



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

ROBERTA NOCRATO SOARES

**DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR PARES
HOMOSSEXUAIS**

**FORTALEZA
2011**

ROBERTA NOCRATO SOARES

DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR PARES HOMOSSEXUAIS

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil

Orientador: Prof.^a Dra. Maria Vital da Rocha

FORTALEZA
2011

ROBERTA NOCRATO SOARES

DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR PARES HOMOSSEXUAIS

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Civil. Orientador: Prof.^a Dra. Maria Vital da Rocha.

Aprovado em ____/____/2011

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Maria Vital da Rocha (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Luciano Lima
Universidade Federal do Ceará – UFC

Aos meus Pais.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por diariamente me transmitir toda a força e a perseverança necessárias para alcançar meus objetivos.

Aos meus amados pais, Roberto Lima Soares e Sandra Telma Nocrato Soares, pelo amor incondicional e por sempre se fazerem tão presentes em minha vida. São eles os meus alicerces e meus exemplos.

Ao meu querido irmão, Luiz Ricardo Nocrato Soares, pelo companheirismo, pelas risadas diárias e, principalmente, pela amizade.

Ao meu namorado, Artur William Bandeira da Silva, meu companheiro há tantos anos, pelo amor, pela compreensão e pelo zelo com o meu bem estar, sempre dedicado e empenhado em me fazer feliz.

Aos meus grandes amigos, Ana Carolina Barroso, André Garrido, Daniel Maximiniano e Manuella Costa Lima, por sempre compartilharem comigo as aflições e as alegrias vividas durante todo o curso, sobretudo, neste semestre final de faculdade.

Aos professores componentes da banca examinadora, João Luís Nogueira e Luciano Lima, pela gentileza e atenção de se fazerem presentes neste momento tão especial para minha vida acadêmica.

À professora Maria Vital da Rocha, pela orientação sempre generosa, pela atenção, pela dedicação e pela importante colaboração na realização deste trabalho monográfico.

‘Se nascemos numa sociedade que nos ensina certos valores morais – justiça, igualdade, veracidade, generosidade, coragem, amizade, direito à felicidade – e, no entanto, impede a concretização deles porque está organizada e estruturada de modo a impedi-los, o reconhecimento da contradição entre o ideal e a realidade é o primeiro momento da liberdade e da vida ética como recusa da violência. O segundo momento é a busca das brechas pelas quais possa passar o possível, isto é, uma outra sociedade que concretize no real aquilo que a nossa propõe no ideal’.

(Marilena Chauí)

‘Tempos difíceis os nossos, em que é mais fácil quebrar um átomo do que um preconceito’.

(Albert Einstein)

RESUMO

Nesta pesquisa, analisa-se, brevemente, a evolução do instituto da família no direito brasileiro. Tece-se comentários acerca do embate doutrinário a respeito do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Discute-se o problema analisando também o impasse jurisprudencial que cerca o tema. Faz-se um estudo de como a homossexualidade é tratada no cenário internacional. Debate-se a situação do Brasil, abordando os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional. Comenta-se a recente decisão proferida pela Suprema Corte, sobre a questão da homoafetividade. Aborda-se o procedimento para a adoção, previsto na Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Relata-se a situação dos abrigos financiados pelo Governo Federal. Verifica-se a possibilidade de prejuízos à integridade moral e psíquica de crianças e adolescentes criados em lares homossexuais. Examina-se a questão do registro de nascimento de menores adotados por casais do mesmo sexo.

.

Palavras-chave: Homossexualidade. Entidade familiar. Adoção. Melhor interesse da criança.

.

ABSTRACT

This research examines briefly the evolution of the Family Institute in Brazilian law. Some comments about the clash of doctrine concerning the recognition of the same-sex unions as a familiar entity. Discusses the problem by examining the judicial impasse surrounding the issue. Makes an analysis of how homosexuality is treated in the international arena. Debates the situation in Brazil, covering the law projects that follow the legal procedure in the National Congress. Comments recent decision of the Supreme Court on the issue of homoaffectivity. Discusses the procedure for adoption provided in Law 12.010 (August 3rd, 2009). Reports the status of federally-funded shelters. Checks for damage to moral and mental integrity of children and adolescents raised in homosexuals homes. Examines the issue of birth registration of children adopted by same-sex couples.

Key-words: Homosexuality. Familiar entity. Adoption. Best interest of a child.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO	12
1.1. Da interpretação literal ao art. 226 da Carta Magna	15
1.2. Entidades familiares constitucionalizadas: para além <i>do numerus clausus</i>	19
1.3. Direitos assegurados aos homossexuais em sede administrativa	33
1.4. As uniões homoafetivas sob o olhar dos Tribunais Superiores: casos emblemáticos	34
1.4.1. Recurso Especial Eleitoral nº 24.564-PA	35
1.4.2. Recurso Especial nº 238.715-RS	38
2. AS UNIÕES HOMOAFETIVAS E O DIREITO COMPARADO	40
2.1. O Modelo Brasileiro: entre avanços e retrocessos	46
2.1.1. O julgamento da ADI Nº 4277 e da ADPF nº 132	50
3. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO	57
3.1. Dos requisitos e do processamento do pedido de adoção	60
3.2. Adoção homoparental: um viés social.....	64
3.3. Da inexistência de prejuízos ao menor por serem adotados por um par homossexual	69
3.4. Da afronta ao princípio da proteção integral à criança decorrente da proibição de adoção por casais homossexuais	73
3.5. Adoção homoparental e a questão registral	74
3.6. O julgamento do Recurso Especial nº 889.852-RS.....	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
REFERENCIAS	82
ANEXOS.....	87

INTRODUÇÃO

A temática da homossexualidade, mesmo em tempos modernos, encontra oposição em diversos setores da sociedade, pois permanece envolta em preconceitos e temores que permeiam o imaginário da população.

Com efeito, diariamente somos abordados com relatos de pessoas que sofrem discriminação em razão de orientação sexual, seja no trabalho, nas escolas ou, até mesmo, na intimidade de seus lares, simplesmente por escaparem aos padrões tidos como normalmente aceitos pelas alas mais conservadoras de nosso país.

A situação agrava-se com o silêncio da Constituição Federal de 1988 e do atual Código Civil, uma vez que referidos diplomas não fazem qualquer alusão às uniões entre pessoas do mesmo sexo, motivo pelo qual muitos magistrados condenam à invisibilidade jurídica tais vínculos convivenciais, o que acaba contribuindo para a formação de uma cultura homofóbica no seio da sociedade brasileira.

Destarte, ao exercerem livremente sua afetividade, orientando sua estrutura de desejo a outros seres de gênero idêntico, os homossexuais passam por um verdadeiro processo de desvalorização social, pois restam privados de seus direitos mais básicos, dentre eles o de adoção.

É preciso ter em mente que a adoção homoafetiva, mais do que um direito fundamental dos casais do mesmo sexo ao exercício da parentalidade, representa também a esperança de milhares de crianças e adolescentes institucionalizados, cujas garantias mais prioritárias a uma existência digna são diariamente negadas pelos seus genitores, pela sociedade e, inclusive, pelo próprio Estado.

Nesse cenário, aos operadores jurídicos compete a importante missão de superar preconceitos e de proteger a dignidade de minorias estigmatizadas, permitindo tanto que casais homossexuais como crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social possam conviver em um ambiente familiar.

Diante dessas circunstâncias e da omissão constitucional no que tange aos relacionamentos homoafetivos, buscamos desenvolver pesquisa monográfica para responder aos seguintes questionamentos: a Carta Magna considera legítima a discriminação de indivíduos em razão de sua orientação sexual? À luz dos princípios constitucionais e da hermenêutica, o art. 226 da Constituição deve ser interpretado restritivamente, excluindo da

proteção as uniões entre pessoas do mesmo sexo ou trata-se de rol *numerus apertus*, abarcando, por conseguinte, outros modelos familiares não elencados pelo constituinte? Inexistindo vedação constitucional para o reconhecimento do *status* familiar às parcerias homoafetivas, é possível aplicar, mediante interpretação analógica, o regime jurídico da união estável, inclusive para fins de adoção? A adoção por pares homossexuais é compatível com os melhores interesses de crianças e adolescentes abandonados?

Temos como objetivo geral analisar a possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da hermenêutica constitucional, como forma de garantir a milhares de crianças e adolescentes que necessitam de um lar, bem como aos parceiros homoafetivos, a fruição de um direito tido como essencial para o alcance da felicidade: o direito à família.

Para fins didáticos, a presente monografia divide-se em três capítulos, distribuídos na forma explicitada a seguir:

O primeiro capítulo aborda a evolução do instituto da família no direito pátrio a partir do modelo positivado no Código Civil de 1916, apresentando as novas espécies de entidades familiares criadas com o advento da Constituição Federal de 1988, frutos de conquistas históricas da sociedade brasileira. Prosseguindo, realizamos um contraponto de correntes, apresentando primeiro a doutrina que nega juridicidade aos vínculos homoafetivos, para então abordar o pensamento que atribui à união entre pessoas do mesmo sexo o *status* jurídico-familiar. Dedicamos também um tópico aos direitos que vem sendo, gradativamente, assegurados aos homossexuais em sede administrativa, através da edição de provimentos, instruções normativas e ofícios circulares. Ao final, destacamos duas decisões judiciais, que demonstram certa abertura jurisprudencial no que tange à temática homoafetiva.

O segundo capítulo cuida da classificação dos países quanto à forma pela qual seus respectivos ordenamentos jurídicos tratam da homoafetividade. Em pó, abordamos o modelo brasileiro, ressaltando a omissão do legislador constitucional no que tange às parcerias entre casais do mesmo sexo, bem como a existência de projetos de lei no Congresso Nacional, destinados à regulamentação da matéria ora em análise. Por fim, realizamos uma análise da decisão histórica proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 05 de maio de 2011, que pôs fim à cizânia doutrinária e jurisprudencial no que concerne ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares.

O terceiro capítulo é dedicado exclusivamente à adoção homoparental. Abordamos, primeiramente, a evolução do instituto no direito pátrio, cujo ápice se deu com as promulgações da Constituição de 1988 e da Lei nº. 12.010/09, que dispõe sobre a adoção e altera dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em seguida, destacamos o procedimento e os requisitos para a adoção previstos no estatuto minorista, a fim de analisarmos se existem óbices à inserção de menores abandonados em lares homossexuais. Seguimos com o assunto, agora examinando a situação dos abrigos no Brasil e as reais condições oferecidas aos infantes em instituições de amparo à juventude marginalizada. Com foco na psicologia, passamos a analisar, posteriormente, se a adoção por casais homossexuais representam um prejuízo aos melhores interesses de crianças e adolescentes institucionalizados. Por fim, será discutida a questão do registro de nascimento do adotado com fulcro na Lei de Registros Públicos.

Ao final, expomos as derradeiras conclusões deste estudo, refletindo à importância da adoção homoparental tanto para crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social como para casais homossexuais.

1 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

O modelo familiar institucionalizado no Código Civil de 1916 conferia juridicidade apenas ao relacionamento fundado nos sagrados laços do matrimônio, negando, pois, chancela às uniões amorosas que não fossem oficializadas pelo casamento civil.

Com a convalidação das núpcias, a mulher sofria uma verdadeira desvalorização de sua identidade, haja vista que reduzida à condição de relativamente incapaz e submetida, assim, a autoridade do cônjuge para o exercício de direitos. Não podendo exercer a chefia da sociedade marital, restava à esposa a administração do lar e a educação dos filhos, sempre em conformidade com os ditames de seu marido.

Ademais, sob forte influxo da doutrina cristã e com o fito de resguardar o panorama econômico do país, o legislador atribuiu caráter indissolúvel ao casamento, consagrando a máxima “*até que a morte os separe*”, em detrimento da felicidade dos indivíduos que compunham o núcleo familiar.

Com efeito, a família do início do século XX, de índole eminentemente rural, não tinha como preocupação basilar a criação de um espaço de afeto destinado à realização de seus membros. Ao contrário, funcionava, tão somente, como instituto de reprodução e de educação dos filhos, apto a gerar força de trabalho necessária à manutenção da produção agrícola na sociedade brasileira¹.

Não é outra a razão pela qual as relações intrafamiliares foram codificadas, inicialmente, em uma estrutura heterossexual, hierárquica, patriarcal e matrimonializada, inquebrantável pelo tempo e pelas tradições. Nesse sentido, são essas as palavras de Roger Raupp Rios:

Dentre os traços característicos da configuração jurídica da família neste modelo institucional, deve ser salientada a percepção da família como uma entidade fechada, que pode ser considerada em si mesma, permanente no tempo mesmo com a mutação de seus componentes individuais, voltado para a consecução de objetivos econômicos e afetivos internos e para a realização de finalidades externas e superiores, relacionadas com a manutenção e o progresso de toda a sociedade².

A Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, marcou o início da emancipação feminina na sociedade conjugal. Dentre as inovações, referido diploma não apenas atribuiu à

¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. São Paulo: Método, 2010, pp. 188-189.

² RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 99-100.

consorte plena capacidade para os atos da vida civil, como também consagrou o princípio do livre exercício de profissão da mulher casada, permitindo o seu ingresso no mercado de trabalho sem a autorização do cônjuge-varão.

Com a revolução sexual, iniciada a partir da descoberta de métodos contraceptivos, a sociedade passou por uma fase de progressiva liberalidade. A castidade deixou de ser apregoada como valor absoluto, favorecendo a prática do sexo fora do casamento e promovendo a libertação das mulheres de muitas inibições que as atingiam.

Nesse cenário, não obstante a recusa da legislação em conceder juridicidade aos relacionamentos extramatrimoniais, pejorativamente denominados de ilegítimos, vínculos amorosos começaram a surgir paralelamente à instituição do matrimônio.

Em um primeiro momento, a jurisprudência passou a admitir a relação laboral entre os parceiros, conferindo, pois, à amásia o direito à indenização pelos serviços domésticos prestados, correspondente aos valores dos salários que lhe seriam devidos, nas situações em que não exercia atividade remunerada nem auferia qualquer outro tipo de renda.

Posteriormente, no afã de estabelecer um tratamento mais benéfico quando do rompimento das relações convivenciais, o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 03 de abril de 1964, editou a Súmula nº. 380³, cujo teor reconheceu a existência de uma sociedade de fato entre os concubinos, garantindo à companheira a meação dos bens adquiridos ao longo da união pelo esforço comum.

Ocorre que nenhuma das soluções engendradas pelo judiciário brasileiro se mostrava apta à tutela de novas relações que surgiam no cenário nacional. Nesse viés, a sociedade civil organizada, por meio de pressões exercidas sobre os constituintes, passou a lutar pela proteção das famílias informais, pois, somente a partir do reconhecimento jurídico do fenômeno sociológico da *revolta dos fatos conta a lei*, novos direitos poderiam ser efetivados, alargando-se o sentido da cidadania e construindo-se um Estado Democrático.

Atendendo aos reclames sociais, a Emenda Constitucional nº. 09, de 28 de junho de 1977, instituiu o divórcio no país, posteriormente regulamentado pela Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro do mesmo ano, que estabeleceu os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, dentre outras providências.

³ Súmula nº. 380 do STF: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

A grande mudança sobreveio, entretanto, com a promulgação da Carta Federal de 1988, que consagrou o princípio do pluralismo das entidades familiares ao atribuir consequências jurídicas não somente ao casamento, mas à união estável entre homem e mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, conforme o disposto em seu art. 226, *in verbis*:

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

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

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

A Constituição Cidadã inaugurou, assim, uma nova era no direito pátrio, pois, mediante sua estrutura principiológica e seus valores, desmistificou velhos preconceitos, promovendo a abertura do sistema jurídico para reconhecer outros arranjos familiares historicamente marginalizados.

Com efeito, a família da pós-modernidade não mais se assenta no tripé sexo, matrimônio e procriação. Trata-se, em verdade, de uma organização democrática, igualitária e plural, a qual protege todo e qualquer modelo de vivência afetiva, forjado nos laços de cooperação e de solidariedade entre os indivíduos. Sobre o assunto, nos esclarece Maria Berenice Dias:

Agora, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a família se afasta da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação⁴.

Todavia, em que pese a conquista histórica para a sociedade brasileira, uma dúvida insiste em pairar: no atual estágio legislativo, seriam as uniões homoafetivas tuteladas pelo ordenamento estatal?

Digladiam-se duas correntes: a primeira entende que o art. 226 da Lei Maior deve ser interpretado restritivamente, excluindo, pois, da proteção as uniões entre pessoas do

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008, p. 42.

mesmo sexo⁵; a segunda defende que o supracitado dispositivo é *numerus apertus* e, por conseguinte, abarca outros modelos familiares não elencados pelo constituinte.

A questão há de ser solucionada pela via interpretativa. Nesse sentido, é a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

É hoje um postulado quase universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação. [...] Esta concepção nos mostra um ponto nuclear do desenvolvimento da ciência jurídica como teoria da interpretação. O problema básico da atividade jurídica não é apenas a configuração sistemática da ordem normativa, mas a determinação do seu sentido. Isto instaura as condições para o aparecimento de um método peculiar, ligado à idéia de compreensão (que hoje nos permite falar em método compreensivo) e de uma disputa em torno do objeto da própria teoria jurídica, visto, de modo geral, como sendo os atos intencionais produtores do direito e, por isso mesmo, dotados de um significado que deve ser elucidado⁶.

Os postulados hermenêuticos e as modernas técnicas de interpretação deverão servir de bússola para orientar o jurista na aplicação do direito posto, desvendando o sentido imanente da norma do art. 226 da Constituição e revelando o que a literalidade do dispositivo normativo não se prestou a elucidar em seu conteúdo material.

A seguir, passa-se a discorrer sobre ambas as correntes.

1.1 Da interpretação literal ao art. 226 da Carta Magna

Para a doutrina majoritária, o art. 226 da Carta Magna comporta interpretação restritiva, achando-se, portanto, excluída da proteção qualquer relação não albergada e nem identificável com os modelos familiares expressamente dispostos no texto constitucional, ainda que presentes os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade.

De fato, as decisões judiciais inclinam-se no sentido de negar aos casais homoafetivos os mesmos direitos conferidos aos parceiros em união estável, tais como pensão alimentícia, herança e impenhorabilidade do bem imóvel de família, firmando, não raras vezes, a competência das varas cíveis para o julgamento das contendas.

Nesse viés, a fim de se evitar o locupletamento ilícito de uma das partes, o relacionamento entre indivíduos do mesmo gênero somente geraria efeitos jurídicos na esfera

⁵ As uniões entre pessoas do mesmo sexo também são chamadas de parcerias homoafetivas, homoeróticas ou homoessenciais.

⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, pp. 68-70.

obrigacional, constituindo mera sociedade de fato, nos moldes do art. 981 do Código Civil⁷, a ensejar a partilha dos bens amealhados durante o período de convivência, desde que comprovada a efetiva participação de ambos os parceiros na formação do patrimônio comum. Sobre o assunto, doutrina Silvio Venosa:

*A Constituição, assim como o art. 1723 do Código Civil, também se refere expressamente à diversidade de sexos, à união do homem e da mulher. Como no casamento, a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração da prole, sua educação e assistência. Desse modo, afasta-se de plano qualquer ideia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei. O relacionamento homossexual, modernamente denominado homoafetivo, por mais estável e duradouro que seja, não receberá a proteção constitucional e, conseqüentemente, não se amolda aos direitos de índole familiar criados pelo legislador ordinário. Eventuais direitos que possam decorrer dessa união diversa do casamento e da união estável nunca terão, ao menos no atual estágio legislativo, cunho familiar real e verdadeiro, situando-se, acentuadamente no campo obrigacional, no âmbito de uma sociedade de fato (grifo nosso)*⁸.

É recorrente entre os juristas que negam a natureza familiar aos relacionamentos homoeróticos invocar a teoria do silêncio eloquente, segundo a qual as lacunas normativas seriam fruto de uma vontade intencional do legislador em deixar ao desamparo da lei determinadas situações fáticas.

Nessa linha de intelecção, o art. 226, § 3º da Lei Maior, ao fazer alusão somente à união estável entre homens e mulheres, estaria, em verdade, proibindo implicitamente o reconhecimento das parcerias homossexuais, de modo que seria defeso ao intérprete sanar a omissão do constituinte mediante mecanismos de integração da ordem jurídica.

Ademais, para a doutrina clássica, ceder ao argumento de que a diversidade de sexos, requisito exigido para a configuração do vínculo convivencial, não guarda compatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeira pedra de toque de nosso arcabouço jurídico, acabaria por consagrar a esdrúxula tese das normas constitucionais inconstitucionais de Otto Bachof, que permite a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo originário da Constituição.

De acordo com o citado autor “se uma norma constitucional infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, contrária ao direito natural”⁹.

⁷ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2006.

⁹ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução de Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida Editora, 1977, pp. 62-63.

Entretanto, é de entendimento pacífico no ordenamento pátrio que não compete à Suprema Corte, em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, fiscalizar normas originárias da Constituição, haja vista que o Poder Constituinte Originário ostenta as marcas da inicialidade e da incondicionalidade.

Com supedâneo nesse pensamento, a doutrina mais ortodoxa sustenta que inexisteriam motivos para se questionar a validade da regra inserta no art. 226, § 3º da Lei Fundamental, ainda que restassem contrariados postulados fundamentais de justiça. É o que se depreende do magistério de Lênio Luiz Streck:

E mais: de que modo poderia haver a referida omissão se a própria Constituição determina que é dever do Estado proteger a união entre homem e mulher? Onde estaria a omissão, já que é um comando constitucional – e note-se: não podemos falar em hierarquia entre normas constitucionais, caso contrário, estaríamos aceitando a tese de Bachof a respeito da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais – que determina a ação do Estado seja no sentido de proteger a união entre homem e mulher?(grifo nosso)¹⁰.

Uma das principais alegações contrárias ao reconhecimento dos vínculos convivenciais entre indivíduos do mesmo gênero consiste na premissa de que o legislador teria idealizado as entidades familiares em um modelo tipicamente heterossexual, razão pela qual não se afiguraria razoável acobertar os relacionamentos homoessenciais sob o manto acolhedor do Direito das Famílias. Sobre o assunto, leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Constata-se, pois, que não foi o acaso que conduziu o legislador constituinte de 1988 a inserir expressamente no texto que somente a união entre o homem e a mulher pode configurar união fundada no companheirismo, excluindo, portanto, o reconhecimento, como família, das uniões entre homossexuais, mesmo que desimpedidos, convivendo em razoável espaço de tempo. Como visto, para a existência do companheirismo, não é possível a presença de qualquer impedimento matrimonial entre os companheiros, já queo contrário estar-se-ia estimulando a proliferação de “uniões estáveis” em detrimento das uniões matrimoniais, o que não é o desejo constitucional. Com maior razão, portanto, não é possível o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, já que, tradicionalmente, o casamento entre elas é inexistente, no Direito. Para que fosse possível a existência de família informal entre pessoas do mesmo sexo, seria indispensável o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, a sexo, a exemplo do que ocorre na Holanda, na Dinamarca, na Noruega e na Suécia¹¹.

