregadas pelo brilhante Ministro em seu voto, não se mostram as mais adequadas quando o que se quer é fazer menção a *natureza da atração físico-afetiva* entre pessoas do mesmo sexo; assim, optamos por esta última designação de livre emprego neste trabalho;

- Situou a liberdade sexual no âmbito das liberdades individuais que impõem o respeito do Estado e da sociedade, posto que se concretiza sob a forma de direito à intimidade, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute. E sob a forma de direito à privacidade, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercurso ou emparceirado desfrute;

- Passou à análise do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, mais especificamente de seu parágrafo 3º, que traz em seu bojo a expressão “entidade familiar”. Para o ministro a expressão deve ser entendida como sinônimo de “família” e não como uma subespécie de família ou uma família de segunda categoria. Vem

esclarecer que as uniões estáveis não podem guardar o peso da cultura patriarcal que cerca, ainda hoje, nossa sociedade, vitimando pelo preconceito inúmeros núcleos familiares, atualmente existentes nas mais diversas variações de composição como já demonstramos. O que se pretende é demonstrar que não importa o nome do instituto jurídico pelo qual é abarcado o núcleo familiar, mas apenas importa este em si mesmo. Assim, casamento civil e união estável, guardam entre si diferenciações jurídicas patentes e constantes de lei, contudo, nada mais são que meios distintos de se chegar a um fim comum, o qual recepcionamos como família, onde o que importa é o indivíduo que a compõe e sua busca constante por realização de felicidade, entendida como expressão maior do Princípio da Dignidade Humana;

- No subitem III do tópico 35, bem como no item 36 do voto do Relator, faz este menção direta ao direito à adoção por pares homoafetivos e suas implicações, vez que esclarece que não se pode excluir da adoção ativa pessoas de qualquer “orientação sexual”, sozinhas ou em regime de emparceiramento, vedadas diferenciações de cunho discriminatório e preconceituoso entre a pessoa do adotante homo ou heteroafetivo e, ainda, ressalta que é dever do poder público auxiliar e incentivar o processamento da adoção observando sempre o bem-estar e o melhor interesse da criança, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal, com o que finaliza seu voto reiterando a concessão da interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, salvaguardando todos os direitos e consequências deste reconhecimento às uniões estáveis homoafetivas ou, como querem alguns, uniões homoafetivas estáveis.

Assim, do ponto de vista jurídico, observa-se que o voto do relator exaustivamente esclareceu as razões da procedência do pedido constante da ADI 4277/DF. Dissecados e explicados um a um, os argumentos de cunho técnico-normativo se revelaram uma colcha sem costuras aparentes, na perfeita preservação da sistemática jurídica que se reflete no controle verticalizado da norma, que tem na Constituição Federal seu esteio maior.

Sob a égide dos princípios constitucionais que orientam a interpretação do aplicador da norma não poderia ser outra a conclusão a que se chegou e sem dissensões entre aqueles que compõem o guardião maior do coração de nossas leis. Os ministros do Supremo, acertadamente, acompanharam o brilhante voto que

aqui apenas se esboçou e cujos argumentos vêm sendo apresentados no decorrer desta pesquisa de forma pormenorizada, para arrematarmos agora.

Mas, infelizmente, mesmo tendo representado um grande avanço para o moderno direito brasileiro, longe de por fim ao debate na esfera jurídica e social, a decisão do STF acirrou ânimos e feriu suscetibilidades em muitos níveis estruturais de nossa sociedade levantando muitas dúvidas.

Que direitos atribuir a esta nova família reconhecida juridicamente? Exacerbou suas funções o guardião da Constituição brasileira ao proferir tal decisão? O que fazer com tantas diferenças que insistem em bater à nossa porta exigindo aceitação? Como lidar com esta nova conformação social? Até que ponto todos os direitos decorrentes desta decisão serão de fato respeitados face ao novo modelo familiar chancelado pelo judiciário?

Quase dois anos se passaram desde o julgamento histórico da ADI 4277 e, embora tenhamos dado um grande passo em direção ao equilíbrio dos direitos garantidos a este novo modelo familiar em nossa sociedade, o que se vê é a persistência em resistir e ceder a esta novidade jurídica. Ainda hoje há cartórios que exigem decisões judiciais transitadas em julgado para a lavra do contrato de união estável entre pessoas do mesmo sexo, como se de nada tivesse valido o sofrido percurso de pessoas e grupos que lutaram pela efetivação desses direitos. O que dizer da adoção, ora já se demonstrou aqui o teor da legislação que trata do tema e agora passaremos à sua análise individualizada, posto que para este fim nos propusemos.

7. DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA.

7.1. ASPECTOS GERAIS.

Muito se tem discutido a respeito da questão envolvendo companheiros homoafetivos e o direito à adoção em todo o mundo. No Brasil, em decorrência do surgimento de decisões judiciais favoráveis a esta possibilidade e, mais recentemente, da decisão do STF na ADI n.º 4277-DF/2009, julgada em 05 de Maio de 2011, aumentou-se o debate no âmbito jurídico, pois o que se achava pacificado ante a palavra da Corte Máxima brasileira, apenas acirrou ânimos já exaltados.

A polêmica sempre se fundou no fato de que a legislação nacional não permite, expressamente, que o titular do lar substituto da criança ou do adolescente seja um casal homoafetivo, todavia, ressalte-se, também não o proíbe.

Assim sendo, observou-se uma resistência injustificada do legislador e do aplicador do direito no enfrentamento direto desta questão, contudo, entende-se que, desde que verificadas e preenchidas as condições para o ato da adoção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90, ECA), não há que se cogitar da impossibilidade de que homoafetivos figurem conjuntamente em tal procedimento na qualidade de partes legítimas.

Para compreendermos melhor o entendimento da Corte Suprema, conforme tratamos anteriormente, são requisitos gerais para adoção: ser maior de 18 anos, independente do estado civil e ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotado (art. 42, ECA).

Não há, pois, qualquer proibição legal em relação ao ato de adoção em razão da natureza sexual dos indivíduos, nem poderia ser diferente, já que a Constituição Federal consagra expressamente o princípio da igualdade formal e material no direito brasileiro (art. 5º, *caput*), cujos termos garantem a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Compartilhando deste mesmo entendimento:

[...] o homossexual tem o direito de adotar um menor, salvo se não preencher os requisitos estabelecidos em lei. Aliás, se um homossexual não pudesse adotar uma criança ou um adolescente, o princípio da igualdade perante a lei estaria abertamente violado. [...]. O que importa, no substancial, é a idoneidade moral do candidato e a sua capacitação para

assumir os encargos decorrentes de uma paternidade (ou maternidade) adotiva. (SILVA, 2001, p.44)

Assim, o maior obstáculo à efetiva possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos sempre repousou no art. 42, §2º do ECA que preceitua:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

(...)

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (*Grifo nosso*)

(...)

