

CASAMENTO E ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Claudemir Ferreira Xavier**

RESUMO

O Estado Brasileiro sempre dedicou importância a esta instituição, muito embora por longo período haja reconhecido apenas a família matrimonial. A Constituição de 1988 lhe dedicou tratamento mais extensivo, expandindo os efeitos jurídicos da família legítima para além da família matrimonial. Esta proteção se funda na importância que este grupo social desenvolve na formação psicossocial do indivíduo. Assim, operou-se radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. A partir de levantamento bibliográfico e legal verifica-se que a personalidade de cada pessoa e sua orientação sexual merecem respeito de toda a sociedade e proteção pelo Direito, uma vez que a dignidade é atributo importante e inerente a todo ser humano. Desse modo, em qualquer relação há que se observar a presença do afeto, e existindo ele, o relacionamento deve ser preservado independente da opção sexual de seus integrantes. Partindo dessas premissas, não se permite influência do Estado na vida afetiva do indivíduo, tampouco na sua opção sexual, devendo ser-lhe assegurado o direito de constituir família com pessoa do mesmo ou do sexo oposto, bem como, o direito à adoção, embora, a sociedade não se encontre preparada para aceitar a adoção homoafetiva. A humanidade, no entanto, vem evoluindo rapidamente e muitas transformações estão ocorrendo e, por ser um fenômeno social, a adoção por casais homoafetivos tem grande relevância para o Direito. Assim, neste estudo, constata-se cabível a admissão da união homoafetiva como um modelo de família que merece a proteção do Estado na forma do artigo 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Família. Adoção. Homoafetivos. Interesse

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Carta Magna Brasileira de 1988 trouxe a preocupação com a igualdade, a cidadania e a dignidade de todos os indivíduos. Existe assim, a primazia pela construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. No entanto, quando se trata dos direitos dos homossexuais, esses princípios muitas

* Graduado em Administração pela Universidade Vale do Acaraú- UVA, Pós- Graduado em Direito Público Direito pela Faculdade Entre Rios do Piauí- FAERPI e Acadêmico de Direito do 8º Semestre da Faculdades Nordeste- Fanor

vezes não são observados. Uma área em que tal posicionamento pode ser citado é a relativa aos institutos do casamento e da adoção, no ramo do Direito de Família. Como a legislação não contempla explicitamente os casais homossexuais nos referidos institutos familiares, eles sempre devem recorrer ao judiciário, na esperança de verem acolhidas suas demandas. Isto é possível, também, por que, pelo artigo 5º, XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Observe-se que as Constituições anteriores, bem como, o Código Civil de 1916, apenas reconheciam como família, aquela decorrente do casamento, como instituição de produção e reprodução dos valores sociais, culturais, éticos, religiosos e econômicos. A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 colocam a família sob o enfoque da tutela individualizada dos seus membros, ou seja, a visão constitucional antropocêntrica que coloca o homem como centro da tutela estatal, valorizando o indivíduo e não apenas a instituição familiar. Valoriza-se a dignidade da pessoa humana como princípio inerente ao Direito de Família. Nesse sentido,

O Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do Direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, como preleciona Rodrigo da Cunha, ‘é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania’. A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, acrescenta o mencionado autor, que ainda enfatiza: ‘Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um declínio do patriarcalismo e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as instituições democráticas (GONÇALVES, 2005, p. 9).

Assim, o princípio da dignidade humana constitui base da comunidade familiar garantida o pleno desenvolvimento e a realização dos seus membros, com ênfase na criança e do adolescente, sendo que, ante a nova concepção de família, não há que se falar em crise, desagregação e desprestígio, salientando-se que a família passa, sim, por profundas modificações, mas como organismo natural, ela não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização (DINIZ, 2005).

A Constituição Federal de 1988 consagra a proteção à família no artigo 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a família adotiva. Assim, é reconhecida a célula familiar

independentemente da existência de matrimônio. Saliente-se que a família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e a execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social, pois, do ponto de vista sociológico, inexistente um conceito unitário de família (VENOSA, 2005).

Assim, enquadrar, hoje, as uniões homoafetivas dentro do âmbito da família são mais do que uma questão constitucional, trata-se de uma postura ética. Ao contrário do que se pensa considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar não vai transformar a família nem vai estimular a prática homossexual. Apenas levará um maior número de pessoas a sair da clandestinidade e deixar de ser marginalizadas (DIAS, 2006).

Como resultado de opção sexual diversa daquela que o casamento ou mesmo a união estável pressupõe, muitas famílias brasileiras são compostas pela união entre duas pessoas de um mesmo sexo. O direito fundamental à liberdade autoriza a pessoa a assumir uma postura sexual diversa daquela natureza biológica que possui. A par de critérios religiosos ou ideológicos incidentes sobre o tema, não há como se negar o direito à opção sexual no contexto constitucional brasileiro.