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Ulisses e o canto das sereias**: Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13229>>. Acesso em: 20 de março, às 14h.

¹¹ Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.51.01.01670. Relator: Guilherme Calmon Nogueira. Recorrente: Adriano Barcelos Monteiro. Recorrido: União Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/485.pdf>. Acesso em: 20 de março, às 14h37 min.

Desse modo, os opositores da união homoafetiva sustentam que é dever do intérprete zelar pela manutenção da vontade do legislador, devendo ser afastada a interpretação quando dela resultar uma regulação distinta daquela originariamente almejada pelo constituinte, sob pena de transformar o operador jurídico em autêntico e ilegítimo legislador positivo. Com efeito, a *Lex Legum*, que já é parcialmente política, se tornaria politizada ao máximo caso o resultado interpretativo conduzisse a uma regra em manifesta dissintonia com os objetivos perquiridos.

Nesse sentido, preleciona Paulo Nader ao comentar sobre a impossibilidade de reconhecimento das parcerias homoafetivas:

*Nos Estados democráticos de Direito, a instância legítima para as inovações da ordem jurídica é o Poder Legislativo, pois ao Judiciário compete apenas a exegese científica das fontes formais e sua aplicação aos casos concretos. É claro que o juiz contemporâneo é atribuído importante papel na definição do ordenamento, especialmente ao promover a conciliação da lei com a realidade subjacente e no preenchimento de lacunas. Esta harmonização se opera com as modernas técnicas de interpretação, que promovem o ajustamento da lei aos novos fatos, mas sem trair a mens legis, sem valer-se de subterfúgios ou artificialismo (grifo nosso)*¹².

Aos órgãos judicantes não caberia outro posicionamento senão o de adotar uma postura de credibilidade e de transparência, não lhes sendo permitido, pois, transigir normas constitucionais ao bel-prazer de interesses políticos e anseios populares. *In casu*, restaria plenamente aplicável o princípio *dura lex sed lex*, máxima do Direito Romano, que se refere à necessidade de se respeitar a lei em todos os casos, até mesmo naqueles em que ela é mais rígida e rigorosa.

Nesse diapasão, a fim de se evitar o malferimento ao princípio da separação dos poderes, a comunhão de vidas entre pessoas do mesmo sexo somente poderia ser reconhecida como entidade familiar por meio de um processo formal de alteração da Carta Magna, mediante a ação Poder Constituinte Derivado¹³.

Outro argumento suscitado pelos adversários da união estável homoafetiva é de que o princípio da igualdade, em seu aspecto material, não iguala todos os indivíduos de maneira absoluta, dispensando tratamento diferenciado àqueles que se encontram em situações essencialmente distintas, como ocorreria, *exempli gratia*, com as parcerias homoessenciais. Nesse sentido, preleciona Maria Helena Diniz:

¹² NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 391.

¹³ Não é outro o entendimento a que chega Paulo Nader “Na esteira do art. 226 da Lei Maior, o Código Civil exige a diversidade de sexos como requisito fundamental para a entidade familiar. Tal disposição deixa estreme de dúvida a impossibilidade da união estável nas relações homoafetivas. Para que ocorra um tal avanço, o ponto de partida será a remoção do obstáculo constitucional” (Idem, *Ibidem*, p 589).

Há quem ache, como Maria Berenice Dias [...], que o art. 226, § 3º, da CF/88 pode ser analogicamente aplicado aos vínculos homossexuais, para considerá-los entidades familiares, por serem sociedades de afeto e não de fato. Ora, com a devida vênia, como aquela norma, sendo de ordem pública, poderia ser interpretada extensivamente ou aplicada por analogia? *E, além disso, é uma norma especial, não podendo, por isso, ser aplicada à união de pessoas do mesmo sexo, sob a alegação de ser discriminatória e de ferir o princípio da isonomia, visto que este consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, e estender tal norma a casal homossexual equivaleria a tratar igualmente os desiguais (grifo nosso)*¹⁴.

Nessa senda, a diferença entre o tratamento jurídico dispensado às uniões homoafetivas e àquele concedido aos relacionamentos heterossexuais se justificaria basicamente pelo comportamento sexual divergente dos casais homoeróticos, o qual não se enquadraria nos padrões de normalidade dominante nas sociedades contemporâneas por não ser preordenado à reprodução e à criação da prole. Não é outra a conclusão a que chega o já citado Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

Vejamos, pois, qual é tal elemento de discrimen. A sexualidade, tal como vista no Direito, é aquela considerada natural – ou normal -, somente sendo possível a sua prática entre um homem e uma mulher, permitindo, inclusive, a perpetuação da estirpe com prole daí resultante, aumentando numericamente os integrantes da família. Assim, no controle estatal da sexualidade, há obstáculo a que outras práticas sexuais – ainda que presentes na realidade fática -, possam ser consideradas juridicamente. Daí a noção da inexistência do casamento e, conseqüentemente, do companheirismo entre pessoa do mesmo sexo. Marcela SARDAS e Júlio César MEIRELLES apresentam outro argumento para sustentar a assertiva de que a Constituição veda a possibilidade de equiparar relações homossexuais às heterossexuais: “Esta vedação, implícita, se baseia na capacidade (potencialidade) de o homem e a mulher formarem sobre a entidade familiar constituída por eles outros vínculos através dos filhos (naturais ou adotados). Esta situação é impossível para homossexuais, pois uma mesma pessoa não pode, juridicamente, ter dois pais ou duas mães”¹⁵.

Data máxima vênia, os argumentos que negam o *status* jurídico-familiar aos vínculos homoafetivos não encontram guarida na ordem constitucional, o que será demonstrado a seguir.

1.2 Das entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*

Para a doutrina moderna, as entidades familiares dispostas no art. 226 da Carta Magna encerram um rol meramente exemplificativo, razão pela qual outras formas de convívio, embora alheias ao comando constitucional, fariam jus ao *status* familiar, desde que guardassem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade, conforme bem esclarece Paulo Lôbo Neto:

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 338-339.

¹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **O Companheirismo: Uma espécie de família**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 547-550.

No *caput* do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução "constituída pelo casamento" (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstalou a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução "a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos". A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos¹⁶.

Diferentemente da Constituição de 1967, que dispunha, no *caput* do art. 175, que “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”, a Carta Magna de 1988 não atrelou à família nenhum sentido ortodoxo, consagrando um sistema aberto, protetor, inclusive, das uniões homossexuais.

A regra do art. 226 foi introduzida na Constituição com a finalidade de suplantar a discriminação que historicamente incidira sobre modelos de convivência marginalizados, sobretudo as uniões entre homem e mulher que não decorriam do matrimônio. Por essa razão, aos juristas seria vedado conferir uma interpretação reducionista ao dispositivo em questão, pois não se pode atribuir um significado a uma norma contrariando os postulados constitucionais e os fins que a justificaram¹⁷.

Nessa esteira, leciona Luís Roberto Barroso que:

É certo, por outro lado, que a referência a *homem e mulher* não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contém indicação nessa direção. *Extraír desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão.* [...] Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “união estável entre o homem e a mulher” importa, *a contrario sensu*, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. *Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito.* Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do *numerus clausus*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em 05 de maio, às 12h10min.

¹⁷ O Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento da ADI nº 4227, assim se pronunciou “Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para matar o seu espírito, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diz Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que avida uniu pelo afeto”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 08 de maio de 2011, às 17h 50 min).

parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional¹⁸.

Em um Estado Democrático, cujos pilares se assentam na dignidade da pessoa humana, não é dado ao magistrado julgar “opções” de vida, condenando à marginalidade as uniões entre pares do mesmo sexo por simplesmente escaparem aos padrões de moralidade dominantes na sociedade brasileira.

Destarte, o art. 1º, inciso III da *Lex Fundamentalis* assegura a cada indivíduo a possibilidade de se autodeterminar da maneira como melhor lhe aprouver, promovendo as suas escolhas existenciais básicas de acordo com os desejos de foro íntimo, desde que isso não implique em violação aos direitos de outrem.

Ademais, o supracitado dispositivo, em sua dimensão prestacional, impõe aos poderes estatais a função de propiciar aos cidadãos as condições necessárias a uma existência digna, removendo toda sorte de obstáculos que inviabilizem a busca pela felicidade. Nesse sentido, preleciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, *assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção (grifo nosso)*¹⁹.

A recusa do Estado em conceder juridicidade aos vínculos homoafetivos viola, portanto, o propósito constitucional de construir uma sociedade pluralista e refratária de preconceitos na medida em que implica na desvalorização social das características típicas dos homossexuais, atestando que determinado estilo de vida não merece ser tratado com igual respeito e consideração.

De fato, como sustentar a real existência de uma liberdade de escolha se, ao direcionarem sua afetividade a outro ser do mesmo sexo, os indivíduos homossexuais acabam sendo punidos com a perda de seus direitos mais básicos? Ou ainda, como poderia a

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista de Direito do Estado**, ano 2, n. 5, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2007, p. 167 *et seq.*

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In: _____. **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 32.

Constituição conceder uma prerrogativa aos cidadãos, como a de autodeterminação, e, ao mesmo tempo, esvaziar o seu conteúdo²⁰?

A respeito do tema, pertinente é a lição de Maria Berenice Dias:

*Todos dispõem da liberdade de optar, desimportando o sexo da pessoa eleita, se igual ou diferente do seu. Se um indivíduo nada sofre ao se vincular a uma pessoa do sexo oposto, mas é alvo de repúdio social por dirigir o seu desejo a alguém do mesmo sexo, está sendo discriminado em função de sua orientação sexual. A proibição dos casamentos inter-raciais, por exemplo, que vigorou em muitos países, é um belo exemplo de afronta ao princípio da liberdade. Ou seja, os negros não eram proibidos de casar. Só não podiam casar com alguém de cor distinta. A mesma lógica se aplica aos homossexuais. Podem casar, desde que não seja com a pessoa do mesmo sexo. Deste modo, como não desejam contrair matrimônio com uma pessoa de sexo distinto, não lhes é assegurado o direito de constituir família (grifo nosso)*²¹.

Mais do que consagrar um direito formal de escolha, é necessário que o Estado propicie, efetivamente, condições para que todos os cidadãos possam perseguir os seus objetivos de vida, cumprindo a promessa constitucional de se construir uma sociedade justa, igualitária e plural. Afinal, se os indivíduos de orientação heterossexual somente podem atingir a plenitude de sua sexualidade vivendo heterossexualmente, os de preferências homossexuais seguem o mesmo raciocínio: somente podem ser felizes direcionando sua afetividade a outro ser do mesmo sexo.

Esse entendimento resta positivado nos Princípios da Yogyakarta, documento que orienta a aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos em relação à orientação sexual e a identidade de gênero, o qual, em seu art. 24, encerra a previsão de que os poderes estatais devem atuar positivamente no sentido de assegurar aos pares homossexuais todos os direitos inerentes aos casais heteroafetivos, inclusive o de constituir família nos moldes por eles desejados:

Art. 24. Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

²⁰ O Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento da ADI nº 4277, relata a existência de uma “liberdade homoafetiva pela metade” e da prejudicialidade de seus efeitos, remetendo aos versos de Chico Xavier “A gente pode morar numa casa mais ou menos, numa rua mais ou menos, numa cidade mais ou menos, e até ter um governo mais ou menos. [...] O que a gente não pode mesmo, nunca, de jeito nenhum... é amar mais ou menos, sonhar mais ou menos, ser amigo mais ou menos [...]. Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Brito. Brasília, 05 de maio de 2011. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 08 de maio de 2011, às 17h 50 min).

²¹ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p.105.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero [...]

f) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que qualquer obrigação, prerrogativa, privilégio ou benefício disponível para parceiros não casados de sexo diferente esteja igualmente disponível para parceiros não-casados do mesmo sexo.

A ausência de legitimação social e jurídica da união entre pessoas do mesmo gênero transgride, por certo, outro aspecto basilar do princípio da dignidade da pessoa humana, que se identifica com o brocardo kantiano de não instrumentalização do indivíduo. Para Kant, toda pessoa constitui um fim em si mesma, não se admitindo a sua redução a mero objeto para o atendimento dos interesses e dos arbítrios de outrem²².

Desse modo, ao negar o *status* familiar aos relacionamentos fundados na identidade de sexo, os poderes estatais acabam por instrumentalizar as relações afetivas, sacrificando os direitos e a felicidade dos casais homoeróticos em nome de uma concepção moral e tradicional de família, que é dominante, por certo, mas não juridicamente obrigatória.

Referida postura esbarra, ainda, no direito ao reconhecimento, que é um espectro fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana. A necessidade de reconhecimento tem como finalidade suplantar a injustiça cultural e os preconceitos que pairam sobre minorias estigmatizadas, valorizando as identidades individuais e impedindo a dominação de um estilo de vida sobre os demais. Não é outro o entendimento a que chega José Reinaldo de Lima Lopes:

Na afirmação universal dos direitos, é preciso contar com a constituição de um sujeito humano universal, *em que está incorporado um valor que não pode ser trocado, e por definição não tem preço, que é a dignidade*. [...] o reconhecimento consiste na afirmação e na valorização positiva de certas identidades. *O direito ao reconhecimento deve afirmar-se, portanto, como um direito em primeiro lugar e precisará traduzir-se em esforços públicos estatais – que retirem de um grupo estigmatizado as consequências jurídicas de um estigma social (grifo nosso)*²³.

A negativa do Estado em assegurar o reconhecimento das parcerias entre pessoas do mesmo gênero atenta, portanto, contra a dignidade dos casais homoafetivos, uma vez que a homossexualidade não constitui uma opção, mas um atributo intrínseco dos indivíduos que a ostentam.

²² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 32 e 33.

²³ LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito ao Reconhecimento para Gays e Lésbicas. In: PIOVESAN, Flávia ; IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos Humanos: Fundamento, Proteção e Implementação**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 50.

Sobre a política do reconhecimento no que tange à temática homoafetiva, precisos são os ensinamentos da filósofa americana Nancy Fraser:

[...] a diferenciação social entre heterossexuais e homossexuais está fundada em uma ordem de *status* social, como padrões institucionalizados de valor cultural que constituem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível. O resultado é considerar *gays* e lésbicas como outros desprezíveis aos quais falta não apenas reputação para participar integralmente da vida social, mas até mesmo o direito de existir. Difusamente institucionalizados, tais padrões heteronormativos de valor geram formas sexualmente específicas de *subordinação de status*, incluindo a vergonha ritual, prisões, “tratamentos” psiquiátricos, agressões e homicídios; exclusão dos direitos e privilégios da intimidade, casamento e paternidade e de todas as posições jurídicas que deles decorrem; reduzidos direitos de privacidade, expressão e associação; acesso diminuído ao emprego, à assistência em saúde, ao serviço militar e à educação; direitos reduzidos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política; e a invisibilidade e/ou estigmatização na mídia. Esses danos são injustiça por não-reconhecimento. Para ser exata, *gays* e lésbicas também sofrem sérias injustiças econômicas. Eles podem ser sumariamente despedidos do emprego e têm negados os benefícios sociais baseados nos vínculos familiares. Mas, longe de estarem pautadas diretamente na estrutura econômica, elas derivam, ao invés, de um padrão de valor cultural injusto. O remédio para a injustiça, conseqüentemente, é o reconhecimento e não a distribuição. A superação da homofobia e do heterossexismo requer uma modificação na ordem do status sexual, desinstitucionalizando os padrões heteronormativos de valor, substituindo-os por padrões que expressem igual respeito para com *gays* e lésbicas²⁴.

Assim sendo, somente através da outorga de proteção devida aos relacionamentos homoessenciais é que restará assegurado, indistintamente, a todos os cidadãos o direito à dignidade da pessoa humana, haja vista que a interferência delimitadora do Estado em aspectos de foro tão íntimo produz efeitos desastrosos nas minorias estigmatizadas, infligindo dor, angústia e crise de identidade, bem como legítima a criação de um pensamento homofóbico no seio da sociedade.

Outrossim, cumpre ressaltar que as relações familiares não são instituídas pelo direito; ao revés, surgem dos laços de afeto e de cooperação entre indivíduos, cabendo, tão somente, ao ordenamento jurídico pátrio a missão de estabelecer o regramento necessário à convivência.

Conforme bem salienta a Ministra Carmén Lucia:

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do *outro e a forma escolhida para se viver*

²⁴ FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 173.

não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito (grifo nosso) ²⁵.

O processo de reconhecimento enfrentado pelas parcerias homoafetivas é o mesmo pelo qual, historicamente, passaram as mães solteiras e os homens e mulheres unidos por laços informais no início do século passado. Àquela época, os preconceitos velados não puderam resistir às pressões de uma nova realidade que ora se impunha, de modo que coube ao direito se adequar aos fatos, retirando do ostracismo e do limbo jurídico modelos de convivência, até então, marginalizados²⁶.

Nesse diapasão, condenar à invisibilidade os relacionamentos entre pessoas do mesmo gênero não irá extirpar a homossexualidade das sociedades contemporâneas, tampouco extinguirá as contendas que chegam ao Poder Judiciário quando do rompimento dos vínculos convivenciais.

Conforme já esposado anteriormente, a família tem seu quadro evolutivo atrelado ao progresso do homem e das relações sociais, razão pela qual não se afigura admissível que esteja submetida a ideias estáticas, nem reclusa a valores pertencentes ao passado. Atualmente, resta consagrado o princípio da pluralidade das entidades familiares, as quais poderão se apresentar sob tantos e diversos modelos quanto forem as possibilidades de se expressar o afeto, evitando-se, pois, a tensão entre fato e norma.

Assim sendo, para que a regra inserta no art. 226 da Carta Magna alcance a finalidade que dela se espera, necessário coadunar seus preceitos com a realidade subjacente, evitando o distanciamento entre as ciências jurídicas e os acontecimentos contemporâneos, bem como impedindo o engessamento do texto constitucional. Referido entendimento encontra sustentáculo no modelo hermenêutico-concretizador, o qual impõe ao intérprete o dever de não analisar as normas constitucionais isoladamente, mas de acordo com os substratos fáticos que a cercam. É a lição de Konrad Hesse:

²⁵ Trecho de decisão proferida no julgamento da ADI nº 4.277, ajuizada com pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do CC, com o fito de assegurar o reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento jurídico pátrio. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 08 de maio de 2011, às 17h 50 min).

²⁶ Nesse sentido, são os ensinamentos de José Afonso da Silva “A realidade é a causadora de representações jurídicas que, até um certo momento, permanecem à margem do ordenamento jurídico formal; mas a pressão dos fatos acaba por gerar certo reconhecimento da sociedade, que vai aceitando situações antes repudiadas, até o momento em que o legislador as disciplina, exatamente para contê-las no campo do controle social. Quantos sofrimentos passaram mães solteiras que, com seus filhos, eram marginalizadas pela sociedade e desprezadas pelo Estado, porque essa comunidade não era concebida como entidade familiar, porque o sistema constitucional só reconhecia a família biparental?” (DA SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 863).

Se o Direito e, sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça desta tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação²⁷.

É bem verdade que parte da doutrina nega juridicidade às parcerias homoafetivas sob o argumento de que o princípio da isonomia não iguala todos de maneira equânime, dispensando um trato distinto àquelas pessoas que se encontrem em situações essencialmente diversas. Entretanto, para que a discriminação seja juridicamente válida, necessário existir uma correlação lógico-racional entre o fator de desigualação eleito e o tratamento diferenciado imposto a um determinado grupo de indivíduos.

Nesse sentido, são essas as sempre elucidativas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello ao discorrer sobre o conteúdo do princípio da igualdade:

É agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto. [...] Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia²⁸.

Com efeito, desarrazoado erigir o potencial para a reprodução como elemento de *discrimen* apto a negar aos pares homoeróticos os mesmos direitos concedidos aos casais heterossexuais.

A capacidade procriativa não constitui condição inarredável à caracterização de entidade familiar, haja vista que o Estado reconhece a família monoparental, comunidade formada por um dos pais e seus descendentes, como merecedora de tutela jurídica. Ademais, a impotência *generandi* e a incapacidade *incipiendi*, ou seja, a impossibilidade de o homem e de a mulher, respectivamente, gerarem sua descendência, não configuram causas de dissolução do vínculo conjugal, nem mesmo à luz do Direito Canônico.

Desse modo, a partir do momento em que inexistente vedação ao reconhecimento da união entre heterossexuais estéreis, não pode ser utilizada a inaptidão para conceber como

²⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 22-23.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 37-39.

fundamento plausível, apto a negar a proteção legal ao relacionamento entre duas pessoas do mesmo sexo.

Outrossim, melhor sorte não assiste ao argumento de que as relações homoafetivas não poderiam ser vislumbradas como familiares por escaparem ao padrão de normalidade dominante nas sociedades contemporâneas.

A Organização Mundial de Saúde, em 1993, retirou a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças (CID) e firmou entendimento segundo o qual “a orientação sexual por si não deve ser vista como um transtorno”²⁹. Na mesma esteira progressista, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução nº 01/1999, atestando não ser a atração entre pessoas do mesmo gênero uma patologia, um distúrbio ou uma perversão, mas uma livre manifestação da sexualidade humana.

Tampouco merece respaldo o posicionamento que nega o *status* familiar aos vínculos homossexuais sob o argumento de estarem em franca contrariedade com os preceitos de ordem divina.

De fato, consoante o princípio da laicidade estatal, fundamentações de cunho cristão não podem servir de parâmetro para justificar o futuro político e jurídico do país, ainda que cultivadas pela maioria da sociedade, sob pena de afronta aos direitos fundamentais dos indivíduos que não as professam, dentre eles o da liberdade religiosa. A respeito do tema, posiciona-se o professor Canotilho:

A liberdade de religião é a liberdade de adoptar ou não uma religião, de escolher uma determinada religião, de fazer proselitismo num sentido ou noutro, de não ser prejudicado por qualquer posição ou atitude religiosa ou anti-religiosa³⁰.

Além disso, cumpre ressaltar que, com o reconhecimento jurídico das relações homoeróticas, as organizações confessionais não serão compelidas a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo, continuando, pois, a sacramentar as uniões amorosas de acordo com suas tradições.

Nesse viés, inexistente razão para eleger a diversidade de pares como requisito essencial, constituidor e definidor do conceito de família, haja vista serem os elos homoafetivos pautados no mesmo elemento psíquico existente nos relacionamentos conjugais

²⁹Departamento de Informática do SUS. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde**. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/webhelp/f60_f69.htm>. Acesso em: 03 de março de 2011, às 15h.

³⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Portuguesa Anotada**, 1ª ed. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 609.

e companheris, qual seja o amor que gera comunhão de vidas e assistência mútua, criando direitos e obrigações recíprocas. Entender de forma diversa acabaria por instituir uma distinção exclusivamente em função de orientação sexual, o que é constitucionalmente vedado.