Ora, é sabido que em nosso país ainda não se admite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, seara na qual não ingressaremos neste trabalho, e a união estável prescinde da dualidade de sexos nos termos do artigo 226, §3º da Constituição Federal; ainda assim, não se pode cegar à luz da realidade socialmente construída, a qual, induz a uma nova perspectiva no tocante à evolução das entidades familiares.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

(...)

Como explicitado alhures, a interpretação do dispositivo constitucional deve observar os princípios sob os quais se pauta e se orienta o Estado Democrático Brasileiro. Assim, compreende-se que o texto constitucional ao reconhecer a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar digna de proteção não o fez de forma taxativa e excludente, mas seguindo um viés exemplificativo que em nada obsta à inserção de outras possibilidades.

Se de outro modo fosse, estaríamos diante de uma Constituição que a si mesma desautoriza e enfraquece por contradizer aos seus próprios fundamentos, objetivos e finalidades. Um cenário jurídico alarmante que apenas geraria caos social e insegurança jurídica .

Neste diapasão, mesmo após a decisão da Suprema Corte, embora crescente o entendimento de nossos juristas no sentido de assegurar a tutela dos interesses dos casais homoafetivos em relação a inúmeros aspectos jurídicos, inclusive quanto às questões voltadas ao Direito de Família, ainda se verifica a inconstância e resistência nas decisões que se referem às demandas envolvendo o reconhecimento dos efeitos jurídicos das uniões homoafetivas.

Esclarecida que foi a questão em sede da ADI n.º 4277 – DF, não deveria ser assim. Isto porque, deve-se proceder a uma interpretação construtiva do Direito realizada sob o pilar dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, não podendo, o bom julgador se eximir da responsabilidade da qual lhe reveste o Estado, qual seja, garantir a segurança jurídica e manter a ordem social mediante a justa e devida prestação jurisdicional sempre que indispensável à resolução dos conflitos.

A inconstância dos julgados em todo o país antes da decisão do STF em nada contribuía para a mitigação da polêmica, assim como a resistência atual também não o faz. Olvida-se do fato de que o princípio da igualdade em sua dimensão material reclama tratar igualmente os casos iguais e desigualmente os casos desiguais, na medida de sua desigualdade, tornando inconstitucional qualquer discriminação que utilize preceitos ou juízos mal fundamentados no que tange à homoafetividade.

Deve-se manter o foco em se optar sempre pela igualdade de tratamento nas ocasiões em que ocorrer indagação sobre a possibilidade de equiparação ou diferenciação em função da natureza sexual, salvo se existirem outros fundamentos racionais que permitam a demonstração do necessário tratamento desigual.

A este respeito, já vinham se manifestando nossas Cortes de Justiça:

EMENTA. Relações homossexuais. Competência da Vara de família para julgamento de separação em sociedade de fato. A competência para julgamento de separação de sociedade de fato de casais formados por pessoas do mesmo sexo, é das varas de família, conforme precedentes desta câmara, por não ser possível qualquer discriminação por se tratar de união entre homossexuais, pois é certo que a Constituição Federal, consagrando princípios democráticos de direito, proíbe discriminação de qualquer espécie, principalmente quanto à opção sexual, sendo incabível, assim, quanto à sociedade de fato homossexual. Conflito de competência acolhido.

Recurso: Conflito de competência. Número: 70000992156. Relator: José Ataides Siqueira Trindade. Data de julgamento: 29/06/2000. Órgão julgador: Oitava Câmara Cível, TJ/RS.

EMENTA. Relação homoerótica. União estável. Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Analogia. Princípios gerais do Direito. Visão abrangente das entidades familiares. Regras de inclusão. Partilha de bens. Regime da comunhão parcial. Inteligência dos artigos 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002. Precedentes jurisprudenciais. [...].

Recurso: Apelação Cível. Número: 70005488812. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Data de julgamento: 25/06/2003. Órgão julgador: Sétima Câmara Cível, TJ/RS.

EMENTA. Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. É justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida.

Recurso: Apelação cível. Número: 598362655. Relator: José Ataides Siqueira Trindade. Data de julgamento: 01/03/2000. Órgão julgador: Oitava Câmara Cível, TJ/RS.

Grande parcela de nossos magistrados permanece, entretanto, sem admitir outras estruturas familiares, resistindo à correta aplicação do Direito, agora vinculada à decisão da Corte guardiã da Constituição Federal. Assim, além das três espécies previstas na Constituição Federal: casamento, união estável (entre homem e mulher) e comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (modelo monoparental), deve-se admitir igualmente a união estável formada por pessoas do mesmo sexo, não foi outro o entendimento do STF.

Todo e qualquer excesso de rigidez na interpretação da norma, só poderia permitir a proliferação de injustiças.

Por esta razão, sob o argumento da impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que o casamento civil de homoafetivos não é reconhecido e que a união estável pressupunha, até bem pouco tempo, diversidade de sexos, não autorizavam a concessão da adoção em favor de ambos os parceiros quando do mesmo sexo.

Contudo, a exigência de diversidade de sexos entre os companheiros e - por que razão não acrescentar cônjuges - mostrava-se e mostra-se descabida. Trata-se de argumentação preconceituosa presente, inclusive, nos Manuais de Direito de Família brasileiros. Talvez derive daí a complexidade em se romper com os padrões

de moralidade jurídica dos tempos passados: a formação jurídica é, de berço, eivada de preconceitos.

Apesar disso, deve-se ter em mente que há muito e, principalmente no cenário pós-moderno, as uniões homoafetivas constituem um fato da vida que existe e preexiste às modernas legislações civis, mas só agora vêm, intensa e urgentemente, bater às portas dos Tribunais sem acomodar-se com as negativas.

Esta incômoda e indigesta persistência, entretanto, surtiu efeitos. Paulatinamente, as uniões homoafetivas ganham espaço na apreciação jurisdicional e legislativa. Aos poucos os órgãos julgadores brasileiros mostram-se receptivos a estas modalidades de demandas e grandes progressos vêm sendo percebidos.

As interações íntimas entre pessoas do mesmo sexo têm encontrado guarida no conceito socialmente considerado de entidade familiar e as Câmaras Legislativas de todo o país se veem inundadas de Projetos de Lei cujo cerne é o reconhecimento de algum direito - qualquer direito - a este grupo de vulnerabilidade, mitigando os óbices à prática da adoção conjunta por pares iguais.

O que se objetiva, antes de tudo, é cessar com o pior tipo de discriminação que se pode impor a um ser humano: a invisibilidade. Não apenas a invisibilidade jurídica, mas a invisibilidade em toda a sua significância, inclusive social.

As decisões que vêm assegurando direitos a pessoas e casais homoafetivos, embora não raras, mostram-se insuficientes e incapazes de salvaguardar o exercício da liberdade sexual de quem naturalmente manifesta atração sexual por pessoa de igual sexo; entretanto, corroboram no sentido de abrir caminhos rumo a um Judiciário capaz de enxergar além para alcançar justiça.

Prova disso vem com as recentes decisões favoráveis à concessão da adoção por homoafetivos no Brasil, ainda antes de o Supremo Tribunal Federal manifestar-se.

De imensa repercussão no âmbito sócio-jurídico foi a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em abril do ano de 2006, concedendo a um casal de mulheres a responsabilidade legal sobre duas crianças (de dois e quatro anos).

Ocorreu que uma das parceiras já havia obtido a adoção autonomamente, mas sua companheira, sentindo necessidade de formalmente assumir a mesma responsabilidade, ingressou com o pedido de adoção dos menores.

Inicialmente, o juiz da Vara da Infância e da Juventude de Bagé, no estado do Rio Grande do Sul, deferiu o pedido, mas este foi impugnado pelo Ministério Público, através do recurso de apelação n.º 7001380159210.

Obviamente, a apelação baseava-se na impossibilidade de deferimento da adoção conjunta a duas pessoas, salvo se forem casadas ou mantiverem união estável (artigo 42, §2º, ECA/ antigo art. 1.622 do Código Civil, revogado pela Lei n.º 12.010/09 Lei de Adoção), o que não restava configurado no caso, diante do fato da pretendente da adoção e a mãe adotiva das crianças serem pessoas do mesmo sexo.

Entretanto, em segunda instância, o Desembargador Luis Felipe Brasil Santos, relator do processo, afastou o suposto impedimento aplicando, ao caso, a jurisprudência da justiça gaúcha que, em algumas decisões, admitiu a união estável entre casais homoafetivos.

Segundo o próprio julgador: “se o casal tem todas as características de uma relação pública e duradoura, não importa o sexo das pessoas, elas devem ser tratadas com todos os direitos de uma família. Podem adotar em conjunto”.

Assim, em votação unânime a 7ª Câmara Cível do Tribunal decidiu negar provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

EMENTA. Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

Gerou polêmica, também, a decisão relacionada à primeira adoção por um casal homoafetivo masculino em nosso país. A decisão é originária do estado de São Paulo, na cidade de Catanduva, em outubro do ano de 2006.

Do mesmo modo que na situação anteriormente relatada, um dos interessados já havia obtido a adoção da criança, assim, restou a seu companheiro pleitear o reconhecimento da paternidade da menor de 5 anos.

A juíza da 2ª Vara da Infância e da Juventude, Sueli Juarez Alonso, julgou procedente o pedido de reconhecimento de paternidade autorizando o registro da criança em nome de ambos os parceiros. Segundo a julgadora, estavam presentes todos os requisitos inerentes à adoção, pois o casal vivia em união estável há 14 anos tendo sido constatadas condições psicológicas e financeiras capazes de garantir o bem-estar da adotada.

Não houve recurso por parte da promotoria, ficando assegurado ao casal homoafetivo o direito à adoção.

Ante o surgimento de decisões como estas, de conteúdo solidificado, justo e coerente, percebemos a evolução do Direito, que sussurra no sentido de estender a justiça àqueles antes postos à margem da tutela jurisdicional, configurando um passo agigantado em direção à adequada consciência sócio-jurídica no Brasil.

Embora ainda esparsas, tais decisões nada mais são que a corporificação do papel que têm nossos magistrados como transformadores dos valores jurídicos, à medida que procedem à apreciação das demandas que lhes são apresentadas de forma limpa, livre de preconceitos e subjetivismos.

7.2. DESCONSTRUINDO OS OBSTÁCULOS À ADOÇÃO HOMOAFETIVA.

O desejo que têm duas pessoas do mesmo sexo, unidas por vínculos afetivos, de constituir família e assim alcançar a felicidade, não pode ficar aquém da tutela jurisdicional ainda que frente à ausência de expressa previsão legal – este resultado da inflexibilidade e resistência do legislador, intimidado pelo preconceito quase que generalizado nas diversas camadas sociais, em cancelar leis que equiparem as uniões homoafetivas às uniões heteroafetivas tradicionalmente aceitas – haja vista, o direito à sexualidade configurar-se como direito fundamental do homem, assim, inerente à sua natureza.

Mesmo após a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da temática do reconhecimento das uniões homoafetivas no regime jurídico das uniões estáveis, muito se questiona sobre até que ponto tais direitos poderiam ser irradiados, mas como se evidenciou pelo julgado da ADI n.º 4277 – DF, todos os direitos inerentes às uniões estáveis se mostram abertos a este novo modelo familiar nacionalmente reconhecido.

Em relação a adoção, muito mais se acentua a polêmica. Alega-se que deve haver limites ao exercício de tais direitos, que apenas poderiam ser garantidos à família homoafetiva, após a criação de leis específicas, leis estas que, como vimos, permanecem atravancadas, embargadas pelo preconceito e pela discriminação, como Estatuto das Famílias, que tão bem aprecia a temática (Projeto de lei n.º 674).

Neste contexto, ressalte-se que há três vertentes principais de argumentação em oposição a adoção por casais homoafetivos, são elas: a identidade sexual análoga ao modelo dos pais/mães por lealdade afetiva; a falta de estabilidade das relações homoafetivas e o despreparo da sociedade para o recebimento deste novo modelo familiar.

Quanto ao “alerta” de alguns especialistas ligados à área da psiquiatria e da psicanálise para o “perigo” da identificação das crianças com o modelo dos pais, o que as levaria, por lealdade afetiva, a se tornarem também homoafetivos, diz-se que até os três anos de idade a personalidade da criança se forma, e para esta formação contribui, sem dúvida alguma, a diferença de sexo entre os pais. Para estes opositores se os pais são homoafetivos, grande é a possibilidade de os filhos também o serem.

Entretanto, conforme menciona Maria Berenice Dias:

Na Califórnia, há pesquisadores que desde meados de 1970 vêm estudando famílias não convencionais, hippies que vivem em comunidades, casamentos abertos e criados por mães lésbicas e pais gays. O trabalho concluiu que crianças com os dois pais do mesmo sexo são tão ajustadas quanto os filhos de casais heterossexuais. Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento de seu papel sexual. As meninas são tão femininas quanto às outras e os meninos tão masculinos como os demais. Os pesquisadores não encontraram até o momento nenhuma tendência importante no sentido de que filhos de pais homossexuais venham a tornar-se homossexuais. (DIAS, 2001, p. 06)

Bem, cabe-nos destacar que se a afirmação de que os filhos imitam os pais fosse uma verdade inexorável, não haveria explicação para o fato de crianças, geradas, criadas e educadas por casais heterossexuais, se descobrirem e se proclamarem mais tarde homoafetivas. A afirmação encontra ainda outros óbices, pois se a influência dos moldes de vida dos pais fosse absoluta, seríamos uma sociedade de cópias, clonagens sócio-psicológicas de nossos ascendentes.

Até mesmo a ciência, apesar de toda a evolução técnico-científica que vivenciamos nas últimas décadas, ainda se revela incapaz de decifrar os fatores determinantes da identidade sexual de uma pessoa, contudo, embora no Brasil não haja estudos específicos sobre o tema, até pelo atraso e resistência em permitir esta modalidade de adoção, nos Estados Unidos há muito se vem analisando esta realidade.