Destarte, a Carta Magna, em seu art. 3º, inciso IV, elegeu, como objetivo fundamental do pacto republicano, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Para o doutrinador José Afonso da Silva a cláusula geral contida na parte final do dispositivo encerra uma vedação a outras formas de desequiparação entre pessoas, abrangendo, inclusive, a diferenciação em razão de preferências sexuais:

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que vedasse claramente, mas não se encontrou expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos³¹.

Ademais, a República Federativa do Brasil é signatária do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado ao ordenamento pátrio através do Decreto nº 592/92, cuja redação veda o tratamento desigualitário “por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.

Conquanto inexista menção expressa à discriminação fundada em preferências sexuais no diploma supracitado, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, no julgamento do caso *Nicholas Toonen versus Austrália*, firmou entendimento no sentido de que “a referência a ‘sexo’ nos artigos 2º, § 1º e 26 deve ser considerada como incluindo também a orientação sexual”³².

Assim sendo, afigura-se inconcebível e totalmente em desacordo com a atual conjuntura do Texto Magno que diferenciações sejam estabelecidas em virtude de inclinações

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

³² Em 1994, Nicholas Toneen recorreu ao Comitê dos Direitos Humanos das Nações Unidas contra legislação da Tasmânia que criminalizava as relações sexuais entre indivíduos do sexo masculino. A denúncia foi baseada nos direitos consagrados no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, como o da privacidade (art. 17) e o da igualdade de tratamento (art. 26).

sexuais dos indivíduos, não se admitindo, pois, a ingerência estatal em assuntos relativos à esfera privada de cada um.

E lembre-se: não se está a ressuscitar a já citada teoria das normas constitucionais inconstitucionais de Otto Bachof, que permite a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo originário da Constituição. Ora, o que carece de validade não é a regra inserta no art. 226, § 3º da Constituição, que impõe a dualidade de sexos para a configuração da união estável, mas a interpretação segundo a qual o binômio homem-mulher seria caracterizador de todo e qualquer núcleo familiar.

O conflito entre dispositivos da Lei Maior, nomeadamente entre o disposto no art. 226, § 3º e os princípios da isonomia, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, é meramente aparente, uma vez que o princípio da unidade da Constituição determina que os espaços de tensão existentes entre normas oriundas do Poder Constituinte Originário devem ser harmonizados, através de uma leitura sistematizada da ordem jurídica.

Desse modo, a fim de se evitar a fragmentação do ordenamento estatal, necessário reconhecer a existência de dois vínculos convivenciais, quais sejam a união estável entre homem e mulher, conforme o exigido no art. 226, § 3º da Carta Republicana, e a parceria homoafetiva, em respeito aos princípios da isonomia, da liberdade e da igualdade constitucionalmente assegurados³³.

É bem verdade que de nada bastaria toda a argumentação principiológica utilizada se houvesse, de fato, uma vedação implícita ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Todavia, não é o que ocorre no cenário legislativo brasileiro.

Por óbvio, não há como o constituinte positivar e, conseqüentemente, disciplinar todas as relações que emergem no seio social, haja vista a complexidade do comportamento humano e a imprevisibilidade dos acontecimentos.

Assim, ao elaborar determinado texto normativo, pode ocorrer de o legislador ter contemplado apenas alguns fatos da vida, por serem os mais corriqueiros, omitindo-se em

³³ Assim entendeu o Ministro Ricardo Lewandowsky, no julgamento da ADI nº. 4227: “Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 08 de maio de 2011, às 17h 50 min).

relação a outros igualmente importantes, o que não implica em menoscabo às hipóteses não aventadas.

Segundo Hans Kelsen, tudo o que não está explicitamente proibido, encontra-se implicitamente permitido no sistema jurídico, ideia acolhida pelo art. 5º, II da Constituição Federal ao estabelecer que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

Ocorre que, em nosso ordenamento estatal, não subsiste dispositivo algum vedando expressa e imperativamente o relacionamento homoafetivo e a produção de seus efeitos, tais como são os casos de nulidade de pleno direito do casamento civil, inexistindo, portanto, fundamento legal para excluir as parcerias homoessenciais do manto protetivo do Direito das Famílias. Nesse sentido, são os ensinamentos de Paulo Iotti Vecchiatti:

É de se notar, ainda, que o Direito de Família pretende tutelar a *família*, donde não pode a *família juridicamente protegida* deixar de tutelar aquelas famílias que não estejam expressamente proibidas pelo Direito de receberem efeitos jurídicos. Afinal, “ninguém será obrigado a fazer algo ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”, nos termos do art. 5º, II da Constituição Federal – *e deixar de conceder efeitos jurídicos a determinada “família” é o mesmo que dizer que ela não é aceita pelo Direito*, o que só pode ser feito de forma expressa ante o princípio de que não há nulidade sem texto (*sendo que a interpretação teleológica desta regra denota que, igualmente, não há restrições de direitos sem texto*), decorrente do citado artigo constitucional (*com grifos no original*)³⁴.

Ademais, não há prova concreta de que o constituinte almejou excluir a união entre indivíduos do mesmo gênero do conceito de entidade familiar, uma vez que inexistem exposição de motivos ou quaisquer outros documentos oficiais corroborando com esse entendimento.

Ora, como é cediço, os projetos de lei tramitam em duas Casas Legislativas, nas quais se encontram múltiplos segmentos sociais e tendências políticas, recebendo, não raras vezes, emendas à sua redação original. Ao final das deliberações, o texto normativo acaba por se distanciar do modelo inicialmente proposto, restando aprovado pelos parlamentares pelas mais distintas razões.

Nesse diapasão, ante as dificuldades de se identificar a *mens legislatoris*, isto é, o sentido querido e pretendido pelo legislador quando da elaboração de um diploma, imperioso prestigiar a interpretação teleológica, cujo método implica na análise da lei a partir da *ratio legis*, ou seja, com base nos motivos que ensejaram sua elaboração, permitindo a aplicação da

³⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. São Paulo: Método, 2010, p. 208.

norma a situações não abrangidas diretamente pelo texto legal, mas acobertadas pela mesma finalidade. Sobre o assunto, afirma Carlos Maximiliano:

A lei é a vontade transformada em palavras, uma força constante e vivaz, objetivada e independente do seu prolator; procura-se o sentido imanente no texto, e não o que o elaborador teve em mira. O aplicador extrai da fórmula concreta tudo o que ela pode dar implícita ou explicitamente, não só a ideia direta, clara, evidente, mas também a indireta, ligada à primeira por mera semelhança, deduzida por analogia. Eis por que se diz – “a lei é mais sábia que o legislador”; ela encerra em si um infinito conteúdo de cultura; por isso também raras vezes o respectivo autor seria o seu melhor intérprete [...] Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele, como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que o seu autor³⁵.

Outrossim, em sendo o Direito uma ciência valorativa, as regras jurídicas não são criadas para atender aos arbítrios ou subjetivismos de seu prolator, mas para proteger determinados fatos da vida devido a um valor positivo a eles atribuído. É o que nos ensina a Teoria Tridimensionalista de Miguel Reale:

Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça).

Nas últimas décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que: a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um **fato** subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um **valor**, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma **regra ou norma**, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados uns dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da integração dinâmica e dialética dos três elementos que a integram³⁶.

Nesse viés, a proteção de um valor cria um caráter abstrato e indeterminado da norma, que, por sua vez, passa a abarcar todos os casos análogos às situações mencionadas no texto legal, impedindo, pois, que injustiças sejam perpetradas em razão de lacunas no ordenamento jurídico.

O art. 4º da LICC determina que, em sendo omissa a legislação, cumpre ao magistrado julgar o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do

³⁵ MAXIMILIANO, CARLOS. **Heremênutica e aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 23-25.

³⁶ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 64-65.

direito, ao passo que o art. 126 do CPC proíbe o juiz de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei.

Nesse consectário lógico, o fato de o texto constitucional não fazer qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, em um silêncio eloquente da Constituição, haja vista que o intérprete dispõe de mecanismos de integração da ordem jurídica para o preenchimento de eventuais vazios normativos.

Inexistindo, assim, a vedação constitucional ao reconhecimento das uniões homoafetivas, necessário perquirir qual tratamento jurídico deve ser dispensado a tais vínculos convivenciais.

De fato, em nada satisfaz a equiparação das relações homoeróticas com as sociedades de fato, tal como tem prevalecido na jurisprudência brasileira. Ora, enquanto o elemento estruturante do contrato societário, que o coloca sob o manto do direito comercial, é a *affectio societatis*, consistente na vontade de associação e de conjugação de esforços para a realização de uma atividade de cunho meramente patrimonial, as parcerias homoafetivas são pautadas no amor que gera comunhão de vida e de interesses de forma pública, contínua e duradoura.

Dessa feita, dentre todos os institutos positivados no ordenamento jurídico pátrio, a união estável é o que maior semelhança guarda com os relacionamentos homossexuais, haja vista que ambos têm sua gênese nos laços de afeto e de companheirismo, objetivando a formação de um espaço de integração e de mútua assistência entre os indivíduos. Nesse sentido, aponta Luís Roberto Barroso:

De fato, os elementos essenciais da união estável, identificados pelo próprio Código Civil – convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família – estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas. Os elementos nucleares do conceito de entidade familiar –afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática – são igualmente encontrados nas duas situações³⁷.

Finalmente, cumpre ressaltar que as decisões reconhecedoras de direitos aos casais homossexuais não traduzem ativismo judicial, nem tampouco implicam em violação ao princípio da separação dos poderes, já que não se embasam nos elementos próprios das convicções pessoais do magistrado, mas sim nas fontes normativas previstas pelo próprio

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista de Direito do Estado**, ano 2, n. 5, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2007, p. 167 *et seq.*

ordenamento em vigor, tratando-se, pois, de interpretação inovadora dentro dos limites impostos pelo Estado Democrático de Direito.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, em ocasiões pretéritas, já firmou um conceito ampliado e inclusivo de família ao estender a certos grupos sociais, tal como a comunidade formada por irmãos solteiros, a impenhorabilidade a que se refere a Lei nº. 8.009, de 29 de março de 1990³⁸.

Desse modo, imperioso reconhecer aos conviventes do mesmo sexo a proteção já concedida a outras entidades familiares não previstas expressamente no texto constitucional, dispensando-lhes tratamento equitativo, despido, em consequência, de qualquer sentido discriminatório. Acerca do tema, mais uma vez, socorremo-nos dos ensinamentos do doutrinador Luís Roberto Barroso:

E mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido – como houve – uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais, a não-extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Tal desequiparação é inconstitucional [...]³⁹.

Conclui-se, portanto, que o art. 226 da Carta Magna deve ser interpretado amplamente, irradiando seus efeitos a todas as situações em que se identifique a existência de vínculo afetivo. Entender de forma diversa seria conferir ao princípio da dignidade da pessoa humana, erigido inclusive como cláusula pétrea, uma proteção insuficiente, transgredindo o seu núcleo essencial e transformando a Constituição em um diploma sem força cogente.

1.3 Direitos assegurados aos homossexuais em sede administrativa

Atendendo aos novos paradigmas familiares que se inserem nas sociedades contemporâneas, a Administração Pública tem, gradativamente, editado provimentos, instruções normativas e ofícios circulares assegurando direitos aos casais homossexuais.

³⁸ EXECUÇÃO. Embargos de terceiro. Lei nº 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 159.851-SP. Min. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Recorrente: Edmilson Alves Bezerra. Recorrido: Pedro José Sisternas. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 02 de abril de 2011, às 22h).

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista de Direito do Estado**, ano 2, n. 5, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2007, p. 167 *et seq.*

Em 2000, o Instituto Nacional de Seguridade Social, motivado pela ação civil pública nº 2000.71.00.009347-0, editou a Instrução Normativa nº 25, regulamentando a concessão de auxílio reclusão e de pensão por morte ao companheiro de relacionamento homoafetivo.

No mesmo viés, a Superintendência de Seguros Privados, em atendimento à antecipação de tutela concedida pelo Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, nos autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, elaborou a Circular nº 257/2004, cujo teor reconhece ao parceiro homossexual a condição de beneficiário do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre.

Seguindo a mesma tendência evolucionista, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução nº 39, de 14 de agosto de 2007, permitindo ao convivente da relação entre pessoas do mesmo sexo a inscrição como dependente econômico para fins de concessão de benefícios.

No ano seguinte, a Resolução nº 77/2008, de lavra do Conselho Nacional de Imigração, estabeleceu critérios para a concessão de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência, ao companheiro em união estável, sem distinção de orientação sexual.

Em 2010, o Ministro da Fazenda, Guido Mantega, aprovou o Parecer nº 1.503 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, conferindo ao contribuinte que mantiver relacionamento homoafetivo o direito de incluir seu parceiro como dependente na declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, desde que haja documentação comprobatória dos últimos cinco anos de atividades econômico-financeiras em conjunto.

1.4 As uniões homoafetivas sob o olhar dos Tribunais Superiores: casos emblemáticos

Em virtude da omissão constitucional no que tange ao tratamento jurídico dispensado aos relacionamentos entre indivíduos do mesmo gênero, o Poder Judiciário, em diversas ocasiões, viu-se instado a se manifestar sobre o assunto, resolvendo o crescente número de litígios que envolvem a temática da homoafetividade.

Neste particular, cumpre destacar alguns julgados acerca da questão ventilada, que, embora não reconheçam o *status* jurídico-familiar às uniões entre pessoas do mesmo sexo, demonstram certa abertura jurisprudencial sobre o tema.

1.4.1 Recurso Especial Eleitoral nº 24.564

Os autos versavam sobre a impugnação do registro de candidatura da deputada Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes à Prefeitura de Viseu, no Estado do Pará, em razão de convivência, em regime de união homoafetiva, com a Astrid Maria Cunha e Silva, então gestora reeleita do município.

O juízo da 14ª Zona Eleitoral com esteio na regra do art. 14, § 7º da Constituição, que torna inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído, indeferiu o pedido de candidatura da parlamentar por não ter sua companheira se licenciado dentro dos seis meses anteriores ao pleito, como prevê o Texto Magno.

Entretanto, o Tribunal Regional Eleitoral do Pará reformou a sentença de primeira instância, considerando não ser dado ao Poder Judiciário, mediante interpretação analógica, ampliar o rol de inelegibilidades expressamente previsto na Carta Magna, conforme se depreende da ementa a seguir transcrita:

Recurso Eleitoral Ordinário. Eleição Majoritária. Registro de candidato. Inelegibilidade. Impugnação. Parentesco por afinidade. Procedência. Artigo 14, § 7º da Constituição Federal e art. 1º, § 3º da Lei nº 64/90. Relação homoafetiva. Candidata e prefeita reeleita. União estável. Omissão legislativa e constitucional. Impossibilidade de dilação das vedações legais. Princípio da reserva legal. Princípio da legalidade. Princípio da isonomia material.

1. Considera-se união estável, para a proteção do Estado, aquela que decorre de união entre homem e mulher como entidade familiar, a teor do que dispõe a Lei Civil em vigor.

2. Inexistência de previsão constitucional e infraconstitucional. A regra de inelegibilidade inserida no art. 14, § 7º da Constituição Federal não atinge, nem mesmo de maneira reflexa, as relações homoafetivas, por não se enquadrar no conceito de relação estável, e, diante do silêncio eloquente contido no seu artigo 226, § 3º.

3. A omissão do ordenamento jurídico que regulamente as relações homoafetivas e consequentemente as inelegibilidades decorrentes de tais relações, não autoriza a aplicação por analogia das proibições decorrentes dos limites advindos das relações de parentesco para o exercício de mandato eletivo, previstas na Constituição Federal e na Lei n.º 64/90.

4. Considerando o Princípio da Legalidade, não incumbe ao intérprete ampliar o elenco de inelegibilidades, o que conduziria a se imiscuir na vontade do legislador. De igual modo, há de ser observado o Princípio da Isonomia Material, não podendo ser restringidos direitos, sob pena de, a despeito da omissão legal, incorrer em inadmissível e inconcebível discriminação⁴⁰.

⁴⁰BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Pará. Recurso Eleitoral Ordinário- 14ª ZE – Viseu. Recorrente: Maria Eulina de Sousa Fernandes. Recorrido: Luis Alfredo Amim Fernandes e outros. Relator: Juíza Hind Ghasan Kayath. Belém: 01 de outubro de 2004. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <www.trepa.gov.br/servicos/jurisprudencia/ement0402.doc>. Acesso em: 04 de abril de 2011, às 16h.

Interposto Recurso Especial nº 24.564, o egrégio Tribunal Superior Eleitoral proferiu decisão histórica ao reconhecer, por unanimidade, a inelegibilidade reflexa oriunda de relação homoafetiva, nos seguintes termos:

Registro de Candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do Município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento⁴¹.

Para tanto, o Colendo Tribunal realizou uma breve incursão na *mens legis* em torno do art. 14, § 7º da Constituição, a qual tem por finalidade não perpetuar no poder indivíduos que façam parte de um mesmo grupo familiar de modo a evitar o continuísmo político e a utilização da máquina administrativa em favor de parentes, reconhecendo que, à semelhança da união estável e do casamento, as parcerias homoessenciais geram efeitos na seara eleitoral em face da presença de forte vínculo afetivo entre os companheiros. Nas palavras do Ministro Relator Gilmar Mendes:

Em todas essas situações -- concubinato, união estável, casamento e parentesco -- está presente, pelo menos em tese, forte vínculo afetivo, capaz de unir pessoas em torno de interesses políticos comuns. Por essa razão, sujeitam-se à regra constitucional do art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro ainda não ter admitido a comunhão de vidas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, acredito que esse relacionamento tenha reflexo na esfera eleitoral.

É um dado da vida real a existência de relações homossexuais em que, assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes laços afetivos.

Assim, entendo que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil Alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal (*grifo nosso*)⁴².

Note-se que o Ministro Gilmar Mendes é bem preciso ao apontar que o efeito do reconhecimento da união homoafetiva é delimitado ao âmbito das inelegibilidades, mesmo porque este é o limite de competência da Corte Eleitoral. Não obstante, no voto vogal, é nítida a preocupação do Ministro Carlos Velloso em atenuar as conclusões do relator, ultrapassando os limites da lide para indicar aos magistrados de casos futuros que a solução engendrada é tão somente para fins eleitorais, não se devendo, pois, buscar quaisquer outros efeitos jurídicos para os relacionamentos homoessenciais:

⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 24.564/PA. Recorrente: Maria Eulina de Sousa Fernandes. Recorrido: Luis Alfredo Amim Fernandes e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes Brasília, 01 de outubro de 2004. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>. Acesso em: 04 de abril de 2011, às 17h 23 min.

⁴² *Ibidem, loc. cit.*

Quando me foi submetida a consulta, entendi que a questão não poderia ser respondida em abstrato, mesmo porque se indagava a respeito de uma união estável entre dois homossexuais. Realmente, não há falar em união estável senão entre um homem e uma mulher – é o que está posto no art. 226, §3º, da Constituição. O não conhecimento da consulta não implica que, num caso concreto, deva o juiz, diante da realidade posta nos autos, [decidir] no sentido de que duas mulheres vivem como se estivessem em concubinato. O que a ratio do §7º do art. 14 da Constituição pretende – isto foi muito bem acentuado pelos eminentes advogados dos recorrentes e, principalmente, pelo eminente Procurador-Geral Eleitoral e no Recurso Ordinário nº 592, deixei expresso -, é mesmo evitar a utilização da máquina administrativa ou evitar que seja utilizada em favor do parente, evitar a formação de oligarquias, evitar o continuísmo, que não presta obséquio à República.

No caso, teríamos ofensa ao ratio legis se, numa atitude conservadora, não reconhecermos, no âmbito do Direito Público Eleitoral, a existência dessa união homoafetiva nos moldes de uma união estável (grifo nosso)⁴³.

Nesse diapasão, contraditória é a conclusão a que chega o Ministro Carlos Velloso, pois submete os casais homoafetivos às mesmas limitações impostas às uniões heterossexuais, negando-lhes, em contrapartida, as benesses proporcionadas aos vínculos conjugais e companheris sob o fundamento de que inexistente legislação sobre o tema.

Com efeito, muito embora as restrições ao exercício da capacidade eleitoral passiva contidas no art. 14, § 7º da Constituição não façam menção expressa às parcerias homoeróticas, o Tribunal Superior Eleitoral, por força de interpretação teleológica, superou a letra fria da lei, reconhecendo a inelegibilidade oriunda de relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.

Mutatis mutandis, a mesma solução poderia ser alvitrada, quando da análise de outros casos, para promover o reconhecimento das uniões homoeróticas, uma vez que pautadas no mesmo elemento finalístico e valorativo protegido nas relações heterossexuais, qual seja, o amor que gera comunhão de vida e de interesses de forma pública, contínua e duradoura.

Entretanto, registre-se o caráter inovador do julgado, haja vista que um Tribunal Superior reconheceu pela primeira vez nos fundamentos de sua decisão que a união homoafetiva, embora ignorada pelo ordenamento pátrio, é um fato da vida que gera efeitos jurídicos decorrentes de seu elemento essencial, o afeto, não podendo ser simplesmente desconsiderada ou comparada a uma relação comercial.

⁴³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 24.564/PA. Recorrente: Maria Eulina de Sousa Fernandes. Recorrido: Luis Alfredo Amim Fernandes e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes Brasília, 01 de outubro de 2004. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>. Acesso em: 04 de abril de 2011, às 17h 23 min.

1.4.2 Recurso Especial 238.715- RS

Os autos versavam sobre a possibilidade jurídica de inclusão de parceiro homossexual na condição de dependente em plano de assistência médica da Caixa Econômica Federal.

O juízo monocrático julgou o pedido parcialmente procedente, pois, mesmo recusando a declaração de união estável entre os autores da demanda, assegurou a inscrição do companheiro como beneficiário do plano de saúde, no que foi seguido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No julgamento do Recurso Especial nº. 238.715- RS, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve a sentença de primeira instância, nos seguintes termos:

Processo Civil e Civil - Prequestionamento - Ausência - Súmula 282/STF- União Homoafetiva - Inscrição de Parceiro em Plano de Assistência Médica - Possibilidade – Divergência Jurisprudencial Não-configurada.
 - *Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento.*
 - *A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.*
 - *O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.*
 - *Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta (grifo nosso)*⁴⁴.

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito aduziu, em seu voto, que a decisão cingia-se à análise da condição de dependente para fins de plano de assistência médica, não havendo, portanto, nenhuma consideração no que tange aos aspectos relativos à união estável homoessencial, uma vez que a matéria é de cunho eminentemente constitucional.

Entretanto, necessário destacar o emblemático voto do Ministro Relator Humberto Gomes de Barros:

A teor do Art. 4º da LICC, em sendo omissa a lei, o juiz deve exercer a analogia. O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto.
Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável. [...]
 Finalmente, não tenho dúvidas que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro como dependente em plano de assistência médica⁴⁵.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 238.715/RS. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: RPC e outro. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 03 de abril de 2011, às 14h 15 min.