No Brasil um estudo, ARAÚJO, (2007, p. 95-102) realizado no âmbito acadêmico de uma instituição de ensino superior pública em João Pessoa, Paraíba, no ano de 2007, buscou evidenciar o nível de conhecimento e aceitação da temática da adoção por homoafetivos a partir da coleta de dados mediante entrevista de estudantes concluintes dos cursos de Psicologia e Direito. A amostra utilizada foi não probabilística e intencional constituída de 104 universitários, de ambos os sexos (56% feminino e 44% masculino), sendo 51 concluintes do curso de Direito e 53 concluintes do curso de Psicologia.

Utilizaram-se questionários com perguntas fechadas e foram percebidos posicionamentos contrários dos universitários acerca da adoção de crianças por casais homoafetivos. No que diz respeito às consequências para a criança emergiram conteúdos tais como: influência na orientação sexual, preconceito e ausência de referencial materno/paterno. Os universitários de Psicologia mencionaram que tal fato poderia desenvolver distúrbios psicológicos, ao passo que os universitários de Direito ancoraram suas representações sociais nos problemas morais, evidenciando-se a necessidade do fomento de mecanismos psicossociais e jurídicos que contribuam na elucidação desta temática complexa e dinâmica na sociedade contemporânea.

De acordo com o estudo realizado na UFPB em relação às Concepções/Descrições acerca da Adoção de Crianças por Casais Homoafetivos, notou-se que a maioria dos universitários de Direito e Psicologia deram ênfase à necessidade de Aptidão Psicoafetiva para adoção, com 37% e 48% das respostas respectivamente.

Destaque-se que, sobretudo os universitários de Psicologia mencionaram que a adoção por homoafetivos é algo anormal, com 23% das unidades de análise. Um dado característico dos universitários de Direito diz respeito ao fato de os mesmos considerarem a adoção como desnecessária (29%) na sociedade contemporânea. Imaginem esta realidade!

Entre os achados da pesquisa, uma subcategoria que merece destaque entre os grupos pesquisados, é a representação da Adoção de Crianças por Casais Homoafetivos como uma Atitude Inclusiva, assim considerada por 16% dos universitários do curso de Direito; e por 10% dos de Psicologia.

Os dados *a priori* são instigantes uma vez que são contraditórios às concepções dos universitários acerca da adoção de crianças por casais homoafetivos. Tais dados possibilitam vislumbrar a viabilidade da adoção como forma de inclusão social, posto que a criança seria inserida numa família que possivelmente lhe proporcionará amor, educação, cultura e cidadania.

Quanto às consequências biopsicossociais para as crianças adotadas por casais homoafetivos os universitários de ambos os cursos (Psicologia com 42% e Direito com 40%) mencionaram que a criança pode sofrer preconceito nas relações interpessoais da vida cotidiana. Ainda como consequência, os universitários de Direito (26%) e Psicologia (32%) apontaram ausência de referencial paterno/materno para a criança adotada numa família homoafetiva.

De forma antagônica às representações dos universitários paraibanos, percebe-se na literatura científica que a inserção de crianças em famílias chefiadas por pares homoafetivos não provoca nenhum distúrbio nos seus aspectos psicossociais, afetivos e cognitivos quando comparados às crianças que possuem pais de orientação heteroafetiva, os estudos trazidos à público até aqui, apontam para números dentro dos padrões de normalidade aceitável, sendo inconcebível a alegação de identificação sexual por lealdade afetiva.

Neste sentido corrobora um dos poucos trabalhos de campo, COSTA, *In:www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10005.pdf*) de que tive notícias no âmbito nacional e que foi realizado pela psicóloga clínica e jurídica Tereza Maria Machado Lagrota Costa, serventuária da Justiça lotada na Vara de Infância e Juventude da Comarca de Juiz de Fora - MG.

A pesquisa se pautou pelo preenchimento de questionários de opinião sobre o tema da adoção por homoafetivos e foi realizada junto ao Movimento Gay Mineiro – MGM, que realizou pesquisa de opinião com 65 (sessenta e cinco) homoafetivos do sexo masculino (36 participantes) e feminino (29 participantes) em Juiz de Fora – MG. Segundo a pesquisa pode-se observar que 93% destes atores sociais afirmaram que a adoção não influencia na natureza da atração físico-afetiva das

crianças, bem como que 94% dos homoafetivos que já haviam vivenciado a adoção não acreditam que possam ter prejudicado as crianças recebidas como filhas.

Dos que possuem parceiro fixo ou conhecem alguém que já tenha passado pela experiência de adotar uma criança, 82,35% entendem que tal experiência não foi prejudicial à criança e apenas 5,88% não têm opinião formada, mas nenhum deles percebeu algum prejuízo para a criança. Já os que não possuem parceiro fixo foram unânimes em entender que não foi prejudicial para a criança.

Finalmente, em relação à influência na sexualidade da criança foram os que não têm parceiro fixo que tiveram uma ligeira dúvida (7,69% responderam “sim” e 7,69% não têm opinião formada), pois o entendimento majoritário é que não influencia em nada (96,15% para os que possuem parceiro fixo e 84,61% para os que não possuem parceiro fixo). Apenas 3,84% dos que têm parceiro fixo ficaram na dúvida quanto tal influência.

Com relação à concessão de adoção a par homoafetivo, 93,85% são a favor, 3,08% são contra e 3,08% ainda não possuem opinião formada. Dos questionários respondidos do sexo feminino, 89,65% são a favor, 6,89% são contra e 3,44% ainda não têm opinião formada. Dentre o sexo masculino, 97,22% são a favor e 2,77% ainda não têm opinião formada, mas ninguém foi contra.

Em outro estudo de autoria de NANETTE GARTRELL E HENNY BOS,(2010, p. 28-36.) e publicado pela Academia Americana de Pediatria sobre o ajustamento psicológico de adolescentes de 17 anos inseridos em famílias homoafetivas nos Estados Unidos, acompanhou-se o desenvolvimento dos filhos de mães lésbicas solteiras que se voluntariaram ao estudo e cujos filhos resultaram de inseminação artificial.

Embora não trate especificamente da adoção, o estudo se volta para o acompanhamento do desenvolvimento da *psique* destas crianças até a idade adulta. A pesquisa pautou-se pela escolha de candidatas viáveis ao estudo entre os anos de 1986 a 1992, e envolveu 154 potenciais mães lésbicas cujos filhos teriam o desenvolvimento monitorado mediante entrevistas e questionários de verificação de comportamento. Até o ano de 2010, quando foi publicado o relatório do estudo de que se fala, a pesquisa continuava em andamento e demonstrava que os filhos destes lares desde o nascimento refletiam desenvolvimento psicológico saudável, mostrando-se competentes na vida social e escolar/acadêmica. Outro dado relevante aponta para o fato de que estas crianças, em comparação aos seus

homólogos pareados por idade, apresentaram menor propensão a problemas sociais, quebra de regras, agressividade e externalização de desvios comportamentais em sociedade.