O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana (*grifo nosso*)⁴⁶.

Percebe-se que, em suas considerações, o relator adotou um posicionamento vanguardista, pois reconheceu a existência de uma lacuna na ordem jurídica, o que acabou por afastar a tese das proibições implícitas, dignando-se, assim, a enfrentar a questão homoafetiva sob o prisma da analogia. Aduziu que, embora não se confundam, as parcerias entre indivíduos do mesmo gênero em muito se assemelham aos vínculos formados por casais em união estável, motivo pelo qual devem os homossexuais ter sua dignidade promovida e respeitada no cenário jurídico brasileiro.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 238.715/RS. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: RPC e outro. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 03 de abril de 2011, às 14h 15 min.

2. AS UNIÕES HOMOAFETIVAS E O DIREITO COMPARADO

O tratamento dispensado às parcerias entre indivíduos do mesmo sexo varia de acordo com os costumes e os valores consagrados em cada sociedade, havendo desde países que reconhecem expressamente em suas legislações a união homoafetiva até o extremo oposto, qual seja, nações que proíbem categoricamente a constituição de vínculos homossexuais, inclusive com a cominação de pena capital.

Com base nessa diversidade, a doutrina⁴⁷ civilista costuma classificar os Estados quanto a forma pela qual seus respectivos ordenamentos jurídicos tratam da matéria ora em análise. Assim, foram identificados três grupos: a) os de extrema repressão; b) os de modelo intermediário; c) os de modelo expandido.

No modelo de extrema repressão, encontram-se as nações que vedam expressamente os relacionamentos entre indivíduos do mesmo gênero, cominando punições criminais severas para àqueles que desobedecerem aos imperativos legais.

De acordo com os dados publicados pelo relatório “Homofobia pelo Estado”⁴⁸, elaborado, em 2009, pela Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais, 80 países do mundo condenam práticas homossexuais, ainda quando realizadas por adultos de forma consensual, tais como: Afeganistão, Camarões, Egito, Emirados Árabes Unidos, Etiópia, Índia, Indonésia, Iraque, Kuwait, Líbano, Malásia, Marrocos, Paquistão e Sri Lanka.

Dentre as punições mais constantes encontram-se as chibatadas, a exemplo do que ocorre no Chipre e no Togo, e prisões, como estabelecem as legislações penais do Míamar e do Berundi. Todavia, em países como Arábia Saudita, Irã, Iêmen, Sudão – e em 12 regiões do norte da Nigéria e partes da Somália - atos considerados homossexuais são punidos, inclusive, com pena capital.

No mesmo sentido, enuncia o Código Penal da Mauritânia, datado de 1984:

ART. 308. -*Todo adulto muçulmano que cometer ato tido como imoral, contra natureza com indivíduo de seu sexo fica sujeito à pena da morte por apedrejamento em público. Se for entre duas mulheres, são punidas conforme prescreve o artigo 306, primeiro parágrafo.*

⁴⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. São Paulo: Método, 2010, p. 568.

⁴⁸ OTTOSON, Daniel. **Homofobia do Estado**: Uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo – um relatório da ILGA. Disponível em: <ilga.org/statehomophobia/Homofobia_do_Estado_ILGA_2009.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2011, às 15h40min.

ART. 306(1). – *Todo indivíduo que cometer atentado violento ao pudor e à moralidade islâmica* ou violar os locais sagrados ou ajudar na violação, será punido e condenado de três (3) meses a dois (2) anos de prisão e ficará sujeito a uma multa de 5.000 a 60.000 UM, se tal ação não for coberta pelos delitos de Ghissass ou Diya. (*grifo nosso*)⁴⁹.

É de se notar que o bloco de extrema repressão ao modo de vida homossexual é composto por Estados teocráticos ou confessionais, nos quais fundamentações de cunho religioso servem de parâmetro para justificar o futuro político e jurídico do país, restando absorvidas pela maioria da sociedade. Nessas nações, os vínculos entre pessoas do mesmo sexo são repudiados sob o argumento de estarem em franca contrariedade com os preceitos de ordem divina, sendo considerados, pois, uma patologia, um distúrbio ou uma perversão, na contramão do que vem sedimentando a psicologia e as ciências médicas desde o século XX.

No Brasil Colônia, as Ordenações Afonsinas criminalizavam as relações entre indivíduos do mesmo gênero, prevendo o tipo penal da sodomia, o qual era apenado com morte na fogueira. De acordo com o Título XVII, intitulado “Dos que cometem peccado de Sodomia:

Sobre todollos os peccados bem parece ffer mais torpe, cujo, e desho-neffo o peccado da sodomia, e nom he achado outro tam aworre-cido ante DEOS, e o mundo, como elle; porque nom tam foamente por elle he feita offensa ao Creador da natureza, que he Deos, mais ainda fe pode dizer, que toda natura criada, affy celestial como humanai, he grandemente offendida. E fegundo differom os naturaes, foamente fallando os homeés em elle fem outro algum auto, tam grande he o feu avorrecimento, que o aar ho nom pode loffer, mais naturalmetne he corumpido, e pede fuá natural virtude. E ainda fé Lee, que por efte peccado lançou DEOS o deluvio fobre a terra, quando mandou a Noé fazer hua Arca, em que efcapaft el, e toda fuá geeraçom, per que reformou o mundo de novo; e por efte peccado as Cidades de Sodoma, e Gomorra, que foram das notavees, que aa-quella fazom avia no mundo; e por efte peccdo foi eftroida a Hordem do Templo per toda a Chrftandade em hum dia. E por que fegundo a qualidade do peccado, affy deve granvemente feer punido: porem Mandamos, e poemos por Ley geeral, que todo homem, que tal pec-caod fez, per qualquer guiga quer ferr poffa, feja queimado, e feito per fogo em poo, por tal que já nunca de feu corpo, e fepultura, poffa ferr ouvida memória⁵⁰.

Seguindo a mesma esteira, as Ordenações Manuelinas continuaram a criminalizar as práticas homossexuais, agora equiparadas a crime de lesa-majestade. Além da morte na

⁴⁹ OTTOSON, Daniel. **Homofobia do Estado**: Uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo – um relatório da ILGA. Disponível em <ilga.org/statehomophobia/Homofobia_do_Estado_ILGA_2009.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2011, às 15h40min.

⁵⁰ PRESTES, Érika Parecida; VIANNA, Túlio. **A História da Homossexualidade no Brasil**: da sodomia ao homossexualismo. Disponível em: <www.tuliovianna.org>. Acesso em: 13 de abril de 2011, às 16h 15 min.

fogueira, a compilação de leis portuguesas previa a pena de degredo perpétuo aos indivíduos que não delatassem às autoridades a existência de relações entre indivíduos do mesmo sexo.

As Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, representaram o ponto culminante da repressão à homossexualidade, haja vista que tal diploma inovou ao prever expressamente como delitos a *sodomia foeminarum*, ou seja, as relações entre mulheres, bem como a *mólice*⁵¹ praticada por duas pessoas do mesmo gênero.

Somente com a edição do Código Criminal de 1830, o delito da sodomia restou definitivamente abolido do ordenamento jurídico pátrio, de modo que o relacionamento entre pessoas de sexo idêntico passou a não ser mais considerado crime.

Nos países de modelo expandido, por sua vez, além de a homossexualidade não ser tipificada como ilícito penal, os efeitos jurídicos decorrentes do relacionamento entre pessoas do mesmo gênero se encontram expressamente positivados em seus ordenamentos estatais, o que vem a demonstrar uma postura de respeito e consideração para com o sofrimento de minorias estigmatizadas.

Em junho de 1989, a Dinamarca tornou-se a primeira nação a emprestar juridicidade aos vínculos homoafetivos, pois, ao criar o instituto da Parceria Registrada, permitiu a regularização das uniões homossexuais em cartório, de modo que passaram a usufruir, com raras exceções, dos mesmos direitos e garantias conferidos aos casamentos entre heterossexuais.

No mesmo viés, Islândia e Groelândia editaram, em 1996, diplomas normativos estendendo às uniões entre pessoas do mesmo gênero todos os benefícios e garantias concedidos pela celebração do matrimônio civil.

Em 1998, a Holanda assumiu uma posição de vanguarda na defesa da cidadania LGBTT⁵², haja vista que com a criação da União Civil Registrada e do Contrato de Coabitação, os pares homossexuais começaram a ter suas posições resguardadas no cenário jurídico nacional. O ápice da proteção ocorreu em 2001, quando o Poder Legislativo promulgou legislação assegurando o casamento e adoção de crianças a casais de sexo idêntico.

⁵¹ Segundo Ronaldo Vainfas: "Molície era o nome dado pela teologia moral ao vasto elenco de pecados contra natura que não implicassem coito anal ou vaginal, a exemplo da masturbação solitária ou a dois, da felação e da cunilingua". (VAINFAS, Ronado. **Trópico dos Pecados**. Nova Fronteira: 1989, p. 207).

⁵² Sigla utilizada para identificar Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Transgêneros.

Seguindo a mesma tendência evolucionista, o Parlamento Francês aprovou, em 1999, o Pacto Civil de Solidariedade - PACS, o qual possibilita a todos os casais, heterossexuais ou não, a celebração de um contrato para o regimento da vida em comum. Sobre o instituto, são esses os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Trata-se de declaração conjunta em cartório, cujo registro marca o início de sua vigência. É livre a deliberação de caráter patrimonial e, em caso de omissão, presumem-se comuns os bens adquiridos durante sua vigência. O contrato é oponível a terceiros, gerando obrigações solidárias. O acordo, que pode ser alterado consensualmente a qualquer tempo, cria a obrigação de auxílio mútuo, a ser livremente regulada entre as partes. É vedada sua estipulação entre ascendentes e descendentes, bem como entre afins em linha reta e colaterais até 3º grau inclusive. Tampouco pode ser firmado por pessoas casadas ou por quem esteja vinculado por outro pacto. A dissolução consensual é feita por declaração conjunta ao cartório do registro ou unilateralmente, mediante comunicação ao outro e ao cartório, passando a vigorar após o decurso do prazo de três meses. O casamento de um dos parceiros põe fim ao ajuste, bastando haver a comunicação acompanhada da certidão de casamento. Ocorrida a morte de um, o sobrevivente ou qualquer interessado pode comunicar o fato ao cartório. Não havendo consenso sobre a liquidação dos direitos e obrigações, cabe a dissolução judicial, independente da reparação de danos eventualmente sofridos⁵³.

Como se pode vislumbrar, o PACS constitui um contrato de convivência, pelo qual os contraentes estipulam aspectos da vida patrimonial, criando direitos e obrigações recíprocas, bem como estabelecendo deveres de mútua assistência entre os parceiros.

Em 2001, Portugal publicou o Decreto nº 56/VIII, que regulamenta as relações jurídicas oriundas da convivência entre casais unidos há mais de dois anos, independentemente da orientação sexual dos indivíduos. Desse modo, aos companheiros restaram assegurados direitos previdenciários e sucessórios, bem como o direito real de habilitação pelo período de cinco anos.

Guiado pela experiência europeia, o Parlamento Português aprovou, nove anos mais tarde, o matrimônio entre indivíduos do mesmo sexo, ressalvando, entretanto, a possibilidade de os parceiros adotarem conjuntamente.

Em 2005, a Espanha promoveu alterações em seu Código Civil, autorizando, por 187 votos a favor e 147 contra, legislação que admite a celebração do casamento homoafetivo em todo o país.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p. 66.

No mesmo ano, o Canadá promulgou a Lei C-38, intitulada de Ato do Casamento Civil, que assegurou aos casais do mesmo sexo o acesso ao matrimônio, deferindo-lhes, inclusive, o direito à adoção.

Em 2007, o Uruguai aprovou a Lei nº 18.246, que prevê a união concubinária, definida como “a situação em que duas pessoas, qualquer que seja o sexo, identidade ou orientação sexual mantêm uma relação afetiva por mais de cinco anos de índole sexual, de caráter estável e sem estar unidas pelo matrimônio”⁵⁴. Aos conviventes restaram assegurados, por exemplo, o direito à herança e pensão no caso de falecimento de quaisquer dos companheiros.

Em 2010, Argentina destacou-se no cenário mundial ao se tornar o primeiro país da América Latina a chancelar o casamento homoafetivo, conferindo aos pares homossexuais todos os direitos e benesses atribuídos aos casais heteroafetivos, incluindo a adoção de crianças e de adolescentes.

Nos países de modelo intermediário, em que pese a homossexualidade não ser considerada um delito, inexistente legislação regulamentando de forma expressa os direitos e garantias decorrentes da convivência entre indivíduos do mesmo sexo. Desse modo, os casais homoafetivos necessitam ingressar no Poder Judiciário para que tenham suas pretensões satisfeitas, até que sobrevenha diploma legal pondo fim ao vazio normativo.

No cenário internacional, importante precedente foi instaurado pela Corte Suprema do Estado do Havaí no julgamento do caso *Nina Baehr vs. John C. Lewin*⁵⁵. Em 1996, o tribunal havaiano decidiu que a não-extensão do direito ao casamento aos indivíduos homossexuais configurava discriminação arbitrária, por afronta ao postulado da *equal protection clause*, o qual estabelece que ninguém será tolhido do exercício de garantias em função de raça, sexo, religião ou descendência.

Tal decisão, entretanto, desencadeou uma forte reação nas alas mais conservadoras da sociedade americana, culminando na promulgação de emenda à Constituição do Havaí em 1998, cuja redação vedou expressamente o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, mas, em contrapartida, assegurou o instituto dos beneficiários

⁵⁴Uruguai aprova lei que permite união civil de homossexuais. **Estadão Online**, 19 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://estadao.com.br/noticias/geral,uruguai-aprova-lei-que-permite-uniao-civil-de-homossexuais,98352,0.htm>> . Acesso em: 20 de março de 2011, às 11h17min.

⁵⁵ Em 1990, três casais requereram licenças para casamento no Havaí, as quais foram negadas pelo Ministro da Saúde, com base na identidade de sexo dos casais.

recíprocos (reciprocal beneficiaries), o qual atribui um extenso leque de direitos e obrigações aos casais homoafetivos.

Em 1995, o Tribunal Constitucional Húngaro, através do julgado nº 14/95, rechaçou a tese de que existiria afronta aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana na não previsão do matrimônio aos indivíduos do mesmo gênero.

Entretanto, no que tange ao reconhecimento jurídico de parcerias homossexuais, o tribunal húngaro firmou entendimento segundo o qual “uma união de vida duradoura entre duas pessoas encerra valores que devem legalmente ser reconhecidos com base na igual dignidade das pessoas afetadas, sendo irrelevante o sexo dos companheiros”⁵⁶. Seguindo esse posicionamento, o Parlamento aprovou a Lei de Coabitação em 1996, reconhecendo legalmente a união entre duas pessoas do mesmo sexo sem a necessidade de registro em cartório.

Em 1999, a Suprema Corte do Estado de Vermont proferiu sentença no julgamento do caso *Baker vs. State*⁵⁷, reconhecendo que a não-extensão do casamento civil constituía discriminação odiosa, motivo pelo qual caberia ao Poder Legislativo editar normas para permitir o matrimônio entre homossexuais ou, ainda, implementar um novo instituto que conferisse às uniões homoafetivas os mesmos direitos e obrigações atribuídos aos casais heterossexuais. Atendendo aos imperativos da decisão, foi editado, em 2000, diploma legal criando a união civil entre pessoas do mesmo gênero.

Registre-se que, por meio de decisões judiciais proferidas pelas suas Supremas Cortes, Canadá e Holanda declararam a inconstitucionalidade da proibição do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, o que culminou na promulgação de legislações permitindo expressamente o matrimônio homoafetivo, de modo que tais nações passaram a integrar o bloco dos países mais avançados no que tange à temática homossexual.

Igualmente emblemática foi a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da África Sul, no julgamento do caso *Minister of Homme Affairs and Another vs. Fourie and Another*, que concedeu o prazo de um ano para o Parlamento aprovar a união entre pessoas do mesmo sexo. A seguir, transcrevem-se trechos do julgado:

(110) Tendo aceito que a necessidade de um grau de apropriado de respeito aos conceitos tradicionais de casamento não constitui, nos termos da lei, uma barreira

⁵⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. São Paulo: Método, 2010, p. 575.

⁵⁷ Em 1997, três casais homossexuais processaram o Estado de Vermont por terem suas licenças para o casamento negadas, em razão da identidade de sexo dos pares.

para a defesa dos direitos constitucionais dos casais formados por pessoas do mesmo sexo, uma ulterior questão surge: houve demonstração da justificação exigida pela seção 36 da Constituição para a violação da igualdade e da dignidade dos casais? [...]

(111) A primeira proposição foi enfrentada pelo Juiz Ackerman em *Homme Affairs*. Referindo-se à possível justificação relacionada à exclusão de conviventes do mesmo sexo dos benefícios concedidos aos casais casados pela lei de imigração, ele afirmou: “[...] É verdade que a proteção à família e à vida familiar em relacionamentos convencionais entre cônjuges é um importante objetivo governamental, mas a extensão para a qual isso poderia ser feito jamais seria limitada ou afetada se os conviventes do mesmo sexo fossem incluídos de forma apropriada sob a proteção dessa seção”.

As mesmas considerações se aplicam em relação à permissão de casais formados por pessoas do mesmo sexo usufruírem dos benefícios aliados às responsabilidades que a lei do casamento proporciona aos casais heterossexuais. Garantir acesso aos casais formados por pessoas do mesmo sexo não iria de forma alguma atenuar a capacidade de casais heterossexuais de se casarem na forma que eles desejarem e de acordo com os dogmas de suas religiões.

(112) A segunda proposição é baseada na assertiva derivada de particulares crenças religiosas segundo as quais permitir que casais formados por pessoas do mesmo sexo ingressassem na instituição do casamento iria desvalorizar aquela instituição. [...] esse argumento é de fato profundamente degradante de casais formados por pessoas do mesmo sexo, e inconsistente com a exigência constitucional que todos sejam tratados com igual consideração e respeito.

(113) Conquanto fortes e sinceras crenças subjacentes à segunda proposição possam ser, essas crenças não podem, por meio do Estado-lei, ser impostas sobre toda a sociedade e de uma forma que negue os direitos fundamentais àqueles negativamente afetados [...] A ubiquidade do preconceito não pode validar a sua legitimidade. Como o Juiz Ngbcoco disse em *Hoffmann*: “o preconceito nunca pode justificar uma discriminação injusta. Este país emergiu recentemente de um preconceito institucionalizado. Nossos estudos legais estão repletos de casos nos quais o preconceito foi levado em consideração na negativa de direitos que hoje nós consideramos como básicos. Nossa democracia constitucional entrou em uma nova era – é uma era caracterizada pelo respeito à dignidade de todos os seres humanos”⁵⁸.

Atendendo aos comandos da Suprema Corte, o Parlamento sul-africano tornou-se, em 2006, o sexto país do mundo a admitir expressamente, em sua legislação, o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

No que tange à temática da adoção, é de se notar que os tribunais de diversos Estados americanos, tais como Alaska, Connecticut, Illinois, Indiana, Minesota, Michigan, Ohio, Pensilvânia e Texas, vêm concedendo aos indivíduos homossexuais o direito de adotar os filhos de seus companheiros com fulcro na Lei do Segundo Pai Adotivo (*The Second Parent Adoption Law*), que permite aos cônjuges e conviventes a adoção da prole de seus parceiros.

2.1 O Modelo Brasileiro: entre avanços e retrocessos

⁵⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. São Paulo: Método, 2010, p. 282.

No Brasil, vários são os diplomas que vedam expressamente a discriminação em função da orientação sexual dos indivíduos, a exemplo do que ocorre com as Constituições dos Estados de Mato Grosso, Pará, Sergipe e com as Leis Orgânicas dos Municípios do Rio de Janeiro, Salvador, Olinda e Teresina.

Outrossim, a Lei Municipal de Fortaleza nº 8.211, de 19 de novembro de 1998, e Lei Municipal de Salvador nº 5.275, de 09 de setembro de 1997, são pioneiras no combate a homofobia, pois estabelecem penas de multa, suspensão e cassação de alvará aos estabelecimentos privados que pratiquem discriminação em razão de preferências sexuais dos cidadãos.

Merecem destaque, também, a Lei do Estado do Rio Grande do Sul nº 11.872, de 19 de setembro de 1997 e a Lei do Estado de Santa Catarina nº 12.574, de 04 de abril de 2003, as quais classificam como discriminação, entre outras condutas, proibir o ingresso ou permanência do indivíduo homossexual em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público; bem como coibir a livre expressão e manifestação de sua afetividade.

Em que pese as legislações estaduais e municipais disporem de vários dispositivos que proíbem e apenam a discriminação em razão de preferências sexuais dos indivíduos, na esfera federal a normatização caminha a passos lentos.

De fato, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil não fazem qualquer menção expressa às parcerias homoafetivas, motivo pelo qual muitos juristas condenam ao ostracismo e ao limbo jurídico as relações homossexuais.

Pode-se dizer que o Brasil ocupa, portanto, uma posição intermediária na defesa dos direitos LGBTT, uma vez que o ordenamento pátrio é silente quanto à temática da homoafetividade, não lhe conferindo aprovação, nem cominando punições aos indivíduos que decidem direcionar sua afetividade a outro ser de gênero idêntico.

Nesse cenário de inércia legislativa, a então deputada federal Marta Suplicy apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.151/95, visando à regulamentação da união civil entre pessoas do mesmo sexo.

A proposta normativa tem como finalidade autorizar a celebração de contrato escrito entre os parceiros homoafetivos, cujos efeitos se produzirão após a averbação no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

Desse modo, os contraentes poderão criar impedimentos, estipular direitos e obrigações recíprocas, bem como estabelecer deveres de mútua assistência quando da feitura do instrumento contratual.

O projeto de lei assegura as partes a concessão de benefícios previdenciários, a impenhorabilidade do bem imóvel de família e a naturalização de estrangeiro que mantiver relacionamento afetivo com indivíduo de nacionalidade brasileira. Ademais, o substitutivo apresentado pelo deputado federal Roberto Jefferson inovou o rol de garantias, permitindo, também aos companheiros a composição de rendas para fins de aquisição de casa própria e a inscrição como dependente para efeitos de imposto de renda.

Aos conviventes também resta assegurado o direito à herança, pois o diploma estabelece que não se habilitando à sucessão os herdeiros necessários, caberá ao companheiro do *de cujus* a totalidade dos bens do acervo hereditário. Ao contrário, em existindo parentes sucessíveis, ao parceiro será deferida a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Não obstante as inúmeras garantias asseguradas pela proposta legislativa, a Câmara dos Deputados, sucumbindo às pressões dos setores mais conservadores da sociedade, inseriu, no substitutivo, cláusula vedando expressamente a possibilidade de adoção, tutela ou guarda de menores, bem como a mudança do estado civil pelos contraentes enquanto vigente o instrumento contratual.

Ademais, de tal sorte são as polêmicas e os preconceitos que permeiam o reconhecimento das uniões homoafetivas que, após inúmeras tentativas de votação, o PL nº 1.151/95 se encontra paralisado, aguardando a inclusão na pauta de julgamento do plenário desde 31 de maio de 2001.

Por essa razão, o deputado federal Celso Russomanno protocolou o Requerimento nº 1447/2007, solicitando a inclusão do supracitado projeto legislativo na ordem do dia. Em justificativa técnica apresentada, o parlamentar afirmou que “um País que estabeleceu em sua Constituição Federal o respeito à diversidade cultural e de pensamento [...] não pode omitir-se na luta de milhões de brasileiros que seguem uma orientação sexual diferente da maioria⁵⁹”.

Todavia, o fato é que a realidade se mostra bastante dura com indivíduos que resolvem vivenciar sua afetividade de modo diverso dos padrões impostos pela sociedade, uma vez que, apesar dos inúmeros esforços, o PL nº 1.151/95 ainda aguarda para ser discutido

⁵⁹Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/490995.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2011, às 19h10min.

e deliberado em sessão plenária, mesmo com o parecer favorável emitido pela Comissão Especial do Congresso em 10 de dezembro de 1996.

Dentre as tentativas legislativas de sanar o vazio normativo que paira sobre a questão da homoafetividade, merece destaque também a Proposta de Emenda Constitucional nº 70/2003, de autoria do então Senador Sérgio Cabral, que busca modificar o parágrafo 3º do artigo 226 da Carta Magna, suprimindo a expressão “entre homem e mulher”, para permitir a união estável entre casais homossexuais.

Ocorre que, as alianças com as bancadas mais fundamentalistas, bem como o receio de desagradar o eleitorado, dificultam quaisquer iniciativas dos parlamentares de conferir as uniões homossexuais um tratamento adequado à proteção de sua dignidade, tanto que a PEC nº 70/2003 foi retirada pelo seu autor, restando arquivada em 20 de setembro de 2006.

Registre-se que, também no afã de contornar a omissão legislativa, o deputado federal Sérgio Barradas Carneiro protocolou no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 2285/07, intitulado de Estatuto das Famílias.

Em sua proposta inicial, o projeto atribuía *status* jurídico-familiar às parcerias homoafetivas, estendendo aos casais de sexo idêntico todos os direitos e garantias conferidos aos indivíduos em união estável, tais como benefícios previdenciários e adoção de crianças e adolescentes.

Em sede de justificativa técnica, o Instituto Brasileiro de Direito das Famílias, responsável pela elaboração da proposta normativa em análise, reportou-se ao fato de que “se esses cidadãos brasileiros trabalham, pagam impostos, contribuem para o progresso do país, é inconcebível interditar-lhes direitos assegurados a todos, em razão de suas orientações sexuais”⁶⁰.

Entretanto, em agosto de 2009, a redação original da proposição legislativa sofreu drásticas mudanças com a aprovação do substitutivo apresentado pelo deputado federal José Linhares, uma vez que, na nova versão, foram suprimidos todos os artigos que conferiam aos parceiros homossexuais as benesses típicas do Direito das Famílias.

Diante das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais e da omissão legislativa (ou da sua falta de clareza), coube ao Supremo Tribunal Federal, intérprete final da

⁶⁰ Instituto Brasileiro de Direito das Famílias. **PL 2285/07- Estatuto das Famílias**: Justificativa. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?observatorio&proposicoes&p=2>>. Acesso em: 20 de abril de 2011, às 19h35min.

Constituição, o pronunciamento acerca da possibilidade de reconhecimento da união estável homoafetiva, bem como de seus possíveis efeitos jurídicos, no julgamento conjunto da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132.

2.1.1 O julgamento da ADI nº. 4277 e da ADPF nº 132

Em 2008, o Governador do Estado do Rio de Janeiro propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 132, pleiteando a interpretação conforme a Constituição dos arts. 19, II e V do Decreto-Lei 220/75⁶¹, com o objetivo de assegurar os benefícios neles previstos aos servidores públicos que mantivessem uniões homoafetivas.

Por sua vez, a Procuradoria Geral da República, com esteio na regra do art.102 §1º da Constituição Federal e nos artigos da Lei nº 9.882/89, ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 178, tendo como objeto o reconhecimento do *status* jurídico-familiar às parcerias entre indivíduos do mesmo sexo, para o fim de lhes atribuir os mesmos direitos e deveres conferidos aos casais em união estável.

Inicialmente, em análise de questão de ordem, ficou demonstrada a impossibilidade de se conhecer a presente ação como ADPF, já que esta é marcada pela subsidiariedade, não podendo ser ajuizada se existir outro meio eficaz a sanar a lesividade. Dessa forma, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto resolveu no sentido do aproveitamento do feito como Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277.

O julgamento conjunto das referidas ações, nos dias 04 e 05 de maio de 2011, deu-se em razão da relação de conexão entre as questões discutidas. Na ocasião, a Suprema Corte declarou, por unanimidade e com eficácia vinculante, a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, das parcerias homoafetivas, desde que satisfeitos os mesmos pressupostos exigidos para a configuração da união estável entre homem e mulher.

O Ministro Carlos Ayres Britto, relator da decisão ora em apreço, afirmou que não consta no texto constitucional nenhum dispositivo que remeta à conclusão de que as uniões entre indivíduos do mesmo sexo se encontram excluídas do manto protetivo do Direito

⁶¹ Art. 19 - Conceder-se-á licença:

II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; [...]

V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular.

das Famílias, de modo que não compete ao operador jurídico interpretar o silêncio do constituinte como desprezo a um determinado modo de viver. Merecem atenção suas palavras:

18. Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera **por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa**, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e que me parece consagradora do que se poderia chamar de **direito de não ter dever**). É falar: a Constituição Federal não dispõe, por modo expreso, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo empareceirado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas**⁶² (*grifo no original*).

O Ministro Ricardo Lewandowsky frisou, em seu voto, que a regra que impõe a dualidade de sexos para a configuração da união estável não pode ser desconhecida do intérprete constitucional, o qual, por outro lado, também não pode desprezar a força normativa dos princípios da Constituição, em especial, o disposto em seu art.1º, III , que assegura a cada indivíduo a possibilidade de se autodeterminar da maneira como melhor lhe aprouver, elegendo seus projetos de vida de acordo com os desejos de foro íntimo, desde que isso não implique em violação aos direitos de terceiros:

E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembleia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convalidação em casamento. Como, então, enquadrar-se, juridicamente, o convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo, fundado em laços afetivos, que alguns – a meu ver, de forma apropriada - denominam de “relação homoafetiva”? Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.[...] Em suma, reconhecida a

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 08 de maio de 2011, às 17h 50 min.

união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual⁶³.

Desse modo, o Ministro esclarece que, a fim de se evitar a fragmentação do ordenamento estatal, é necessário reconhecer a existência de dois vínculos convivenciais, quais sejam a união estável entre homem e mulher, conforme o exigido no art. 226, § 3º da Carta Republicana, e a parceria homoafetiva, em respeito aos princípios da isonomia, da liberdade e da igualdade constitucionalmente assegurados.

O Ministro Celso de Mello acompanhou o voto do relator, expondo, em suas razões, que a jurisdição constitucional é instância de poder destinada a assegurar direitos e garantias individuais, inclusive das minorias. Dessa feita, defendeu que a preservação de preceitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é um pressuposto para o funcionamento do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual deve o Supremo Tribunal Federal exercer um controle antimajoritário no sentido de assegurar o reconhecimento das uniões homoafetivas:

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO –MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)⁶⁴.

⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 08 de maio de 2011, às 17h 50 min.

⁶⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

O Ministro Celso de Mello continuou seu voto advertindo, ainda, que a recusa do Estado em emprestar juridicidade aos vínculos homoafetivos acaba por conferir aos postulados da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, erigidos inclusive como cláusulas pétreas, uma proteção insuficiente, transgredindo os seus núcleos essenciais e transformando a Constituição em um diploma sem força normativa. Nesse sentido, ressaltou que as decisões reconhecedoras de direitos aos casais homossexuais têm como finalidade efetivar as próprias diretrizes constitucionais, não traduzindo, portanto, em um ativismo da Suprema Corte:

Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República⁶⁵.

A Ministra Carmén Lúcia iniciou seu voto elucidando que “contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional. E este é um tribunal que tem a função precípua de defender [...] os direitos constitucionais”⁶⁶. Relatou, ainda, que a fim de se superar os óbices preconceituosos e na tentativa de resgatar os homossexuais da condição de cidadão de segunda classe, o Estado deve assegurar aos casais homoafetivos o direito de constituir família nos moldes por eles desejados, atribuindo-lhes os mesmos direitos e garantias conferidos às uniões heterossexuais, pois somente assim restaria assegurado a todos o direito à liberdade:

Não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito. A discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental da República, expresso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova “o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Art. 3º, inc. III). Se a República põe, entre os seus objetivos, que o

⁶⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Pesquisa de Jurisprudência** Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> Acesso em: 08 de maio de 2011, às 17h 50 min.

⁶⁶ *Ibidem, loc. cit.*

bem de todos haverá de ser promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente, seja tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípios, a conduzir ao preconceito e à discriminação? [...] Na esteira, assim, da assentada jurisprudência dos tribunais brasileiros, que já reconhecem para fins previdenciários, fiscais, de alguns direitos sociais a união homoafetiva, tenho como procedentes as ações, nos termos dos pedidos formulados, para reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva⁶⁷.

O Ministro Marco Aurélio de Mello proferiu seu voto no sentido de não considerar plausível a equiparação das relações homoafetivas com as sociedades de fato. Para o eminente jurista, enquanto o elemento estruturante do contrato societário, que o coloca sob o manto do direito comercial, é a vontade de associação e de conjugação de esforços para a realização de um empreendimento de cunho meramente patrimonial, as parcerias homoafetivas são pautadas no amor que gera comunhão de vida e de interesses de forma pública, contínua e duradoura, à semelhança do que ocorre com os vínculos companheris. Nesse diapasão, importante destacar a seguinte passagem do voto em comentário:

Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo artigo 987 e seguintes do Código Civil, de vocação empresarial. Sobre o tema, Carvalho de Mendonça afirmava que as sociedades de fato são aquelas afetadas por vícios que as inquilinam de nulidade, e são fulminadas por isso com o decreto de morte (*Tratado de direito comercial brasileiro*, 2001, p. 152 e 153)⁶⁸.

O Ministro reconheceu, portanto, em suas conclusões, a necessidade de se estender aos casais homoafetivos o mesmo regime jurídico conferido aos indivíduos em união estável, tendo em vista “a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais”⁶⁹.

Entendimento semelhante restou esposado no voto do **Ministro Luiz Fux**, que defendeu a aplicação às parcerias entre pessoas do mesmo sexo de regramento idêntico ao dispensado aos vínculos convencionais. Para tanto, o eminente jurista sustentou que a discriminação somente é válida quando existe uma correlação entre o fator de desigualação

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 08 de maio de 2011, às 17h 50 min.

⁶⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁶⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

eleito e o gravame imposto a um determinado grupo de indivíduos, o que não ocorre com o caso que ora se examina:

Pois bem. O que distingue, do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis, heteroafetivas, das uniões homoafetivas? Será impossível que duas pessoas do mesmo sexo não tenham entre si relação de afeto, suporte e assistência recíprocos? Que criem para si, em comunhão, projetos de vida duradoura em comum? Que se identifiquem, para si e para terceiros, como integrantes de uma célula única, inexoravelmente ligados? A resposta a essas questões é uma só: Nada as distingue. Assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-se e apoiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia-a-dia; projetam um futuro comum. Se, ontologicamente, união estável (heterossexual) e união (estável) homoafetiva são simétricas, não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar. Impõe-se, ao revés, entender que a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos. Nesse diapasão, a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de ROBERT ALEXY (ob. cit., p. 395 e seguintes), para quem, inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico. Não há qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu preâmbulo (“[...] a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...]”) e também no inciso IV do art. 3º (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”) e, ainda, no art. 5º, caput (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]”). Não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito. É esta a base da leitura moral da Constituição propugnada por RONALD DWORKIN (Freedom’s Law: The Moral Reading of The American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, p. 7-8), que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro. Confira-se:[...] o governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração; e deve respeitar quaisquer liberdades individuais indispensáveis a esses fins, incluindo – mas não limitado a elas – as liberdades mais especificamente designadas no documento [a 14.ª Emenda à Constituição dos EUA], como as liberdades de expressão e de religião.[...] (tradução livre do inglês)⁷⁰.

A decisão do STF, no julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, representou um marco histórico, um divisor de águas, a partir do qual se concedeu, efetivamente, dignidade a uma parcela da sociedade que, diariamente, sofre com preconceitos e discriminações nos mais diversos setores da vida. Significa um passo importante dentro de uma longa caminhada que ainda deve ser percorrida. Significou, acima

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 08 de maio de 2011, às 17h 50 min.

de tudo, uma lição de cidadania e de civilidade para todos aqueles que ainda oferecem resistência ao reconhecimento de direitos tão básicos do ser humano, como o direito à felicidade e à escolha do modo de viver. Que a sociedade aprenda com esse julgamento e reflita cada palavra proferida nos votos dos ministros do STF acerca da matéria. Somente assim, poderemos construir uma sociedade livre, justa, solidária e sem preconceitos.

3. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

A adoção disciplinada no *Codex* de 1916 visava precipuamente à figura do adotante, sendo concebida e regulamentada pelo legislador como instituto destinado a dar filhos a quem a natureza os havia negado.

Nesse sentido, a prática somente era permitida aos indivíduos que, sem prole, contassem com mais de 50 anos, uma vez que, a partir de tal idade, se presumia a impossibilidade de o interessado constituir sua descendência biológica.

Entretanto, podia-se notar que, em tais situações, os direitos e deveres decorrentes do parentesco natural não se extinguíam, tanto que as pessoas adotadas poderiam continuar a utilizar normalmente o sobrenome de seus genitores.

A adoção, à época firmada mediante escritura pública, estabelecia, tão somente, um vínculo precário, o qual poderia ser resiliado unilateralmente pelo adotado, desde que contasse com mais de 18 anos à época da manifestação de vontade, bem como resolvido bilateralmente pelas partes, sendo necessário, nessa situação, que ambos os indivíduos fossem absolutamente capazes.

Ademais, o liame de parentesco poderia ser revogado judicialmente nas hipóteses previstas para a deserção, tal como ocorria nos casos em que o rebento praticava ofensas físicas ou injúria grave contra os pais adotivos ou mantinha relações adúlteras com o cônjuge do adotante.

A Lei nº. 3.133, de 08 de maio de 1957, conferiu uma nova roupagem à matéria, pois, ao diminuir a idade mínima do adotante para 30 anos e ao extinguir a inexistência de filhos naturais como pressuposto fático à adoção, disseminou a prática do instituto, permitindo, cada vez mais, a inserção de indivíduos abandonados em lares substitutos, agora em caráter irrevogável. Nesse sentido, são esses os ensinamentos de Silvio Rodrigues:

A primeira importante modificação trazida pelo legislador, no campo da adoção, ocorreu com a Lei nº. 3.133, de 08 de maio de 1957. Tal lei, reestruturando o instituto, trouxe transformações tão profundas à matéria que se pode afirmar, sem receio de exagero, que o próprio conceito de adoção ficou, de certo modo, alterado. Isso porque, enquanto, dentro de sua estrutura tradicional, o escopo da adoção era atender ao justo interesse do adotante, de trazer para sua família e na condição de filhos uma pessoa estranha, a adoção (cuja difusão o legislador almejava), passou a

ter, na forma que lhe deu a Lei de 1957, uma finalidade assistencial, ou seja, a de ser, principalmente um meio de melhorar a condição do adotado⁷¹.

Entretanto, tal legislação ainda guardava reminiscências de um modelo retrógrado, pois determinava que, existindo prole legítima, legitimada ou reconhecida ao tempo da adoção, não poderiam os rebentos reclamar sua participação na herança quando da morte de seus pais adotivos, restando, pois, excluídos da sucessão hereditária. De modo semelhante, o legislador estabeleceu que, em havendo filhos naturais supervenientes à adoção, competiria aos adotados, tão somente, a metade do quinhão reservado a cada indivíduo nascido posteriormente.

Uma grande mudança sobreveio com a Lei nº. 4.655, de 02 de junho de 1965. Referido diploma instituiu uma nova modalidade de adoção, denominada de legitimação adotiva, a qual rompia definitivamente o vínculo jurídico do menor com a família biológica, estabelecendo, desta forma, a filiação entre adotante e adotado com os mesmos efeitos e características oriundos do parentesco consanguíneo.

Em tais casos, a adoção se confirmava através de decisão judicial de caráter constitutivo, cujos efeitos se restringiam aos pais e aos filhos adotivos, não alcançando os parentes dos adotantes, os quais permaneciam sem qualquer ligação com a prole.

Posteriormente, a Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 trouxe novos avanços, pois, ao substituir a legitimação adotiva pelo instituto da adoção plena, permitiu a criação de laços de parentesco entre o menor e a família do adotante, passando o nome dos avós a constar no assento de nascimento do adotado.

É de se notar que, por um período, subsistiram em nosso sistema jurídico duas modalidades de adoção, conforme bem esclarece o jurista Silvio Rodrigues:

[...] as adoções eram diversas e na realidade o eram. A adoção simples, disciplinada pelo Código Civil, criava um parentesco civil entre o adotante e o adotado, parentesco que se circunscrevia a essas duas pessoas, não se apagando jamais os indícios de como esse parentesco se constituía. Ela era revogável pela vontade do concordante das partes e não extinguiu os direitos e deveres resultantes do parentesco natural. A adoção plena, ao contrário, apagava todos os sinais do parentesco natural do adotado, que entrava na família do adotante como se fosse filho de sangue. Seu assento de nascimento era alterado, os nomes dos genitores maternos e avós paternos substituídos, de modo que, para o mundo, aquele parentesco passa a ser o único existente⁷².

⁷¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, 17 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 340.

⁷² Idem, *Ibidem*, p. 341.

As diferenças entre os regramentos do instituto vigoraram no direito pátrio até o advento da Carta Magna de 1988 que, ao erigir o princípio da igualdade jurídica entre filhos biológicos e adotivos, extinguiu as diversas classes de filiação, evitando, pois, qualquer discriminação em razão da origem da prole. A adoção passou, então, a ser concedida em uma única modalidade, qual seja a plena.

Aos 13 de julho de 1990, foi promulgada a Lei nº. 8.609, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente, que passou a regulamentar, especificamente, o procedimento de inserção de indivíduos em famílias substitutas, durante as fases da infância e da juventude.

Nesse cenário, passaram a coexistir duas modalidades de adoção plena em nosso sistema jurídico: a disciplinada pelo Código Civil, a qual cuida dos casos em que os adotados têm idade superior a 18 anos, e a estatutária, que se aplica às crianças e aos adolescentes menores 18 anos, em qualquer situação.

Para os fins perquiridos por este trabalho monográfico, será estudada a modalidade prevista no estatuto minorista, tendo em vista os inúmeros desdobramentos que poderão ser causados aos indivíduos que se encontrem em etapa de desenvolvimento físico e psíquico quando da adoção por casais homossexuais.

O ECA, em seu art. 42, enuncia a seguinte disposição:

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 (*Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009*).

No que tange à adoção por homossexuais individualmente, a doutrina é uníssona ao reconhecer a inexistência de proibição, haja vista que o ordenamento infraconstitucional não faz qualquer menção à orientação sexual do adotante, exigindo, apenas, a idade mínima de 18 anos⁷³.

Entretanto, a cisão doutrinária e jurisprudencial ocorre quando da análise do pedido de adoção conjunta por casais homoessenciais, tendo em vista que o dispositivo normativo exige que os interessados sejam casados civilmente ou mantenham união estável, o

⁷³ Nesse sentido, enuncia o jurista Paulo Nader “A adoção por homossexual, individualmente, não é proibida, devendo a pretensão ser submetida, como qualquer outra, ao crivo do estudo social, a fim de se apurar a sua potencialidade de benefício para o adotando”. (NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 390).

que, para muitos, afastaria a possibilidade de a medida adotiva ser deferida a pares do mesmo sexo.

Ocorre que, conforme demonstrado anteriormente, as parcerias homoafetivas constituem entidades familiares autônomas, as quais, na ausência de regramento específico, se regem pelo regime jurídico da união estável, inclusive para fins de adoção⁷⁴. Desse modo, a inserção de crianças e adolescentes abandonados em lares homossexuais afigura-se plenamente possível em nosso ordenamento pátrio, desde que haja a estrita observância ao procedimento e aos requisitos previstos na Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, explicitados a seguir.

3.1 Dos requisitos e do processamento do pedido de adoção

Em uma primeira fase, denominada de habilitação, os interessados deverão comparecer ao Juizado da Infância e da Juventude para postular a admissão no cadastro de adoção da comarca, instruindo o requerimento com a documentação comprobatória exigida pelo artigo 197-A do ECA, *in verbis*:

Art. 197-A. Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste:
 I - qualificação completa;
 II - dados familiares;
 III - cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável;
 IV - cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas;
 V - comprovante de renda e domicílio;
 VI - atestados de sanidade física e mental;
 VII - certidão de antecedentes criminais;
 VIII - certidão negativa de distribuição cível (*grifo nosso*).

⁷⁴ Assim se posicionou o Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADI nº 4277: “Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante “homo” ou “heteroafetivo”. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 08 de maio de 2011, às 17h 50 min).

É de se notar que os casais homossexuais são capazes de atender a todas as exigências supracitadas, inclusive a mencionada no inciso III, haja vista que os cartórios do país já expedem escritura pública declaratória de união estável homoafetiva, garantindo a publicidade e autenticidade da relação que, muitas vezes, perdura há anos.

Após o protocolo e autuação do procedimento, o magistrado deverá, de acordo com previsão do art. 197-B do ECA, dar vistas ao Ministério Público, o qual se manifestará no prazo de cinco dias, podendo solicitar a designação de audiência para oitiva dos requerentes e testemunhas, elaborar quesitos a serem respondidos pela equipe multidisciplinar responsável pela avaliação dos postulantes, e, por fim, pleitear a realização de outras diligências que julgue indispensáveis.

Empós, o processo será encaminhado ao setor técnico da Vara da Infância e da Juventude para a realização de estudo psicossocial com os interessados, consoante o disposto no art. 197-C do ECA. Nesse momento, assistentes sociais e psicólogos atuarão na elaboração de laudos e pareceres, cuja finalidade consistirá em avaliar a estabilidade e a idoneidade do núcleo familiar no qual crianças e adolescentes serão inseridos, bem como oferecer um acompanhamento psicológico aos adotantes para a melhor certeza do desejo adotivo, tendo em vista o caráter irrevogável da adoção.