Segundo este mesmo estudo, há mais de três décadas são viabilizadas pesquisas de convivência entre crianças nascidas ou adotadas e inseridas em lares homoafetivos e seus resultados apontam para a lógica conclusão de que a formação da identidade sexual da criança e do adolescente não está vinculada a natureza da atração físico-afetiva de seus pais, apesar disso, a mesma pesquisa alerta para o fato de que ainda hoje a legitimidade social e biológica de pessoas homoafetivas é posta sob apreciação com desconfiança quando o assunto é a parentalidade adotiva.

Apesar disso, segundo os pesquisadores, seu estudo teve por base famílias lésbicas planejadas e considerou quatro parâmetros distintos, a saber: 1. Ajustamento psicológico; 2. Relações entre pares; 3. Relações familiares e 4. Progresso na escola.

De acordo com suas observações, em se tratando de crianças em tenra idade, independentemente da natureza da atração físico-afetiva de seus pais, o que realmente influencia em seu bem-estar e ajustamento social é a constatação de um lar com convívio saudável com pais compatíveis, responsáveis e estáveis em suas relações interpessoais e financeiras. Quanto aos adolescentes inseridos em lares homoafetivos, a pesquisa aponta uma maior característica reflexiva sobre sua condição de minoria em sociedade, posto que estão a desenvolver um senso de identidade próprio, sendo mais suscetíveis à experiência de estigmatização social.

O estudo revela que os adolescentes inseridos em lares homoafetivos têm sua dificuldade no âmbito exterior ao ambiente familiar, pois desejam ser aceitos socialmente, contudo, este dado em nada obstaculiza o fato de que não há objeções de natureza científica ao convívio entre menores e pares homoafetivos, isso porque discriminação e preconceito não são sofridos apenas em razão da experimentação sexual do indivíduo, mas em razão de qualquer característica que o diferencie dos padrões instituídos como “normais” em cada sociedade. Exemplo disso são os traumas sofridos por crianças e adolescentes gordos demais, magros demais, baixos demais, altos demais. Sempre há algo a mais ou a menos que vire motivo de chacota e atenção demasiados, nem por isso coloca-se em xeque a capacidade dos pais destas crianças e adolescentes de garantir-lhes um lar amoroso e saudável.

De fato, outro estudo PAWESLSKI, ET, AL, (2002 p.349-364) de convivência entre crianças e adolescentes e pais homoafetivos publicado pela Academia Americana de Pediatria revela que as crianças criadas nesses lares não apresentam distinções no desenvolvimento físico e psíquico em comparação com as crianças inseridas em lares heteroafetivos. Em verdade, esta pesquisa aponta para o fato de que estas crianças e adolescentes foram avaliadas por seus professores, no decorrer dos anos, como sendo mais tolerantes e amorosas com as outras crianças, talvez isso ocorra por aprenderem desde cedo a lidar com situações delicadas de confronto social.

De qualquer modo, a pesquisa se ateve a verificar a lealdade afetiva na identidade sexual das crianças e pré-adolescentes monitorados e concluiu que a natureza da atração físico-afetiva destes está de acordo com o sexo biológico de cada um e, ainda, não foi verificado nenhum tipo de confusão quanto à sexualidade dessas crianças ou suas preferências por brinquedos, jogos, amizades, atividades ou vestuário em comparação com as crianças de lares heteroafetivos. Apesar destes dados, faz-se a ressalva de que há poucos estudos tratando especificamente da temática da lealdade afetiva, contudo, no mais recente deles sobre a identidade de gênero dos filhos adultos de pais homoafetivos somente 9% revelou natureza afetiva por pares iguais o que, segundo o dito estudo, encontra-se dentro dos padrões aceitáveis não possuindo nenhum tipo de determinação pelo ambiente em que cresceram.

Estudos como estes auxiliam no entendimento da temática no âmbito técnico-científico e social. No Brasil a carência de iniciativas como a americana de destrinchar o percentual de famílias homoafetivas convivendo em seu território, inclusive com percentuais por região, não auxiliam no desenvolvimento de políticas públicas de saúde e de inclusão social. É preciso ter em mente que crianças e adolescentes, independentemente de estarem ou não inseridas em ambiente familiar homoafetivo, necessitam de atendimento e acompanhamento médico e psicológico neste período da vida em que vêm desabrochar com violência seus desejos e curiosidades sobre o próprio corpo e sua sexualidade.

O mapeamento e acompanhamento destas famílias viabilizaria não apenas o desenvolvimento de metodologias que ajudem na aceitação social deste novo modelo familiar, mas também na criação de políticas públicas voltadas para a promoção da segurança e estabilidade familiar como bloco básico da construção da

sociedade, tendo como prioridade a proteção e o bem-estar da saúde infantil. Esse bem-estar familiar é alcançado pela mescla da proteção dos direitos destes hipossuficientes, bem como dos direitos de seus pais.

Quanto à argumentação acerca da fragilidade das relações homoafetivas, seus adeptos alegam que nas relações entre pessoas do mesmo sexo, por influência do preconceito e da discriminação, os familiares destes pares acabam por não estabelecer laços profundos de convivência, afetividade e fraternidade familiar. Segundo os defensores dessa linha de pensamento, a estabilidade das relações heteroafetivas se deve, em grande parte, ao aprofundamento das relações familiares entre os diversos membros que compõem uma e outra família, assim, ainda que em momentos de crise no relacionamento, estes casais encontrariam apoio em seus entes queridos e, ainda, o simples fato de se desenraizar tais relações já seria um fator a contribuir para sua estabilidade.

Entendo que os defensores desta linha de oposição são, em verdade, defensores da infelicidade. De fato, o preconceito e a discriminação mostram-se muito presentes em nossa sociedade e, por vezes, se refletem na vida dos casais homoafetivos, seja pela ausência de suporte familiar extenso, seja pela falta de aceitação social, entretanto, restringir a estabilidade de uma relação de afeto às ramificações familiares possíveis, mas nem sempre concretizadas, é deveras precipitado.

Se assim fosse, o que dizer dos filhos únicos ou dos órfãos, daqueles que, em algum momento da vida perderam toda a referência familiar por um fator natural como a morte ou o acaso. Estariam eles fadados ao fracasso afetivo e familiar por não possuírem mais seus entes queridos? Não seria severa demais tal punição? E mais, se assim fosse o que dizer do número crescente de divórcios entre casais heteroafetivos que possuem base familiar solidificada e bastante ramificada?

Além disso, apesar de muito se falar em ausência de estabilidade nas relações homoafetivas, a pesquisa da psicóloga Tereza Costa, já apresentada alhures, também revelou que 80% dos homoafetivos entrevistados em seus questionários mantinham parceiros fixos com os quais moravam.

O Brasil possui hoje 60.002 casais homoafetivos em união estável. É o que revela o resultado do Censo 2010¹⁰ divulgado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de

¹⁰ <http://www.censo2010.ibge.gov.br/>.