Questão de suma importância diz respeito à conclusão negativa da equipe multidisciplinar no que concerne à admissão dos postulantes no cadastro de adoção.

Com efeito, o estatuto minorista, em seu artigo 50, § 2º, preceitua que será indeferida a inscrição caso o interessado não cumpra os requisitos previstos em lei ou não ofereça um ambiente familiar adequado, indispensável ao desenvolvimento de uma existência sadia e equilibrada.

Desse modo, o estudo psicossocial poderá atestar que as condições oferecidas pelas partes são incompatíveis com as reais necessidades dos menores a serem adotados, concluindo pela prejudicialidade da medida pleiteada.

Nesse particular, embora seja livre o convencimento do magistrado, os resultados obtidos pelo corpo técnico de psicólogos e assistentes sociais deverão ser sopesados, haja vista que representam um indicativo de como se processará, na prática, a dinâmica familiar entre os adotantes e crianças e adolescentes abandonados.

Ademais, no que tange às considerações elaboradas pela equipe multidisciplinar, imperioso ressaltar que a orientação sexual dos requerentes não poderá ser aferida como um

fator que, isoladamente, demonstre o despreparo para o exercício de uma parentalidade responsável, como bem esclarece Enézio da Silva Júnior:

o harmonioso ou desequilibrado seio familiar em nada tem a ver com as orientações sexuais dos adotantes. Só a “miopia preconceituosa” identificaria distúrbios inerentes à dinâmica familiar ou afetiva entre homossexuais, pela simples afeição ao sexo idêntico. O art. 19 do ECA, por exemplo, determina que a criança ou adolescente esteja “*em ambiente livre das pessoas dependentes de substâncias entorpecentes*”; mas não faz qualquer menção ao direcionamento afetivo dos genitores ou adotantes, posto que, no mínimo, a ressalva seria preconceituosa, inconstitucional e distanciada dos avanços científicos – na área da Psicologia, por exemplo (...). Tendo a afetividade do edificante e os reais interesses do adotado como norte, não cabe ao(à) magistrado(a) distinguir pela orientação sexual dos conviventes homossexuais (que pleiteam, juntos, a adoção), pois a legislação não o faz⁷⁵.

Contra a sentença que indefere o pedido de habilitação, poderá ser interposto recurso de apelação cível no prazo de dez dias, independentemente de preparo, conforme o disposto expressamente no art. 198, I do estatuto minorista.

De modo diverso, caso o magistrado entenda pela viabilidade do requerimento habilitatório, o interessado será inscrito nos cadastros mantidos em cada comarca ou foro regional, sendo a sua convocação para a adoção realizada de acordo com ordem cronológica e conforme a disponibilidade dos menores adotáveis, conforme preceitua o art. 197-E do ECA.

A adoção será precedida, ainda, de estágio de convivência, fase destinada à adaptação recíproca e à aproximação entre os adotantes e os menores, a qual deverá ser acompanhada pela equipe técnica responsável pelos estudos psicossociais, visando ao sucesso da convivência familiar.

Entretanto, o §1º do supracitado dispositivo preceitua que tal período convivencial “poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo”.

A fim de restarem satisfeitas suas pretensões, os adotantes deverão atentar, também, para os requisitos legais previstos no art. 165 do ECA, *in verbis*:

Art. 165. São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta:
I - qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou *companheiro*, com expressa anuência deste;

⁷⁵ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 119.

- II - indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou *companheiro*, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo;
- III - qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos;
- IV - indicação do cartório onde foi inscrito nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão;
- V - declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente.

É fácil perceber que as exigências mencionadas no supracitado artigo, destacadamente as constantes nos dois primeiros incisos, podem ser atendidas por casais homoafetivos. Conforme esposado anteriormente, as parcerias entre indivíduos do mesmo gênero já se encontram tuteladas pelo ordenamento estatal, devendo a elas ser aplicado, por analogia, o regime jurídico da união estável, inclusive para fins adotivos.

Ademais, cumpre ressaltar que a inserção em família substitua se encontra condicionada à autorização dos pais, ou do representante legal do adotando, uma vez que a adoção provoca a ruptura do parentesco do genitor com o filho biológico. Entretanto, tal manifestação de vontade será dispensada em relação aos menores cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar na forma dos arts. 1630 *usque* 1633 do CC.

Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, o art. 42 § 2º do ECA preceitua que é necessário, igualmente, obter o seu consentimento, haja vista que já possui certo grau de discernimento e se apresenta como destinatário precípua da adoção, devendo seus melhores interesses ser preservados.

Outrossim, imperioso destacar que o art. 42, § 3º do ECA exige a diferença de dezesseis anos entre o postulante e crianças e adolescentes a serem adotados, com o fito de resguardar a autoridade paterna sobre os filhos adotivos. Nesse sentido, é a lição de Washington de Barros Monteiro:

quer a lei no lar instituir ambiente de respeito e de autoridade, resultante da natural ascendência de pessoa mais idosa sobre outra mais jovem, como acontece com a família natural ascendência da pessoa idosa sobre outra mais jovem, como acontece na família natural, entre pais e filhos. Com mais forte razão, não se admite que o adotado seja mais velho que o adotante. Semelhante adoção contraria a própria natureza (*adoptio naturam imitatur et pro monstro et, ut major sit fulus quam pater*)⁷⁶.

⁷⁶ BARROS, Washington Monteiro de. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva 2009, p. 402.

Transcorrido o período do estágio de convivência e restando concluída a avaliação da equipe multidisciplinar, o magistrado, após a oitiva do órgão do Ministério Público, proferirá decisão judicial.

De acordo com o do art. 47 do ECA, a sentença concessiva de adoção estabelece o vínculo de filiação entre adotante e adotado, devendo, após o trânsito em julgado, ser averbada no registro civil da comarca competente “mediante mandato do qual não se fornecerá certidão”.

3.2 Adoção Homoparental: um viés social

É preciso ter em mente que a adoção homoafetiva, mais do que um direito fundamental dos casais do mesmo sexo ao exercício da parentalidade, representa a esperança de milhares de crianças e adolescentes abandonados, cujas garantias mais prioritárias a uma existência digna são diariamente negadas pelos seus genitores, pela sociedade e, inclusive, pelo próprio Estado.

Destarte, nas unidades de abrigamento, os menores institucionalizados carecem de cuidados individuais, necessários ao desenvolvimento de suas aptidões, de sua personalidade e de seus sentimentos, diferentemente do que ocorre numa família, ainda que substituta, na qual há uma referência afetiva mais constante e uma valorização da identidade de cada membro. Sobre o assunto, nos esclarece a psicóloga Lídia Weber, professora da Universidade Federal do Paraná:

Todos nós, psicólogos e profissionais afins, sabemos da importância de uma família e de um lar protetor para o desenvolvimento de uma personalidade forte. [...] Então como uma criança pode desenvolver sua individualidade, sua personalidade, seus vínculos afetivos que carregará consigo pelo resto da vida, seus gostos pessoais numa instituição onde existem mais de 150 crianças com ela. [...] Como desenvolver o seu próprio repertório comportamental se a instituição exige que todas as camas sejam arrumadas do mesmo modo, sem uma ruga nas colchas? Se não tem ninguém para quem contar os seus pequenos segredos, se é que conseguem desenvolver segredos e histórias pessoais [...]. Sem dúvida, crianças institucionalizadas são privadas de seu espaço subjetivo, dos seus conteúdos individuais, da realidade de vínculos afetivos. São despojadas de experiências sócio-psicológicas. São abandonadas, mesmo quando as famílias as deixam nas instituições “só por algum tempo até arranjar emprego”, e depois “somem do mapa”. [...] Permanecerá, então, até os dezoito anos na instituição, vivendo uma realidade totalmente artificial e afetivamente carente, e, em seguida, deverá deixar a instituição e procurar emprego.

Sair para a vida. Quais as chances desse ser humano, não mais uma criança, o que talvez nunca tenha sido, e ainda não um adulto, o que poderá nunca ser⁷⁷.

Com efeito, o atendimento massificado e despersonalizado durante a infância e a juventude, fases da vida em que ocorrem as modificações mais importantes pelas quais passa o indivíduo durante a sua existência, acaba por gerar marcas indeléveis nas crianças e adolescentes, tais como dificuldade para o estabelecimento de vínculos afetivos, baixa autoestima e atrasos no desenvolvimento psicomotor.

Segundo estudo realizado por Simpson, em 1990, nos abrigos, a criança fica mais vulnerável “a infecções orgânicas e seu potencial emocional é bastante instável, pois a cada monitor ou educador que cuida dela, faz com que esta assuma um tipo de comportamento referente àquele profissional”.

Os infantes necessitam, portanto, crescer em um ambiente em que parem expectativas sobre eles, despertando suas fantasias sobre o futuro e desenvolvendo suas potencialidades. As instituições de amparo à criança e o adolescente, por mais estruturadas que sejam, jamais propiciarão um ambiente adequado à formação dos menores abandonados, uma vez que os priva de sonhos e de fantasias acerca uma existência mais feliz. Nesse sentido, esclarece o psicólogo junguiano Adolf Guggenbul-Craig:

[...] Não é nada criativo ou propício ao relacionamento encontrar alguém e vê-lo como uma foto instantânea ou imagem fixa. Encontrar uma pessoa de modo criativo significa tecer fantasias ao redor dela e circundar seu potencial. Surgem, então, várias imagens sobre a pessoa e o relacionamento potencial. Em geral, essas fantasias criativas estão bem longe da assim-chamada realidade; são tão irrealis, ou tão verdadeiras, como contos de fadas e mitos [...] Mesmo se não expressas, as fantasias também influenciam a outra pessoa, despertando nela suas potencialidades. [...] as fantasias criativas que descrevi se relacionam à natureza da outra pessoa e representam, de forma simbólico-mitológica, seu potencial de vida [...] Certas fantasias dos pais talvez sirvam de exemplo. Frequentemente os pais se permitem, consciente ou semiconscientemente, fantasiar o futuro de seus filhos [...] Essas fantasias criativas, ou circum-ambulação imaginativa do parceiro, são da maior importância em qualquer relacionamento humano. [...] Todo mundo tem necessidade de fantasiar sobre si mesmo, de circundar e despertar seu próprio potencial de forma mitológica ou como num conto de fada. Uma das tragédias da vida de crianças de orfanato é que ninguém tece fantasia em torno delas, de modo que quase nunca o seu potencial é despertado. Essas crianças poderão tornar-se adultos bem comportados, mas psiquicamente só estão vivas pela metade⁷⁸.

⁷⁷ DOBRIANSKYJ, Lídia Natalia Weber. Abandono e institucionalização de crianças no Paraná. In: FREIRE, Fernando [org.]. **Adoção e Abandono**. Curitiba. Terres dês hommes, 1991, p. 32-33.

⁷⁸ GUGGENBUL-CRAIG, Adolf. **O abuso do poder na psicoterapia – e na medicina, serviço social, sacerdócio e magistério**. Tradução de Roberto Gambini. Rio de Janeiro: Achiamé, 1978, p. 54-56.

Por outra via, o estatuto minorista estabelece que a medida de abrigamento deve ser provisória⁷⁹, tornando premente a ação do Estado no sentido de empenhar esforços para reintegrar crianças e adolescentes às suas famílias de origem ou, não sendo possível, a lares substitutos. Entretanto, a realidade evidencia que, atualmente, milhares de brasileiros enfrentam dificuldades quanto às perspectivas de reinserção em um ambiente de afeto e de segurança material e moral.

De acordo com a última pesquisa promovida pelo Conselho Nacional de Justiça⁸⁰, há 26.694 postulantes à adoção no país. Entre os interessados, 10.129 adotariam tão somente crianças de pele branca, ao passo que 1.574 dos candidatos demonstram predileção por filhos pardos, e 579, por negros. Na esperança de adotar menores amarelos ou indígenas estão cadastrados, respectivamente, 345 e 343 indivíduos. Os indiferentes à raça dos adotados representam apenas 8.334 dos entrevistados.

Ademais, as estatísticas revelam que quanto mais velho o infante, mínimas são as suas chances de inserção em lares substitutos, uma vez que a preferência dos casais é maior em relação a bebês e crianças de até dois anos de idade, conforme sinalizaram 16.050 dos candidatos.

Ocorre, todavia, que os menores abandonados disponíveis para adoção apresentam, em geral, um perfil diametralmente oposto ao desejado pela maior parte dos adotantes, o que acaba concorrendo para a lotação dos abrigos e, conseqüentemente, para a mutilação afetiva de crianças e adolescentes à espera da tão sonhada família. Nesse sentido, transcreve-se trecho de reportagem publicada no jornal Diário do Nordeste, de 06 de maio de 2007:

Hoje, dentre as crianças disponíveis para adoção inscritas no Cadastro de Crianças/Adolescentes Adotáveis do Juizado da Infância e Juventude de Fortaleza, cerca de 69% são do sexo masculino e 31% do sexo feminino. Dentre estas, 5% têm entre zero a dois anos de idade; 19% têm entre dois e cinco anos de idade; 22%, estão entre cinco e 10 anos de idade e cerca de 54% têm mais de 10 anos de idade, ou seja, já estão entrando na pré-adolescência ou mesmo na adolescência. Nessa faixa etária, lembra o juiz, torna-se muito difícil a colocação em família substituta, em função de que pouquíssimas pessoas mostram-se disponíveis para acolher um

⁷⁹ É o que se depreende da redação do art. 19, § 2º do ECA, *in verbis*: “A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária”.

⁸⁰ SOUZA, Giselly. Número de pretendentes supera em quase seis vezes o de crianças aptas a serem adotadas. **In: Agência CNJ de Notícias.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1396:numero-de-pretendentes-supera-em-quase-seis-vezes-o-de-criancas-aptas-a-serem-adotadas&catid=223:cnj&Itemid=583>. Acesso em 25 de abril de 2011, às 21h15min.

filho já adolescente. Ainda em relação às crianças e adolescentes adotáveis em Fortaleza apenas 41% são saudáveis, ao passo que, cerca de 59% do total apresentam algum tipo de necessidade especial. O que dificulta ainda mais o acolhimento destas crianças, informa⁸¹.

Os melhores interesses da criança deverão, assim, servir de diretriz para nortear a decisão do magistrado sobre a decisão do pedido de adoção por pares homossexuais, conferindo aos menores a possibilidade de serem educados por casais aptos a oferecer amor, respeito e compreensão, quando ninguém se dispôs a tanto. Nesse sentido, necessário atentar para a advertência de Ana Paula Buchalla:

Ao contrário da maioria dos casais heterossexuais de classe média, que preferem adotar recém-nascidos brancos e absolutamente saudáveis, gays e lésbicas não fazem restrição alguma a cor, idade ou estado de saúde. Sabem, como ninguém, o que é ser vítima de exclusão e de preconceito⁸².

Outrossim, cumpre ressaltar que o aparelhamento estatal é extremamente precário no que tange a estrutura concedida a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, não logrando recursos suficientes para promover-lhes uma formação moral, social e profissional, que permita o desenvolvimento de suas potencialidades, bem como a capacitação para o mercado de trabalho.

Com efeito, o último levantamento nacional sobre a situação das entidades financiadas pela Rede de Serviços de Ação Continuada (SAC) do Ministério de Assistência Social, promovido, em 2003, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) com 589 abrigos que receberam verbas orçamentárias do governo federal, registrou dados alarmantes:

Assim, no Levantamento Nacional foram selecionados alguns critérios para analisar se os abrigos pesquisados atendem ao quesito semelhança residencial: (i) instalações físicas; e (ii) atendimento em pequenos grupos.

No grupo das instalações físicas, foram considerados aspectos que permitissem avaliar a aproximação a uma estrutura residencial. Analisando-se cada item individualmente, temos o seguinte quadro: 85,6% possuem espaços individuais para que crianças e adolescentes possam guardar seus objetos pessoais; 77,8% possuem, no máximo, 06 dormitórios; 64,5% apresentam características externas residenciais; 54,0% não possuem áreas exclusivas para serviços especializados - consultório médico, gabinete odontológico, salas de aula e oficinas profissionalizantes; e 42,3% mantêm, no máximo, 04 crianças e adolescentes por dormitório. O percentual de abrigos adequados segundo todos os critérios considerados é de 17,5% (103 abrigos).

Com relação ao atendimento em pequenos grupos, foram considerados dois quesitos: (i) o número de crianças e adolescentes por abrigo; e (ii) o número de crianças e adolescentes por responsável pelos cuidados cotidianos.

Ainda que o Estatuto não estabeleça um número exato para esse atendimento em pequenos grupos, as diretrizes de reordenamento indicam um máximo de 20 a 25 crianças e adolescentes por unidade de atendimento.

⁸¹ ALMEIDA, Mozarly. 30 crianças aguardam adoção. **In: Diário do Nordeste**. Fortaleza, 06 de mai. de 2007.

⁸² BUCHALLA, Anna Paula. Meu pai é gay, minha mãe é lésbica. **In: Revista Veja**. São Paulo, 11 jul. 2001.

A maior parte dos abrigos da Rede SAC se enquadram nesse critério, visto que 57,6% deles atendem até 25 crianças e adolescentes. Por outro lado, infelizmente, ainda foram encontrados 4,2% das entidades que recebem um número de crianças e adolescentes maior do que 100.

Quanto aos cuidados cotidianos, considerou-se como adequado um grupo de 12 crianças e adolescentes para cada profissional responsável (pais sociais, educadores, monitores). A parcela de abrigos que atende esse critério é de 74,2%. Estão adequadas segundo os dois itens 284 instituições, que representam 48,2% do total.

*Aplicando-se todos os critérios elencados e compatíveis com uma estrutura residencial, restam apenas 14,9% dos abrigos pesquisados que atendem os quesitos, ou seja, um total de 88 entidades (grifo nosso)*⁸³.

Nesse cenário, entre as benesses proporcionadas por um lar estruturado e a realidade de um país excludente, em que até mesmo os abrigos e as instituições assistenciais carecem de estrutura adequada à formação e ao amparo de crianças e de adolescentes, aponta o bom senso para a necessidade de inserir a juventude carente em seios familiares em detrimento de deixá-los entregues à própria sorte.

A adoção homoparental visa a dirimir, portanto, em favor da infância marginalizada, a injusta situação de estigma social e de desigual acesso às oportunidades de educação, de saúde e de lazer, permitindo aos menores abandonados o pleno desenvolvimento de suas faculdades psíquicas e afetivas em uma atmosfera de amor, de segurança e de acolhida material e moral. Não é outra a conclusão a que chega a doutrinadora Viviane Girardi:

Parece que a vivência de quem lida com a infância abandonada – que sujeita as crianças à fome e aos maus-tratos, ao desencanto com a vida e com o futuro; é a constatação do abandono que lhes nega o direito de frequentar uma escola, e mais que isso, serem acompanhados nesse desenvolvimento escolar, que lhes nega acesso à saúde, ao respeito e à dignidade, e sobretudo nega-lhes, um convívio diário alegre que culmina numa noite de sono sob o olhar atento dos pais – desenvolve sensibilidade suficiente para vencer um preconceito irracional, e adquire consciência para aceitar que os homossexuais, como pessoas humanas que são, sejam tão aptos como qualquer outra pessoa para darem a essas crianças tudo que a família natural e a sociedade já lhe negaram⁸⁴.

Dessa maneira, não se podem ignorar, em nome de um preconceito irracional, as vozes de milhares de crianças e de adolescentes institucionalizados, quando tudo o que esses indivíduos mais desejam na vida é ter uma família estruturada; é poder chamar alguém de pai. A seguir, transcrevem-se relatos de menores abandonados, retirados do livro da já citada Viviane Girardi:

⁸³ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Levantamento Nacional de Abrigos para crianças e adolescentes da REDE SAC**. Rio de Janeiro: 2003. Disponível em: <<http://portaldovoluntario.org.br/documents/0000/0189/109726162757.pdf>>. Acesso em: 25 de abril às 21h30min.

⁸⁴ GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto**: A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 155.

1º depoimento (menina de 11 anos, institucionalizada desde os 8 anos): “Eu tinha 8 anos quando vim pra cá. Foi o carro do Juizado que me trouxe aqui. Já morei em três internatos diferentes. Meu pai bebe e minha mãe morreu e eu nunca recebi visita de ninguém. Meus três maiores desejos? Eu queria ganhar um pai [...] Eu queria muito ser adotada, para ter pais. Eu queria muito ser feliz”. 2º depoimento, de um menino de 13 anos, institucionalizado desde 1 ano de idade: “Eu nem sei quem me trouxe para família. Já morei em três orfanatos diferentes. O que eu mais queria ter? Uma família, um trabalho para mim e que eu seja feliz com essa família! Tenho esperança de ser adotado [...] Eu queria ter pai e mãe...nunca tive”. 3º depoimento, de um menino de 15 anos, institucionalizado desde os 7 anos de idade. “Foi minha mãe que me trouxe para cá. Meu pai bebe e judia da gente e eu passava fome na minha casa. Eu morei em cinco orfanatos diferentes. Nunca recebi visita de ninguém. Eu queria é ser feliz com alguém... eu sei que é difícil alguém me adotar na minha idade... mas eu queria alguém para me adotar e chamar de filho...”⁸⁵.

3.3 Da inexistência de prejuízos ao menor por ser adotado por um par homossexual

A temática da homoparentalidade, mesmo em tempos modernos, encontra oposição em diversos setores da sociedade, pois permanece envolta em preconceitos e temores irracionais que permeiam o imaginário da população.

Uma das grandes resistências à adoção homoparental consiste no mito de que crianças e adolescentes criados por pares do mesmo gênero sofreriam maiores riscos de violência sexual.

Tal preocupação apresenta íntima ligação com o modelo patologizador do século XIX e XX, o qual vislumbrava no comportamento homossexual um quadro degenerativo e de desordem psicológica.

Ocorre que, conforme esposado anteriormente, a Organização Mundial de Saúde, em 1993, retirou a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças (CID) e firmou entendimento segundo o qual “a orientação sexual por si não deve ser vista como um transtorno”. Na mesma esteira progressista, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução nº 01/1999, atestando não ser a atração entre pessoas do mesmo gênero uma patologia, um distúrbio ou uma perversão, mas uma livre manifestação da sexualidade humana.

Desse modo, a ciência médica é uníssona ao reconhecer que casais homoessenciais são tão normais quanto os heterossexuais, dispondo, portanto, de iguais

⁸⁵GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto**: A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.154.

condições para assegurar a crianças e adolescentes uma existência equilibrada e sadia, em um ambiente de amor, de confiança e de respeito.

Corroborando com esse entendimento, estudos científicos revelam que menores criados por pares homoeróticos não se encontram mais vulneráveis a sofrer abusos sexuais do que os indivíduos educados em lares heteroafetivos, conforme bem esclarece o magistrado Roger Raupp Rios:

A respeito do perigo potencial que sofre a criança adotada em face da violência sexual por parte do adotante, constatou-se, em pesquisa social, que 95% destes casos provêm de heterossexuais, dado que põe por terra qualquer dúvida acerca da possível dificuldade de inserção social da criança em virtude da orientação sexual do adotante [a pesquisa referida é a “Hidden Victims: the sexual abuse of children”, exposta no relatório da “ILGA – International Lesbian and Gay Association”, relatório este denominado “World Legal Survey”- que significa, em tradução simples: “Vítimas Escondidas: o abuso sexual de crianças” da “Associação Internacional de Gays e Lésbicas”, na “Pesquisa Jurídica Mundial”⁸⁶.

Outro óbice aparente à adoção por pares homoeróticos reside na crença de que a orientação sexual dos pais interfere no desenvolvimento da afetividade de seus rebentos, de modo que, pelo convívio, filhos de casais homoafetivos estariam mais propensos a sentir atração por pessoas do mesmo gênero.

Todavia, a preocupação em demasia com o fato de o menor vir a ordenar seus impulsos sexuais a indivíduos do mesmo sexo vem a comprovar, tão somente, que muitos são os que não aceitam a naturalidade da homossexualidade, demonstrando total desconhecimento e preconceito a respeito da temática.

Por outro lado, se a concepção e educação dentro de um modelo tradicional de família realmente constituísse um fator determinante à heterossexualidade de um indivíduo, como explicar, por exemplo, a existência de homossexuais filhos de casais heteroafetivos, já que foram criados em um ambiente considerado como o adequado pela sociedade? Ou, ainda, como justificar a existência de pessoas heterossexuais criadas, desde tenra infância, por pais do mesmo sexo?

Nesse sentido, pesquisas científicas atestam que a orientação afetivo-sexual do adotante não interfere no exercício da sexualidade, nem na estrutura de desejo da prole, conforme, mais uma vez, nos elucida Roger Raupp Rios:

Com relação à influência da orientação sexual do adotante na definição da identidade sexual da criança, estudos têm mostrado que filhos de pais homossexuais

⁸⁶ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 141-143.

não tem probabilidade maior de se tornarem homossexuais que os filhos de pais heterossexuais (...) [o mesmo relatório aponta para diversos estudos, como “Children in Lesbian and Single-Parents Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal”, que, em tradução simples, significa “Crianças em Lares Lésbicos e de Pais Solteiros: Avaliação Psicosssexual e Psiquiátrica”⁸⁷.

Outrossim, os opositores da adoção por casais homossexuais sustentam que a ausência de referenciais de ambos os gêneros pode ocasionar na vida dos menores distúrbios de ordem comportamental, psíquica ou social, comprometendo o pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

Entretanto, tal premissa não se afigura verdadeira, pois, se assim o fosse, restaria igualmente prejudicial aos infantes a vivência em um modelo familiar monoparental, no qual as funções de criação e de educação são desempenhadas isoladamente, por um único indivíduo, homem ou mulher, não havendo, portanto, a presença física das figuras paterna e materna.

Ademais, conforme o sedimentado na psiquiatria e na psicologia, os referenciais de paternidade e de maternidade não estão relacionados, necessariamente, ao sexo biológico, haja vista que todas as pessoas possuem em seu âmago características historicamente associadas ao sexo masculino, bem como atributos socialmente identificados como pertencentes ao gênero feminino.

Por essa razão, casais homossexuais apresentam tantas condições de educar um ser humano quanto indivíduos heterossexuais, pois, em que pese a identidade de sexo do par, são igualmente capazes de transmitir a sua prole a complexa teia de sentimentos e experiências que permeiam a existência de um homem e de uma mulher. Nesse sentido é a lição de Enézio da Silva Júnior:

Vivenciada a afetividade na união homossexual, não há que se falar em prejuízo à normal estruturação da personalidade do adotando – sob o prisma, inclusive, da orientação afetivo-sexual- pois, os referenciais “pai e mãe” são representações simbólico-comportamentais de gênero que não se exaurem no corpo físico, enquanto sexo biológico. Todas as pessoas, a priori, são capazes de desempenhar, com eficiência, os papéis materno e paterno, a depender da personalidade e da maior identificação com um ou com outro [...]. Como salienta Rosemberg (2003, p.1), “a tendência da família é suprimir esses opostos de gênero. Não podemos mais imaginar o pai como oposto à mãe, ou o feminino como o oposto ao masculino. Essas posturas vivem juntas e em constante movimento. Quanto mais pudermos ensinar isso aos nossos filhos, melhor será”⁸⁸.

⁸⁷ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 pp. 141-143.

⁸⁸ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 131-132.

Do mesmo modo, diversas pesquisas científicas apontam, para o fato de que as adoções por pares homoafetivos não traduzem um prejuízo à formação psíquica e moral de crianças e adolescentes a serem adotados, alcançando, ao contrário, os mesmos benefícios conferidos aos menores educados em lares tradicionais.

Nesse sentido, a psicóloga brasileira Lídia Weber relata a existência de inúmeros estudos realizados no exterior entre as décadas de 80 e 90, cujas conclusões atestam pela ausência de problemas aos menores adotados, em virtude da criação em famílias homoafetivas:

Ricketts & Achtenberg (1989) realizaram um estudo com vários casos individuais de adoções por homens e mulheres homossexuais e afirmam que a saúde mental e a felicidade individual estão na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida. Eles afirmam, portanto, que não importa se a família conta com um pai e uma mãe ou com somente um deles; o mais importante é como essa família vive.

McIntyre (1994) faz uma análise acerca de pais e mães homossexuais e o sistema legal de custódia. Este autor afirma que a pesquisa sobre crianças serem criadas por pais homossexuais documenta que pais do mesmo sexo são tão efetivos quanto casais tradicionais.

Patterson (1997) escreveu um artigo sobre relações de pais e mães homossexuais e analisou as evidências da influência na identidade sexual, desenvolvimento pessoal e relacionamento social em crianças adotadas. A autora examinou o ajustamento de crianças de 4 a 9 anos de idade criadas por mães homossexuais (mães biológicas e adotivas) (...) e os resultados mostram que tanto os níveis de ajustamento maternal quanto a auto-estima, desenvolvimento social e pessoal das crianças são compatíveis com crianças criadas por um casal .

Samuels (1990) destaca que, mais importante do que a orientação sexual dos pais adotivos, o aspecto principal é a habilidade dos pais em proporcionar para a criança um ambiente carinhoso, educativo e estável⁸⁹.

Igualmente, Kevin McNeill⁹⁰ realizou um apanhado de várias pesquisas desenvolvidas ao redor do mundo, todas atestando pela inexistência de prejuízos a indivíduos educados em lares homossexuais, tais como: *Miller (1979), Pagelow (1980), Kweskin & Cook (1982), Mallen (1983), Strong & Schinfeld (1984), Harris & Turner (1986), Pennington (1987), Bozzett (1988), Bigner & Jacobsen (1989), Peters & Cantrell (1991), Tasker & Golombok (1995), McNeill, Rienzi & Kposowa (1998).*

Ante o exposto, infere-se que, na análise do requerimento de adoção, o magistrado deverá atentar não para a orientação sexual do indivíduo, mas para a capacidade que este possui de propiciar a crianças e adolescentes um ambiente de amor, de respeito e de

⁸⁹ DOBRIANSKYJ, Lídia Natalia Weber. **Pais e filhos por adoção no Brasil:** características, expectativas e sentimentos. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 80-81.

⁹⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade.** São Paulo: Método, 2010, p. 545.

solidariedade, o que poderá ser comprovado quando da realização estudos psicossociais promovidos pela equipe técnica da Vara da Infância e da Juventude.

3.4 Da afronta ao princípio da proteção integral à criança decorrente da proibição de adoção por casais homossexuais

No afã de contornar a resistência à homoparentalidade, muitos indivíduos tem se habilitado individualmente à adoção, mascarando a existência de um relacionamento homoafetivo para que possam educar crianças e adolescentes juntamente com o seu companheiro. Todavia, apesar de válida, tal solução não se mostra apta à tutela do princípio norteador do ECA, qual seja, o do melhor interesse do menor.

Em 2002, a Academia Americana de Pediatria, através do Comitê de Aspectos Psicológicos da Saúde da Criança e da Família, já alertava da necessidade de esforços legislativos que possibilitassem a adoção em conjunto por pares homossexuais, tendo em vista que “as crianças nascidas ou adotadas por um membro de um casal do mesmo sexo merecem a segurança de dois pais legalmente reconhecidos⁹¹”.

Destarte, se por um lado a co-parentalidade assegura aos indivíduos que desempenham funções parentais o direito à visitação do menor no caso de separação do casal, por outro garante à criança a plena convivência com o ex-companheiro de seu pai ou mãe legal, evitando, pois, a quebra abrupta de um liame afetivo construído, muitas vezes, ao longo de anos.

Ademais, a questão da dupla filiação apresenta um viés de caráter patrimonial, pois, em sendo indeferido o pedido de adoção conjunta por parceiros homoafetivos, não terá o menor direito a pleitear alimentos nem qualquer outro tipo de auxílio financeiro do companheiro de seu pai adotivo, quando do término da relação convivencial, em razão da ausência de um vínculo jurídico permanente entre ambos. Nesse sentido, preleciona Maria Berenice Dias:

Não admitir a adoção pelo casal só vem em desfavor da criança, principalmente quanto aos aspectos assistenciais e patrimoniais. O filho, ao invés de ter todas as prerrogativas pertinentes à filiação, como guarda, alimentos e direitos sucessórios,

⁹¹ Cf. SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 137.

em relação a duas pessoas, terá apenas em relação ao adotante. Acabam as crianças impedidas de pertencer às duas linhagens familiares das quais fazem parte, desde quando a parentalidade foi planejada ou vivenciada em conjunto⁹².

Desse modo, mais do que o apego à letra fria do dispositivo normativo, devem os operadores jurídicos atentar para os superiores interesses de crianças e adolescentes institucionalizados, a fim de se permitir a adoção conjunta por casais homossexuais.

3.5 Adoção homoparental e a questão registral

Tema bastante polêmico no que tange à adoção homoafetiva consiste na possibilidade de os casais homossexuais constarem como pais no assento de nascimento de crianças e adolescentes adotados.

Na Lei nº. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, cujo teor versa sobre registros públicos no Brasil, não se encontra exigência formal obstando que uma pessoa seja registrada civilmente por dois indivíduos do mesmo sexo.

Do mesmo modo, o estatuto minorista não veda que pares homoessenciais constem no assento de nascimento do adotado, pois, em seu art. 47, apenas preceitua que o vínculo de adoção se constitui “por sentença judicial, que será inscrita no registro civil, mediante mandato do qual não se fornecerá certidão”. Outrossim, o § 1º do supracitado dispositivo encerra tão somente a previsão de que “a inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes”, não fazendo qualquer referência à necessidade de diversidade biológica dos casal.

Inexistindo, pois, a vedação legal, os magistrados vinham determinando que o registro civil dos indivíduos adotados por parceiros homossexuais fosse processado nos seguintes moldes:

Na direção da nossa doutrina, nada obsta que o(a) magistrado(a) determine que, na certidão de nascimento, oriunda do desfecho do processo de adoção, conste, tão-somente: filho de:.....[nome de um(a) dos companheiros(as)] e de:[nome do outro companheiro(a)] E que seja determinado no lugar dos avôs e avós que constem os nomes de todos eles, sem, necessariamente, ter que haver diferenciações entre os tradicionais “paternos” e “maternos”. Outra clara opção a ser feita pelo magistrado é, tão somente, além desta orientação para com o nome dos avôs e avós, que conste

⁹² DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p. 217.

no lugar dos nomes “pai”, “mãe”, simplesmente a expressão “responsáveis legais”⁹³.

Com o advento do Decreto nº 6.828, de 27 de abril de 2009, restou consagrado um modelo padronizado de certidão de nascimento, o qual não veda a formalização do vínculo de parentesco entre os menores e duas pessoas do mesmo gênero. Ao apresentar, tão somente, um campo denominado de filiação, referido documento aboliu a necessidade de se explicitar quem são os pais ou mães do adotado, o que vem a facilitar a questão do registro no caso de adoção homoafetiva.

3.6 O julgamento do Recurso Especial nº 889.852/RS

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, posicionou-se favoravelmente à adoção por pares homossexuais, ao manter o registro de adoção de dois menores criados por um casal de mulheres residentes na comarca de Bagé.

Em 2006, L.M.B.G. requereu a adoção dos irmãos J.V.R.M. e P.H.R.M., já adotados judicialmente, desde o nascimento, por sua companheira, L.R.M., com quem vinha mantendo relacionamento homoafetivo há mais de sete anos.

Após a realização de minuciosa avaliação psicossocial, a Justiça gaúcha julgou procedente o pedido, determinando a inscrição de LMBG no assento de nascimento dos infantes “sem mencionar as palavras pai e mãe”⁹⁴, acrescentando ainda que na certidão “a relação avoenga não explicitará a condição materna ou paterna”⁹⁵.

No julgamento da Apelação Cível nº 70013801592, intentada pelo órgão do Ministério Público, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a sentença de primeira instância, nos seguintes termos:

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, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam

⁹³ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 195.

⁹⁴ Conselho de Supervisão de Juízes da Infância e da Juventude – CONSIJ. Sentenças. **Revista do Juizado da Infância e da Juventude**. Porto Alegre, ano III, n.6/7, p. 54, jul./nov. de 2005. Disponível em: <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/REVISTA/REVISTA+6-7.PDF>. Acesso em: 19 de março de 2011, às 22h.

⁹⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

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. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME" (fl. 69)⁹⁶.

Dado o improvimento da apelação cível, o Ministério Público interpôs Recurso Especial, alegando: a) violação ao artigo 1.622 do Código Civil, que somente permite adoção conjunta aos indivíduos casados ou em união estável; b) violação ao art. 1723 do diploma civilista, o qual define a união estável como a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher.

Na ocasião, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu julgamento emblemático, haja vista que, por unanimidade, os ministros negaram provimento ao recurso do *Parquet* e mantiveram a decisão judicial que assegurou a adoção de duas crianças por um casal homossexual.

O **Ministro Luís Felipe Salomão**, relator do julgamento em apreço, iniciou seu voto aduzindo que diversos estudos científicos comprovam que não há prejuízos à formação moral e psíquica de menores adotados, em virtude da criação em lares homoafetivos. Merecem atenção as suas palavras:

Nesse passo, o acórdão recorrido, em análise detida sobre o tema, trouxe diversos estudos especializados (vale conferir, fls. 74-77), que, em resumo, “não indicam 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 a seus cuidadores”. Em síntese, tais estudos mencionados pelo acórdão (por exemplo, da Universidade de Virgínia, da Universidade de Valência e da Academia Americana de Pediatria) são respeitados e com fortes bases científicas, indicando:

- “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar, quanto na circunstância de amar e servir”;
- “nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social”;
- “o papel de pai nem sempre é exercido por um indivíduo do sexo masculino”;
- os comportamentos de crianças criadas em lares homossexuais “não variam fundamentalmente daqueles da população em geral”;
- “as crianças que crescem em uma família de lésbicas não apresentam necessariamente problemas ligados a isso na idade adulta”;
- “não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psicossocial dos filhos de gays e

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 7001380159227- Sétima Câmara Cível -Comarca de Bagé. Acórdão de: 05/04/2006. Relator: Des Luz Felipe Brasil Santos. Apelante: Ministério Público. Apelado: LI. M. B.G. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 20 de março de 2011, às 10h20min.

lésbicas seja comprometido sob qualquer aspecto em relação aos filhos de pais heterossexuais”;

- “educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais”;
- “a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto à criança cujos pais são heterossexuais”⁹⁷.

O **Ministro** continuou o seu voto, advertindo, ainda, que o deferimento do pedido de adoção a apenas um dos parceiros de relação homoafetiva contraria os melhores interesses de crianças e adolescentes, pois retira do menor o direito a pleitear alimentos e qualquer outro tipo de aporte financeiro do companheiro de seu pai adotivo, bem como impede o reconhecimento de um vínculo que é predominantemente socioafetivos:

Qualquer solução denegatória da adoção retirará das crianças o direito à proteção integral, porquanto contarão apenas com uma das parceiras figurando na certidão de nascimento. A par de prejuízos de ordem material (sucessão, pensão, dentre outros) que serão acarretados às crianças com a negativa do pleito da autora, avulta-se a questão ética, moral, pois o Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica⁹⁸.

O **Ministro** também afirmou que não consta em nosso ordenamento jurídico nenhum dispositivo que remeta à conclusão de que as uniões entre indivíduos do mesmo sexo se encontram excluídas da proteção do Direito das Famílias. Nesse sentido, o eminente jurista defendeu a extensão do regime jurídico da união estável aos casais homossexuais, inclusive para permitir a adoção de menores na forma prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente:

9. Como reforço de argumentação, e no sentido de afastar, por outro aspecto, atese jurídica do recorrente, que alega contrariedade aos artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei 9.278/96 e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, vale recordar que, segundo penso, não existe proibição para o reconhecimento de qualquer união, desde que preenchidos os requisitos legais. Os dispositivos mencionados limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem restringir eventual união entre dois homens ou duas mulheres.[...] existência de união estável entre casais homossexuais, o fato é que esse tipo de união deve receber o mesmo tratamento conferido às uniões estáveis, o que afasta a pretensa violação ao artigo 1.622 do Código Civil, que dispunha: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável” (tal dispositivo foi revogado pela recente Lei de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, que, ao alterar a redação do artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentou a necessidade de comprovação da estabilidade da família, preconizando: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”)⁹⁹.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889.852-. Acórdão de: 27/04/2010. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: LI. M. B.G. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 20 de março de 2011, às 10h20min.

⁹⁸ Ibidem, *loc. cit.*

⁹⁹ Ibidem, *loc. cit.*

O Ministro João Otávio de Noronha acompanhou o voto do relator, expondo, em suas razões, que a adoção por casais homossexuais é uma medida que se impõe no cenário jurídico atual, haja vista a situação precária das instituições de amparo às crianças e adolescentes, as quais não possuem condições de propiciar aos menores em situação de risco pessoal ou social o tratamento necessário ao desenvolvimento de suas potencialidades:

Segundo ponto: não vamos permitir a adoção e impedir que essas crianças tenham uma melhor assistência médica, melhor assistência social, que usufruam das rendas ou de uma eventual pensão dessa segunda pretensa adotante? Vamos deixar as crianças em abrigos públicos? Porque agora está assim, vêm com todo esse formalismo e apelo moral mas deixam a criança no abrigo, onde sofre violência. Aliás, resalto importante aspecto que ouvi no voto segundo o qual as crianças chegam desses abrigos maltratadas, sempre com lesões e marcas. Que estão reduzidas as chances de uma criança ser adotada após os quatro anos de idade..., porque, depois dos quatro anos, geralmente, não se encontra quem as adote, ficando fadadas a serem mantidas em patronatos até os dezoito anos, e o que é pior, com as consequências de convivências no mais das vezes negativas¹⁰⁰.

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça foi emblemática, uma vez que os ministros superaram o manto do preconceito, garantindo dignidade a uma parcela minoritária da população que luta, diariamente, para ter suas posições respeitadas e, acima de tudo, reconhecidas pelo direito e pela sociedade. Admitiram, portanto, que a adoção homoparental é uma realidade que se faz necessária no panorama jurídico brasileiro, pois assegura tanto a casais homossexuais como a crianças e adolescentes institucionalizados o direito à convivência familiar.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889.852-. Acórdão de: 27/04/2010. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: LI. M. B.G. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 20 de março de 2011, às 10h20min.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. De acordo com o que foi amplamente exposto no presente trabalho monográfico, as entidades familiares expressamente previstas no art. 226 da Constituição Federal encerram um rol meramente exemplificativo, abarcando outras formas de convívio que não as explicitadas no texto constitucional, desde que presentes os requisitos da afetividade, estabilidade e ostentabilidade.

De fato, a regra que trata das entidades familiares foi introduzida pelo legislador constituinte com a finalidade de suplantar os preconceitos que incidiam sobre arranjos de convivência outrora marginalizados, sobretudo as uniões entre homem e mulher não formalizadas pelo casamento. Por essa razão, aos magistrados é vedado conferir uma interpretação reducionista ao dispositivo em questão, pois não se pode atribuir um significado a uma norma contrariando os postulados constitucionais e os fins que a justificaram.

O fato de a Constituição não fazer menção expressa às uniões entre pessoas do mesmo sexo não significa, portanto, que os indivíduos homossexuais sejam considerados cidadãos de segunda classe, tampouco representa desprezo a um modo de viver. O princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeira pedra de toque de nosso arcabouço constitucional, afasta a exegese que reduza quaisquer indivíduos a uma situação de vulnerabilidade e de desamparo jurídico.

2. Desse modo, torna-se premente que os poderes estatais atuem na defesa de posições subjetivas, permitindo não somente a cada cidadão a possibilidade de se autodeterminar da maneira como melhor lhe aprouver, mas também lançando meios para que todos eles, sem exceção, tenham suas escolhas respeitadas, sob pena de restarem violados os propósitos constitucionais de construção de uma sociedade pluralista e refratária de preconceitos. E tal missão somente pode ser desempenhada de uma única forma: através do reconhecimento jurídico dos direitos de minorias, retirando-as, pois, da situação de marginalidade em que se encontram e promovendo a sua valorização social.

É certo que condenar ao ostracismo os relacionamentos homoafetivos não irá extirpar a homossexualidade das sociedades contemporâneas, tampouco extinguirá os litígios que chegam diariamente às portas do Poder Judiciário. Para que a regra prevista no art. 226 da Carta Magna alcance, de fato, a finalidade que dela se espera, é necessário que os intérpretes assumam uma posição de credibilidade e de transparência, harmonizando os preceitos

constitucionais com a realidade subjacente, a fim de se evitar o distanciamento entre os fatos da vida e o direito posto.

4. Outrossim, restou constatado que, no atual ordenamento jurídico pátrio, não subsiste dispositivo algum vedando expressamente o relacionamento homoafetivo e a produção de seus efeitos, inexistindo, portanto, embasamento legal para a excluir as parcerias entre pessoas do mesmo sexo do manto protetivo do Direito das Famílias.

O silêncio constitucional jamais pode ser tido como uma recusa do Estado em conferir juridicidade às parcerias homoessenciais, uma vez que o art. 5º, II da Constituição de 1988 consagrou a máxima kelsiana de que tudo o que não está expressamente proibido, encontra-se implicitamente acolhido pelo ordenamento pátrio.

Desse modo, ao magistrado compete a importante tarefa de suprimir a lacuna legislativa, através de mecanismos de integração da ordem jurídica, consoante previsão do art. 4º da LICC, de modo a conferir aos parceiros homossexuais o tratamento jurídico adequado à proteção de sua dignidade.