Geografia e Estatística). Pela primeira vez, a pesquisa incluiu uma amostra referente a relação de pessoas do mesmo sexo no país. Segundo o Censo, o número de relacionamentos gays representa 0,16% da população brasileira se for comparado aos 37.487.115 casamentos entre os heteroafetivos, contudo, deve-se ter em mente a novidade da pesquisa e o temor que estes casais têm de uma exposição excessiva.

Mais que isto, Segundo o IBGE, divórcios aumentaram 36,8% em 2010 e ficaram no maior nível desde que o levantamento começou a ser feito, ou seja, cada vez mais as pessoas buscam sua felicidade individual, independentemente da natureza de sua atração físico-afetiva, o que não significa que os filhos destas relações serão desprezados ou esquecidos. Filho é sempre filho.

Quanto ao despreparo social para o recebimento desse novo modelo familiar isso é inegável. De fato a decisão do STF impôs uma realidade que até pouco tempo preferia-se desconhecer. As uniões homoafetivas por muito tempo foram invisibilizadas, mas agora não pode continuar a ser assim. Para além de garantir direitos e deveres pela aplicação da norma jurídica, é dever do Estado assegurar meios de inserir essa entidade familiar no seio da sociedade, garantindo às crianças e a seus pais, adotivos ou não, o direito a felicidade como reflexo do princípio da dignidade humana.

Mais do que nunca, comprovado que resta o benefício a pessoa adotada, é imperioso que o poder público reverencie a família homoafetiva de modo a permitir sua inclusão social, mediante a promoção de políticas públicas que instruem a população acerca desta realidade que bate à nossa porta. Mas, esta carência política não pode travar o direito que tem a família de se vivenciar em harmonia, tampouco tem o condão de negar a criança e ao adolescente direitos que lhes são assegurados constitucionalmente.

Neste sentido, o reconhecimento familiar trazido pela decisão do STF em sede da ADI 4277 foi bastante significativo, haja vista que o reconhecimento público das uniões homoafetivas enquanto tuteladas e protegidas pelo Estado no âmbito do direito de família fornece o endosso necessário a imposição do respeito social é a chancela que permite um contexto jurídico de bem-estar psicossocial a estas famílias, que passam a ter melhores condições de se desenvolver adequadamente.

Convém destacar, ainda, que, os opositores também suscitam, como empecilho jurídico à adoção por dois homens ou duas mulheres, a questão relacionada ao registro de nascimento do adotado.

Desta feita, como no registro há a identificação dos genitores e o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que, no assento de nascimento do adotado, sejam os adotantes inscritos como pais, pressupõe-se que o legislador previu a diversidade de sexo do casal adotante, o que impossibilitaria que os pais registrais sejam do mesmo sexo.

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

(...)

No entanto, cabe destacar que o instituto da adoção possui forte caráter de criação jurídica, pelo qual nasce um vínculo parental que não corresponde à realidade biológica. A mesma situação ocorre quando o registro é levado a efeito somente pela mãe, o que não significa que a criança não tenha pai. Portanto, nessa linha de pensamento, não haveria nenhum impedimento para alguém ser registrado por duas pessoas do mesmo sexo.

Além do que, a Justiça de Jacareí-RJ¹¹ autorizou registro com dupla maternidade acolhendo no dia 29 de Maio de 2012 o pedido de duas mulheres para que uma criança gerada por fertilização *in vitro* pudesse ser registrada com dupla maternidade.

As requerentes se submeteram ao procedimento em que coletaram os óvulos de ambas. Eles foram fertilizados por sêmen doado, sendo então formados embriões viáveis, transferidos para o útero de uma delas. Os embriões foram escolhidos pelos médicos em razão da maior viabilidade da gravidez, pouco importando de qual das duas eram provenientes.

Diante da peculiaridade do caso, o oficial de Registro Civil e das Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas de Jacareí consultou o juiz corregedor permanente da comarca, Fernando Henrique Pinto, sobre a lavratura do registro de nascimento da criança.

¹¹ In: <http://draclaudiadalmaso.blog.terra.com.br/2012/06/13/crianca-gerada-por-fertilizacao-e-registro-civil-de-duas-maes/>.

De acordo com o magistrado, havendo viabilidade jurídica da união estável e do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, e sendo comum o uso de técnicas de reprodução assistida por casais heterossexuais, nada impede - nem pode impedir, sob pena de violação dos princípios constitucionais - que as requerentes, tenham acesso e façam uso das mesmas técnicas científicas, para gerar desejados descendentes

Assim, ante tantas inovações jurídicas decorrentes da decisão do STF na ADI n.º 4277, o único fator que poderia vir a vetar a adoção de menores por homoafetivos é a existência de um ambiente familiar desajustado, capaz de causar consequências danosas para o desenvolvimento da criança ou adolescente, posto que, de acordo com o artigo 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”.

Este é o papel exercido pelas Comissões Interdisciplinares responsáveis pelo acompanhamento das crianças colocadas em famílias substitutas e se, no cumprimento desta função se afere condição capaz de garantir o bem-estar do adotado, como se opor?

Anote-se que a expressão “ambiente familiar adequado” é bastante ampla, o que torna impossíveis generalizações ou listagens taxativas de hipóteses impeditivas para o recebimento do menor em família substituta. Todavia, apenas para fins de exemplificação, pode-se dizer que é inaceitável que se conceda a colocação em família substituta para pessoa alcoólatra ou viciada em drogas, que possua histórico de agressões físicas ou psicológicas.

É importante ressaltar que, somente analisando profundamente cada caso é que se terá condições de responder se existe ou não ambiente familiar inadequado que impeça o deferimento da medida.

Não se pode, então, generalizar a ponto de afirmar que os homossexuais são incapazes de proporcionar um ambiente familiar saudável. Mesmo porque, para a tristeza de alguns mais radicais, muitos deles levam vidas inteiramente ajustadas, sem que sua preferência sexual tenha qualquer influência negativa sobre o adotando, ao contrário do que, eventualmente, pode ser observado em alguns heterossexuais que, mesmo enquadrados na visão normal da maioria, podem influenciar, negativamente, aquele a quem adotou, especificamente em função de sua conduta sexual (FIGUEIREDO, 2004, p. 56).

Inexistindo comprovação, tais argumentos não passam de especulações, carecendo de real fundamentação capaz de denegar ao cidadão o exercício de seus direitos fundamentais.

7.3. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO E ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.

Como anteriormente abordado, o princípio da igualdade não se restringe ao nivelamento dos cidadãos ante a norma legal vigente, mas estende-se fazendo-nos concluir que a lei em si mesma não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.

A lei não pode ser vista como instrumento capaz de privilegiar ou prejudicar os cidadãos e sim como fonte de tratamento igualitário a todos. Assim, quando tratamos alguém de forma diferenciada em decorrência de sua natureza sexual direcionada para pessoas do mesmo sexo, o fazemos de forma discriminatória.

Nossa Carta Maior veda toda e qualquer atitude discriminatória em relação às pessoas em razão de sua identidade sexual, logo, muito embora o art. 42, 2º do ECA e o art. 226, §3º da Constituição Federal figurassem como obstáculos à compreensão desse novo modelo familiar formado a partir da união entre pessoas do mesmo sexo, após o entendimento trazido pelo STF e que amplamente abordamos alhures, entendo não haver margem para dúvidas quanto ao comportamento a ser adotado em todas as instâncias judiciais e administrativas, vez que a convivência entre homoafetivos, resguardadas as exigências legais, em nada se diferencia da união estável heteroafetiva, não podendo ser vislumbrada como tal. Vejamos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No tocante à adoção, ainda que ausente previsão normativa específica que enfrente adequadamente esta questão quando figurem como interessados homoafetivos, nossos julgadores contam com um vasto arsenal de instrumentos capazes de lhes proporcionar a adequada apreciação das lides, não podendo eximir-

se do dever de julgar, sob alegação de uma suposta omissão legislativa. Tanto mais agora, face à vinculação ao entendimento Supremo que autorizou o gozo de todos os direitos inerentes à união estável, dentre eles, o de adoção.

A respeito da temática da adoção homoafetiva, é imperioso que se proceda a uma interpretação analógica e construtiva dos fatos, passando-se a aplicar os regramentos já existentes para a tutela dos interesses dos casais heterossexuais, afinal, é inquestionável a igualdade presente na base de ambos os relacionamentos: O afeto.

A Lei n.º 8.069 de 1990 (ECA) que disciplina o instituto da adoção, dispõe em seu art. 43 que a adoção será deferida sempre que apresentar reais vantagens para o adotado, desde que fundada em motivos legítimos.

Trata-se da preocupação que cercou o legislador quanto à garantia da adequada assistência ao menor, com vistas ao deferimento do pedido de adoção. O que impende averiguar é a estabilidade familiar do ambiente ao qual será enviado o adotando. O lar substituto deve ser adequado ao desenvolvimento físico, mental e emocional da criança, para o que se exige o comprometimento, a seriedade e a responsabilidade do adotante.

A identidade sexual do interessado em adotar é, à vista da norma legal, irrelevante, à medida que nada se dispõe a este respeito enquanto requisito para o ato da adoção, configurando verdadeira afronta aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito no qual vivemos.

Conforme prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, o principal requisito para o deferimento da adoção é a existência de reais vantagens para o adotado, como um ambiente familiar moralmente sadio que, segundo José Luiz da Silva, é onde se encontram pessoas comprometidas em criar e educar o menor. (SILVA, 1995, p. 54)

Ressalte-se que a formação moral do adotante, à parte juízos eivados de evidente preconceito, indiscutivelmente, nada tem a ver com a sua natureza sexual. Em outros termos, “a capacidade de adoção nada tem a ver com a sexualidade do adotante” (OLIVEIRA, {s.d.}, p. 318).

A união de pessoas do mesmo sexo, contanto que guarde características com a união estável, onde se supõe, viceja um lar respeitável, duradouro, permeado de lealdade, fidelidade, assistência recíproca e respeito mútuo entre os parceiros que vivem em comunhão de vida e de interesses, comprovada a existência de laços

afetivos sólidos e coabitação, deverá ser vislumbrada como uma entidade familiar, portanto, como uma forma de convívio constitucionalmente protegida.

A entidade familiar, modernamente constituída, não suporta mais a ultrapassada concepção da tríade pai, mãe e filhos. Os laços biológicos, a heterossexualidade, dentre outros fatores, cederam lugar ao comprometimento dos vínculos afetivos.

Segundo José Carlos Teixeira Giorgis, além da função de reprodução biológica, a família ganhou, com o tempo, sua própria função de reprodução social, mediante a função ideológica que exerce ao vincular, por seus membros, a introdução de valores, de papéis e de padrões comportamentais que serão repetidos sucessivamente gerações à frente, deixando o modelo tríade de estabelecer-se como prevalente. (GIORGIS, 2001, p. 156)

De acordo com o autor supracitado, a simples reprodução do modelo antigo não é mais absolutamente comportada, pois se verifica que o exercício dos papéis de mães e pais transcende o fato biológico natural, adquirindo contornos de verdadeira experiência psicológica, social, que pode ou não acontecer.

Assim, ausente qualquer comprovação científica da possibilidade de dano ou lesão à criança e adolescente inserido em família homoafetiva, atendidos os preceitos normativos e os requisitos necessários à garantia do bem-estar do adotado, não se pode olvidar que, de fato, a adoção por pares homoafetivos é plenamente viável e traduz-se em real vantagem para a pessoa adotada.

8. CONCLUSÃO.

Ante o exposto, resta-nos reiterar que a família precede o direito e evolui independentemente de sua atualização. A resistência em assegurar proteção jurídica a este novo modelo familiar, como demonstramos, é reflexo de um conservadorismo de exclusão que tem por escopo manter à margem da sociedade organizada estruturas familiares psíquica e culturalmente existentes.

As uniões estáveis homoafetivas estão equiparadas às uniões estáveis heteroafetivas, com as quais guardam muitas semelhanças. Do contrário, tornar-se-ia evidente a violação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade ao se proceder à arbitrária e discriminatória exclusão dos casais homoafetivos do exercício de seus direitos fundamentais, bem como do direito a adoção.

Assim, face ao que dispõe o artigo 42, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como ao que consta do artigo 226, §3º da Constituição Federal de 1988, impende legítimo o uso da analogia e da interpretação construtiva dos direitos fundamentais visando alcançar a norma legal seu fim maior de justiça.

Deste modo, em atendimento aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, por analogia e com suporte nos princípios gerais e constitucionais do direito, será legítima a aplicação dos mesmos efeitos, quanto à adoção, que se deslumbra a união estável heteroafetiva às uniões estáveis homoafetivas, observados os pressupostos de notoriedade, publicidade, coabitação, fidelidade e de sinais explícitos de uma verdadeira comunhão de afetos, além do indiscutível benefício ao adotado.

As relações familiares devem ser vislumbradas sob o prisma afetivo, pois qualquer outro aspecto jurídico, isoladamente considerado, será insuficiente para a caracterização deste novo modelo familiar.

A sociedade se modificou e a família também; logo, os moldes tradicionais, se mantidos, representarão uma ameaça e um perigo às parcelas sociais que necessitam da imediata proteção como os homoafetivos, vítimas recorrentes do preconceito amplamente disseminado na sociedade brasileira.

Vem o tempo e já chegou. É hora de mudança, é hora de justiça.

BIBLIOGRAFIA.

ANJOS, Luís Henrique Martins dos. ***A Interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal.*** Disponível em <<http://www.direito.ufrgs.br/processoeconstituicao/cursos/arquivosdocurso/InterpretaCfConst.doc>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2007.

ÁVILA, Humberto. ***Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.*** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquin. ***Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional.*** Madrid: Civitas, 1990.