É de se notar que, dentre todos os institutos consagrados no direito pátrio, a união estável é o que mais se assemelha aos relacionamentos homoessenciais, uma vez que pautadas no mesmos laços de afeto e de cooperação, motivo pelo qual devem suas disposições ser estendidas, por analogia, aos casais do mesmo sexo, até que sobrevenha diploma legal regulamentado a questão.

5. Nesse cenário de omissão legislativa, vários projetos de lei foram apresentados ao Congresso Nacional com o fito de por fim ao vazio normativo, dentre eles os PL nº 1151/95 e PL nº 2285/07, os quais não lograram êxito em suas pretensões, tendo em vista as pressões exercidas pelas alas mais conservadoras da sociedade.

Coube, portanto, ao Supremo Tribunal Federal o pronunciamento definitivo acerca da possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva, bem como de seus possíveis efeitos jurídicos, no julgamento conjunto da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132.

Na ocasião, a mais alta Corte do País proferiu decisão histórica ao reconhecer, por unanimidade, o *status* jurídico-familiar aos relacionamentos entre duas pessoas do mesmo sexo, chancelado, pois, uma realidade que há muito tempo se impunha.

6. As parcerias homoafetivas constituem, assim, entidades familiares autônomas, as quais, na ausência de regramento específico, devem ser regidas pelo regime jurídico que

lhe é mais próximo, qual seja, o da união estável, inclusive para os fins adotivos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

7. A possibilidade jurídica de adoção por pares homossexuais é uma medida que se impõe na sociedade brasileira, haja vista que os menores abandonados apresentam, em geral, um perfil oposto ao desejado pela grande maioria dos adotantes, o que acaba contribuindo para a lotação dos abrigos e para mutilação afetiva de indivíduos à espera do tão sonhado lar. Em contrapartida, casais homoafetivos não fazem qualquer distinção em relação à cor, raça, idade, sexo e estado de saúde dos adotandos, pois já são alvos de preconceito e de rejeição, experimentando, todos os dias, a sensação de o que é não ser aceito socialmente.

8. É imperioso atentar, também, para a realidade das instituições de amparo a crianças e adolescentes, as quais carecem de estrutura adequada à formação psíquica e moral dos menores abandonados, não se mostrando, ainda, capazes de suprir a carência afetiva e emocional dos infantes em uma fase tão importante de suas vidas, privando-os de expectativas e de esperanças acerca de um futuro melhor.

A adoção por casais homossexuais visa, nesse particular, a dirimir em favor da infância marginalizada, a injusta situação de estigma social e de desigual acesso às oportunidades de educação, de saúde e de lazer, permitindo aos menores abandonados o pleno desenvolvimento de suas faculdades psíquicas e afetivas em uma atmosfera de amor, de segurança e de acolhida material e moral, em detrimento de deixa-los desamparados, entregues à própria sorte.

9. Ademais, conforme amplamente demonstrado, não há que se falar em prejuízos decorrentes da homoparentalidade, uma vez que as ciências médicas e a psicologia são taxativas ao reconhecer que casais homoessenciais são tão normais quanto os heterossexuais, dispondo, portanto, de iguais condições para despertar o potencial criativo e a felicidade de crianças e adolescentes.

10. É necessário, portanto, que toda a sociedade lance um olhar mais atento para a questão da homoparentalidade, superando o véu do preconceito e permitindo tanto aos casais homoafetivos como aos menores institucionalizados a fruição de um direito tido como básico para o alcance da felicidade: o direito à família.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24º ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ALMEIDA, Mozarly. 30 crianças aguardam adoção. **In: Diário do Nordeste**. Fortaleza, 06 de mai. de 2007.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução de Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida Editora, 1977.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROS, Washington Monteiro de. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista de Direito do Estado**, ano 2, n. 5, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 238.715/RS. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: RPC e outro. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 03 de abril de 2011, às 14h 15 min.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889.852/RS Acórdão de: 27/04/2010. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: LI. M. B.G. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 20 de março de 2011, às 10h20min.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 08 de maio de 2011, às 17h 50 min.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Pará. Recurso Eleitoral Ordinário-14ª ZE – Viseu. Recorrente: Maria Eulina de Sousa Fernandes. Recorrido: Luis Alfredo Amim Fernandes e outros. Relator: Juíza Hind Ghasan Kayath. Belém, 01 de outubro de 2004. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <www.trepa.gov.br/servicos/jurisprudencia/ement0402.doc>. Acesso em: 04 de abril de 2011, às 16h.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 7001380159227- Sétima Câmara Cível -Comarca de Bagé. Acórdão de: 05/04/2006. Relator: Des Luz Felipe Brasil Santos. Apelante: Ministério Público. Apelado: LI. M. B.G. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 20 de março de 2011, às 10h20min.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.51.01.01670. Relator: Guilherme Calmon Nogueira. Recorrente. Adriano Barcelos Monteiro. Recorrido: União Federal. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/485.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2011, às 14h37 min.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 24.564/PA. Recorrente: Maria Eulina de Sousa Fernandes. Recorrido: Luis Alfredo Amim Fernandes e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes Brasília, 01 de outubro de 2004. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>. Acesso em: 04 de abril de 2011, às 17h 23 min.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Portuguesa Anotada**, 1ª ed. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BUCHALLA, Anna Paula. Meu pai é gay, minha mãe é lésbica. In: **Revista Veja**. São Paulo, 11 jul. 2001.

Conselho de Supervisão de Juízes da Infância e da Juventude – CONSIJ. Sentenças. **Revista do Juizado da Infância e da Juventude**. Porto Alegre, ano III, n.6/7, p. 54, jul./nov. de 2005. Disponível em: <http://jjj.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/REVISTA/REVISTA+6-7.PDF> . Acesso em: 19 de março de 2011, às 22h.

Departamento de Informática do SUS. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde.** Disponível em <http://www.datasus.gov.br/cid10/v2008/webhelp/f60_f69.htm>. Acesso em: 03 de março de 2011, às 15h.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.

_____ **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOBRIANSKYJ, Lúcia Natalia Weber. **Pais e filhos por adoção no Brasil: características, expectativas e sentimentos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. Abandono e institucionalização de crianças no Paraná. In: FREIRE, Fernando [org.]. **Adoção e Abandono**. Curitiba. Terres dês hommes, 1991.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **O Companheirismo: Uma espécie de família**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUGGENBUL-CRAIG, Adolf. **O abuso do poder na psicoterapia – e na medicina, serviço social, sacerdócio e magistério**. Tradução de Roberto Gambini. Rio de Janeiro: Achiamé, 1978.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Levantamento Nacional de Abrigos para crianças e adolescentes da REDE SAC**. Rio de Janeiro: 2003. Disponível em: <<http://portaldovoluntario.org.br/documents/0000/0189/109726162757.pdf>>. Acesso em: 25 de abril de 2011, às 21h30min.

Instituto Brasileiro de Direito das Famílias. **PL 2285/07- Estatuto das Famílias: Justificativa**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?observatorio&proposicoes&p=2>>. Acesso em: 20 de abril de 2011, às 19h35min.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em 05 de maio de 2011, às 12h10min.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito ao Reconhecimento para Gays e Lésbicas. In: PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela (coords.). **Direitos Humanos: Fundamento, Proteção e Implementação**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

MAXIMILIANO, CARLOS. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OTTOSON, Daniel. **Homofobia do Estado**: Uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo – um relatório da ILGA. Disponível em: <ilga.org/statehomophobia/Homofobia_do_Estado_ILGA_2009.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2011, às 15h40min.

PRESTES, Érika Parecida; VIANNA, Túlio. **A História da Homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo**. Disponível em: <www.tuliovianna.org>. Acesso em: 13 de abril de 2011, às 16h 15 min.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, 17 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In: [org.] **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Caio Mário Pereira da. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA, Giselly. Número de pretendentes supera em quase seis vezes o de crianças aptas a serem adotadas. In: **Agência CNJ de Notícias**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1396:numero-de-pretendentes-supera-em-quase-seis-vezes-o-de-criancas-aptas-a-serem-adotadas&catid=223:cnj&Itemid=583>. Acesso em 25 de abril de 2011, às 21h15min.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Ulisses e o canto das sereias: Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13229>>. Acesso em: 20 de março de 2011, às 14h.

Uruguai aprova lei que permite união civil de homossexuais. **Estadão Online**, 19 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://estadao.com.br/noticias/geral,uruguai-aprova-lei-que-permite-uniao-civil-de-homossexuais,98352,0.htm>> . Acesso em: 20 de março de 2011, às 11h17min.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. São Paulo: Método, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2006.

ANEXO A - Resolução do Conselho Federal de Psicologia n° 01/1999, de 22 de março de 1999.

Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual.

O Conselho Federal de Psicologia, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

Considerando que o psicólogo é um profissional da saúde;

Considerando que na prática profissional, independentemente da área em que esteja atuando, o psicólogo é frequentemente interpelado por questões ligadas à sexualidade.

Considerando que a forma como cada um vive sua sexualidade faz parte da identidade do sujeito, a qual deve ser compreendida na sua totalidade;

Considerando que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão;

Considerando que há, na sociedade, uma inquietação em torno de práticas sexuais desviantes da norma estabelecida sócio-culturalmente;

Considerando que a Psicologia pode e deve contribuir com seu conhecimento para o esclarecimento sobre as questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações;

RESOLVE:

Art. 1° - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade.

Art. 2° - Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

Art. 3° - os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados.

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

Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica.

Art. 5º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º - Revogam-se todas as disposições em contrário.

Brasília, 22 de março de 1999.

ANA MERCÊS BAHIA BOCK

Conselheira Presidente

**ANEXO B - Circular nº 257/2004 da Superintendência de Seguros Privados do
Ministério da Fazenda, de 21 de junho de 2004.**

Regulamenta o direito do companheiro ou companheira homossexual à percepção de indenização em caso de morte do outro, na condição de dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais, como beneficiário do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre, ou por sua Carga, a Pessoas Transportadas ou não - Seguro DPVAT.

O Superintendente Da Superintendência de Seguros Privados- SUSEP, em cumprimento à antecipação de tutela concedida pelo Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo (Proc. 2003.61.00.026530-7), nos autos da ação civil pública, movida pelo Ministério Público Federal em face da SUSEP e tendo em vista o disposto no Processo SUSEP nº. 15414.004252/2003-74, resolve:

Art. 1º. Tornar público que, por força de decisão judicial, o companheiro ou companheira homossexual fica equiparado ao companheiro ou companheira heterossexual na condição de dependente preferencial da mesma classe, com direito à percepção da indenização referente ao seguro DPVAT, em caso de morte do outro, aplicando-se o disposto no art. 4º, § 1º, da lei 6.194, de 19 de dezembro de 1.974, com a redação determinada pela lei nº 8.441, de 13 de julho de 1.992.

Art. 2º. Esta Circular entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 21 de junho de 2004.

ANEXO C- Resolução nº 39/2007 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de agosto de 2007

Dispõe sobre o instituto da dependência econômica no âmbito do Conselho Nacional de Justiça.

A Presidente do Conselho Nacional de Justiça, no uso de suas atribuições legais, e considerando o disposto no artigo 185, TI, da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990,

Resolve:

Art. 1º. O reconhecimento de dependente econômico de servido, para fins de concessão de benefícios no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, obedece ao disposto nesta Resolução.

Art. 2º. Podem ser reconhecidos como dependentes econômicos de servidor:

I - cônjuge ou companheiro(a);

II - filhos, enteados e menores tutelados ou sob guarda judicial;

III - pai e mãe, genitores ou adotantes, bem como padrasto e madrasta, comprovadamente não dependentes entre si;

IV - portadores de necessidades especiais;

V - companheiro de união homoafetiva.

§ 1º. O reconhecimento da dependência econômica para as pessoas citadas nos incisos II (quando maiores de 21 anos), III e IV, está sujeito à comprovação de que o dependente não possui rendimento próprio em valor igual ou superior a vinte e dois por cento do vencimento do padrão 1, classe A, do cargo de Técnico Judiciário.

§ 2º. Não caracterizam rendimento próprio valores percebidos pelos filhos a título de pensão alimentícia.

§ 3º. Os dependentes econômicos indicados no inciso II deste artigo, observado o disposto no § 1º, são assim considerados somente até a idade de 21 anos ou até 24 anos se estudantes matriculados regularmente em estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de ensino médio.

§ 4º. A emancipação dos dependentes econômicos citados no inciso I faz cessar a condição de dependência para os fins de que trata esta Resolução.

§ 5º. A separação, o divórcio ou a dissolução da união estável do beneficiário titular faz cessar a condição de dependência para as pessoas indicadas no inciso I deste artigo.

§ 6º. É vedada a inscrição de dependentes de pensionistas.

Art. 3º. A dependência econômica é comprovada mediante declaração firmada pelo beneficiário titular e apresentação de cópia e original dos seguintes documentos do dependente:

I - cônjuge ou companheiro(a):

- cédula de identidade;

- CPF;

- certidão de casamento civil ou comprovação de união estável como entidade familiar, na forma regulamentada neste Conselho;

II - filhos, enteados ou menores tutelados ou sob guarda judicial:

a) menores de 21 anos:

- certidão de nascimento;

- CPF, se houver;

b) maior de 21 e menor de 24 anos:

- certidão de nascimento;

- CPF;

- comprovante de matrícula em curso de graduação em nível superior, apresentado semestralmente, ou em curso técnico de ensino médio, apresentado anualmente;

III - pai e mãe, genitores ou adotantes, bem como padrasto e madrasta:

- cédula de identidade;

- CPF;

- comprovante de rendimentos de ambos, caso vivam em conjunto, ou só de um, se for viúvo(a), separado(a) judicialmente ou divorciado(a);

IV - portadores de necessidades especiais impossibilitados de exercer atividade laboral, enquanto durar a patologia, e pelos quais o beneficiário titular seja legalmente responsável:

- certidão de nascimento ou cédula de identidade;
- laudo médico homologado pela Secretaria de Serviços Integrados de Saúde;
- comprovação ou declaração de que reside com o beneficiário titular;
- comprovação ou declaração de não ser dependente de outra pessoa além do beneficiário titular.

§ 1º. Quanto as pessoas enumeradas nos incisos II - b, III e IV, é necessário que o beneficiário titular:

a) apresente anualmente cópia acompanhada do original da última declaração de Imposto de Renda, na qual deve constar o dependente;

b) apresente cópia acompanhada do original da declaração emitida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS referente a contribuições efetuadas ou a benefícios percebidos.

§ 2º. Para os enteados, além dos documentos citados no inciso II e no § 1º deste artigo, o beneficiário titular deve apresentar comprovante ou declaração de residência em comum e cópia acompanhada do original da certidão de casamento ou comprovação da união estável com o pai ou a mãe do enteado, na forma regulamentada neste Conselho.

§ 3º. Para o menor tutelado ou sob guarda judicial, além dos documentos citados no inciso II e no § 1º deste artigo, o beneficiário titular deve apresentar cópia acompanhada do original do termo de guarda judicial ou tutela.

§ 4º. Para o padrasto e a madrasta, além dos documentos citados no inciso III e no § 1º deste artigo, o beneficiário titular deve apresentar cópia acompanhada do original da certidão de casamento ou comprovação da união estável do genitor, na forma regulamentada neste Conselho.

Art. 4º. No requerimento inicial de inclusão de dependente, o beneficiário titular deve expressamente manifestar vontade quanto à concessão da pensão vitalícia de que trata o art. 217, I, "c" da Lei nº 8.112/1990 e da pensão temporária prevista em seu art. 217, II, "d".

Art. 5º. São de responsabilidade exclusiva do beneficiário titular, sob as penas da lei, as informações, as declarações e os documentos apresentados.

Art. 6º. O beneficiário titular deve comunicar, sob as penas da lei, no prazo de 30 dias da ocorrência, qualquer fato que implique a exclusão do dependente ou alteração havida na relação de dependência.

Art. 7º. A comprovação da situação de dependência econômica será exigida, anualmente, pela Administração, mesmo depois de autorizado o reconhecimento.

Parágrafo Único. O dependente será excluído:

- a) se os documentos solicitados não forem apresentados;
- b) se perder a condição de dependência econômica, nos termos desta Resolução.

Art. 8º. A inclusão de dependentes para fins de Imposto de Renda observará os critérios e requisitos estabelecidos em leis e atos normativos editados pelo órgão fazendário.

Art. 9º. Os casos omissos serão resolvidos pelo Secretário-Geral do Conselho.

Art. 10. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Publicada no DOU nº 27, de 17 de agosto de 2007.

Min. Ellen Gracie, Presidente.

ANEXO D- Projeto de Lei N° 1.151/ 1995

(Deputada Marta Suplicy)

Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais assegurados nesta Lei.

Art. 2º - A união civil entre pessoas do mesmo sexo constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro de Pessoas Naturais.

§ 1º - Os interessados e interessadas comparecerão perante os oficiais de Registro Civil exibindo:

I - prova de serem solteiros ou solteiras, viúvos ou viúvas, divorciados ou divorciadas;

II - prova de capacidade civil plena;

III - instrumento público de contrato de união civil.

§ 2º - O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de união civil.

Art. 3º O contrato de união civil será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado. Deverá versar sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Parágrafo único - Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação do patrimônio comum.

Art. 4º - A extinção da união civil ocorrerá:

I - pela morte de um dos contratantes;

II - mediante decretação judicial.

Art. 5º - Qualquer das partes poderá requerer a extinção da união civil:

I - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II - alegando desinteresse na sua continuidade.

§ 1º - As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção da união civil.

§ 2º - O pedido judicial de extinção da união civil, de que tratam o inciso II e o § 1º deste artigo, só será admitido após decorridos 2 (dois) anos de sua constituição.

Art. 6º - A sentença que extinguir a união civil conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no instrumento público.

Art. 7º - O registro de constituição ou extinção da união civil será averbado nos assentos de nascimento e casamento das partes.

Art. 8º É crime, de ação penal pública condicionada à representação, manter o contrato de união civil a que se refere esta lei com mais de uma pessoa, ou infringir o § 2º do art. 2º.

Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Art. 9º - Alteram-se os artigos da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art. 33 - Haverá em cada cartório os seguintes livros, todos com trezentas folhas cada um:

(...)

III - B - Auxiliar - de registro de casamento religioso para efeitos civis e contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

35 - dos contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo que versarem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de união civil entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro”.

Art. 10 - O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de união civil com pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 11 - Os artigos 16 e 17 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 16 (...)

§ 3º. Considera-se companheiro ou companheira a pessoa que, sem ser casada, mantém com o segurado ou com a segurada, união estável de acordo com o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, ou união civil com pessoa do mesmo sexo nos termos da lei.

Art. 17 (...)

§ 2º. O cancelamento da inscrição do cônjuge e do companheiro ou companheira do mesmo sexo se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado".

Art. 12 Os artigos 217 e 241 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 217. (...)

c) a companheira ou companheiro designado que comprove a união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

(...)

Art. 241. (...)

Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove a união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei."

Art. 13 - No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham a união civil com pessoa do mesmo sexo.

Art. 14 - São garantidos aos contratantes de união civil entre pessoas do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão regulados pela Lei nº 8.971, de 28 de novembro de 1994.

Art. 15 - Em havendo perda da capacidade civil de qualquer um dos contratantes de união civil ente pessoas do mesmo sexo, terá a outra parte a preferência para exercer a curatela.

Art. 16 - O inciso I do art. 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113. (...)

I - ter filho, cônjuge, companheira ou companheiro de união civil ente pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira".

Art. 17 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18 - Revogam-se as disposições em contrário.

ANEXO E- Substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.151/95

(Deputado Roberto Jefferson)

Disciplina a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional Decreta:

Art. 1º. É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil registrada, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta Lei.

Art. 2º. A parceria civil registrada constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais na forma que segue.

§ 1º. Os interessados comparecerão perante os Oficiais de Registro Civil, apresentando os seguintes documentos:

I.- declaração de serem solteiros, viúvos, ou divorciados;

II.- prova de capacidade civil absoluta, mediante apresentação de certidão de idade ou prova equivalente;

III.- instrumento público do contrato de parceria civil.

§ 2º. Após a lavratura do contrato a parceria civil deve ser registrada em livro próprio no Registro Civil de Pessoas Naturais

§ 3º. O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de parceria civil registrada.

Art. 3º. O contrato de parceria registrada será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado e versando sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

§ 1º. Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação de patrimônio comum.

§ 2º. São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

Art. 4º. A extinção da parceria registrada ocorrerá:

- I.- pela morte de um dos contratantes;
- II.- mediante decretação judicial;
- III.- de forma consensual, homologada pelo juiz.

Art. 5º. Qualquer das partes poderá requerer a extinção da parceria registrada:

- I.- demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;
- II.- alegando o desinteresse na sua continuidade.

Parágrafo único. As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção de sua parceria registrada.

Art. 6º. A sentença que extinguir a parceria registrada conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no contrato.

Art. 7º. É nulo de pleno direito o contrato de parceria registrada feito com mais de uma pessoa ou quando houver infração ao § 2º do artigo 2º desta Lei.

Parágrafo único. Ocorrendo a infração mencionada no caput, seu autor comete o crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do artigo 299º do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 8º. Alteram-se os arts. 29, 33 e 167 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art.29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais

(...)

IX - os contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Parágrafo 1º. Serão averbados:

(...)

g) a sentença que declarar e extinção da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33. Haverá em cada cartório, os seguintes livros:

(...)

III - E - de registro de contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

35 - dos contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo que versem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro."

Art. 9º. O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 10. Registrado o contrato de parceria civil de que trata esta Lei, o parceiro será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

Parágrafo único. A extinção do contrato de parceria implica o cancelamento da inscrição a que se refere o caput deste artigo.

Art. 11. O parceiro que comprove a parceria civil registrada será considerado beneficiário da pensão prevista no art. 217, I, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 12. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo.

Art. 13. São garantidos aos contratantes de parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições:

I.- o parceiro sobrevivente terá direitos, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos desde;

II.- o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora não sobrevivam ascendentes;

III.- na falta de descendentes e ascendentes, o parceiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança;

IV.- se os bens deixados pelo autor da herança resultar de atividade em que haja a colaboração do parceiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 14. O art. 454 da Lei 3071, de 1º de janeiro de 1916, passa a vigorar acrescido de § 3º, com a redação que se segue, passando o atual § 3º a § 4º:

"Art. 454. (...) § 1º (...) § 2º (...) § 3º Havendo parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, a esta se dará a curatela.

Art. 15. O art. 113 da Lei 6.815, de agosto de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art 113. (...) VI - ter contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira."

Art. 16. É reconhecido aos parceiros o direito de composição de rendas para aquisição da casa própria e todos os direitos relativos a planos de saúde e seguro de grupo.

Art. 17. Será admitida aos parceiros a inscrição como dependentes para efeitos de legislação tributária.

Art. 18. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 19. Revogam-se as disposições em contrário.

Sala da Comissão, em 10 de dezembro de 1996.