ARAUJO, L.F.; OLIVEIRA, J.S.C.; SOUSA, V.C.; CASTANHA, A.R. ***Adoção de crianças por casais homoafetivos: um estudo comparativo entre universitários de Direito e Psicologia.*** Revista Psicologia e Sociedade, n.º 19 (2), 2007.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. ***Curso de direito constitucional.*** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. ***Interpretação e aplicação da Constituição.*** São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. ***Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.*** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.232, abr./jun. 2003.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. ***Parcerias Homossexuais: aspectos jurídicos,*** Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BLACKBURN, Simon. ***Dicionário Oxford de Filosofia.*** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BRUNET, Karina Schuch. **União Homossexual**. Revista Brasileira de Direito de Família, Nº 9. São Paulo, 2001.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COSTA, T. M. M. L. **Adoção por pares homoafetivos: Uma abordagem jurídica e psicológica**. Juiz de Fora, MG: Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior. In: http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10005.pdf.

_____. **Código civil. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. (Série Legislação Brasileira).

_____. **Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990**. Promulga a convenção sobre os direitos da criança. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo. Brasília, DF, 22 out. 1990.

COSTA, Edna Maria Farah H. **Teoria e Prática do Direito de Família**. São Paulo: Bestbook, 2003.

CURY, Munir (org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentário Jurídicos e Sociais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no Armário – uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade**. São Paulo: LTr, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito de família e o novo código civil**. 2. ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **União homossexual – O preconceito & a justiça**. 2ª ed, revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

_____. **“Vínculos hetero e homoafetivos”**, in Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF (coord.). *Homossexualidade – discussões jurídicas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001;

_____. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Redesenhando os contornos da dissolução do casamento**. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FARIAS, F. L. R. **Alterações comportamentais ocasionadas pela separação mãe-filho durante a hospitalização da criança**. Rev. Bras. Enfermagem, v.41, n. 2, 1988.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. **Adoção; comentários à nova lei de adoção Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009**. 1. ed. São Paulo: Edijur, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de H; FERREIRA, Marina Baird. **Dicionário Aurélio Eletrônico – versão 2.0**. Regis Ltda e J. C. M. M. Editores Ltda, 1996

FERRARI, Regina Maria Macedo Ney. *Normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FRANÇA, R. Limongi. ***Instituições de Direito Civil***. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. ***Adoção para homossexuais***. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

GARTRELL, Nanette. BOS, Henny. ***Estudo longitudinal em famílias lésbicas: Formação psicológica em adolescentes de 17 anos***. Pediatrics, v. 126, pp. 28-36. 2010. In: G:\Estudo EUA National Longitudinal Study Lesbian family 17 year-Old teenagers.htm.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. “**A relação homoerótica e a partilha de bens**”, in **Instituto Interdisciplinar de Direito de Família** In IDEF (coord.). *Homossexualidade – discussões jurídicas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

IDEF (coord.). *Homossexualidade – discussões jurídicas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001.

JUNIOR, Enézio de Deus Silva. ***Adoção por casais homossexuais***. Revista Brasileira de Direito de Família. Nº 30 Jun/jul 2005.

Karl Larenz, ***Derecho civil: parte general***. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. ***A Monografia jurídica***. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIRA, M. M. F. L. ***A interferência do acompanhante no estresse de crianças internadas em unidade de terapia intensiva pediátrica.*** 2005. 113 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Médicas) - Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

LUZ, Valdemar P. da, – ***Curso de direito de família.*** 2. ed. rev. ampl. E com remissões no Novo Código Civil. São Paulo: LTr, 2002.

MICHAELIS. ***Moderno Dicionário da Língua Portuguesa.*** São Paulo: Melhoramentos,. 1998.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. ***Direitos da Criança e Adoção Internacional.*** São Paulo: RT, 2002.

NAGASHI, Elisabete. ***Adoção homoafetiva;*** orientadora Raquel Rosan Christino Gitahy. Marília, SP: [s.n], 2007.

OLIVEIRA, B. de. ***Concubinato: novos rumos.*** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, {s.d.}. PAWESLSKI, James G; PERRIN, Ellen C; FOY, Jane M.; ALLEN, Carole E.; CRAWFORD, James E.; DEL MONTE, Mark; KAUFMAN, Miriam; KLEIN, Jonathan; SMITH, Karen; SPRINGER, Sarah; TANNER, J. Lane; VICKERS, Dennis L. ***Efeitos do casamento, união civil e das leis de parcerias domésticas sobre a saúde e bem-estar das crianças.*** Pediatrics, v. 1, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. ***Família, Infância e Juventude – Os Desafios do Novo Código Civil.*** São Paulo: Renovar, 2002.

PAWESLSKI, James G; et,al. ***Efeitos do casamento, união civil e das leis de parcerias domésticas sobre a saúde e bem-estar das crianças.*** Pediatrics, v. 118, 2006.

REALE, Miguel. ***Lições Preliminares de Direito.*** São Paulo: Saraiva, 1980.

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

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana – parte II*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Luiz Mônaco da. ***A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente***. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Adoção mitos e verdades*. Revista Panorama da Justiça, São Paulo, ano 5, nº 29, p. 44, 2001.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Função dos princípios constitucionais*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v.7, n.13, jan./jun. 2004.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. ***“Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações”***, in Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF (coord.). *Homossexualidade – discussões jurídicas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001.

TRAVASSOS, Fernanda. **Filho adotivo – Como, quando e porque você deve falar com seu filho sobre suas origens**. Disponível em:

<http://diganaoerotizacaoinfantil.wordpress.com/2008/05/12/filho-adotivo-como-quando-e-porque-voce-deve-falar-com-seu-filho-sobre-suas-origens/>.

TESON, Nestor Eduardo. ***Fenomenologia da homossexualidade masculina***. São Paulo: EDICON, 1989.

TURKENICZ, Abraham. **A aventura do casal**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

VALDÉS, Joaquin Arce Y Florez *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madri: Editorial Civitas, 1990.

VALLE, Edênio. **A Igreja católica ante a homossexualidade: ênfases e deslocamentos de posições**. Revista de estudos da Religião (REVER), N.º1, 2006.

VARELLA, Luiz Salem. **Homoerotismo no Direito Brasileiro & Universal – parceria civil entre pessoas do mesmo sexo**. Campinas, SP: Agá Juris Editora, 2000.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Atlas, v. 6, 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Homoafetividade e família. Casamento civil, união estável e adoção por casais homoafetivos à luz da isonomia e da dignidade humana*. Uma resposta a Rafael D'Ávila Barros Pereira. **Disponível em:** <http://jus.com.br/revista/texto/11441/homoafetividade-e-familia-casamento-civil-uniao-estavel-e-adoacao-por-casais-homoafetivos-a-luz-da-isonomia-e-da-dignidade-humana/2>.

VILELA, M. V. **Sintomas e fontes de estresse em crianças**. 1995. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 1995.

WALD, Arnaldo. **Direito de Família**. 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.