A sociedade não se encontra preparada para aceitar a adoção homoafetiva, nem para se posicionar em relação ao tema, pois tudo que é inovador acaba sendo visto com certo temor. Mas a humanidade vem avançando rapidamente, muitas transformações estão ocorrendo e, por ser um fenômeno social, a adoção por casais homoafetivos tem grande relevância para o Direito. O Direito nasce dos fatos sociais, das relações travadas entre os seres humanos. Assim, com lei ou sem norma, os fatos acabam por se impor perante o Direito, e este tem que se adaptar àqueles.

Trata-se de uma nova teoria e discussão que se pode imprimir ao Direito de Família, bem como aos direitos reivindicados pelos homossexuais. Assim, neste artigo não somente será discutida a união estável homoafetiva, mas também, será apontada uma possibilidade para que o casamento entre homossexuais possa ser realizado no Brasil, bem como, a adoção de menores por parte destes.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE FAMÍLIA E CASAMENTO NO BRASIL

2.1 Origem

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado (Art. 16). Tradicionalmente, tem-se que a família legítima é aquela constituída a partir do casamento¹. Desse modo, “para a população brasileira, a família tem significado abrangente”, sendo tudo e valendo por tudo. “Como unidade de vida social e centro de vivência e convivência da maioria, torna-se ambiente privilegiado para a construção da consciência e conseqüentemente da subjetividade dos indivíduos” (OSTERNE, 2004, p. 54).

Anote-se que, no plano internacional, o Brasil é signatário dos principais pactos sobre direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Pacto de São José da Costa Rica e a Carta de Viena de 1993. Após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, esses tratados são equivalentes a emendas constitucionais, conforme enunciamento do art. 5º, §3º, da CF, evidenciando resguardo da família e dos princípios da liberdade, igualdade e da dignidade humana (SILVA, 2006).

O artigo 1.514 do Código Civil vigente, instituído através da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, estabelece que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados” (BRASIL, 2002). O casamento, nesse sentido,

É a sociedade do homem e da mulher que se unem para perpetuar sua espécie, para se ajudar, por assistência mútua, a suportar o peso da vida e para compartilhar do mesmo destino. No direito brasileiro, [...] “casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexos diferentes se unem, [...] sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida.” Mais recentemente somam-se aos conceitos de Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e Maria Helena Diniz, respectivamente: “o casamento é o contrato de Direito de Família que tem por fim promover a

¹Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (artigo 25, parágrafo único da Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009).

união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.” O casamento é a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente. “É o vínculo jurídico entre homem e mulher que visa ao auxílio mútuo e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família legítima.” [...] A doutrina ensina que para haver casamento é preciso que haja a diversidade de sexos, a celebração solene e a manifestação do consentimento dos nubentes. [...] Assim, a análise da teoria da inexistência se impõe (LOPES, 2003, p. 62-71).

Afastando a discussão acerca da formação da família a partir do casamento, verifica-se que a busca pela identificação da origem da família leva a considerar o questionamento acerca de sua natureza como associação natural ou cultural. A condição natural de “animal social” atribuída ao ser humano é defendida por Aristóteles. Nesse sentido, o homem tende para a convivência em coletividade e o primeiro agrupamento onde essa essência se realiza é na família. As organizações familiares existiriam antes, inclusive, do que se entende por civilização, ou seja, no período histórico em que o homem é caracterizado como um selvagem. A família se constituía em um grupo natural de indivíduos unidos por laços biológicos (ENGELS, 1979).

Os grupos familiares apresentavam diversas formas de organização, podendo ser identificadas tribos que adotavam tanto a monogamia quanto a poligamia. As uniões entre membros de tribos diferentes ocorriam raramente. No Brasil, os arranjos familiares entre as comunidades indígenas podem ser notados antes da chegada dos colonizadores portugueses. A família é o único grupo social presente ainda no “estado de natureza”, sendo, portanto, a mais antiga de todas as sociedades. O caráter natural da família refere-se à necessidade de procriação, sem a exigência do vínculo biológico com os pais (ROUSSEAU, 1983).

Ressalte-se que, na História, a família sempre teve importância para a estrutura social. Na Grécia e na Roma antigas, assumia o caráter de “associação religiosa que celebrava, sob a direção do pai, o culto doméstico”. A religião, embora não tenha dado origem à família, contribuiu para a determinação de suas regras. Assim, “por muito tempo, a família caminhou apenas como uma instituição regulada pela religião, de sorte que se confundiam a disciplina da religião e a regulamentação desenvolvida ulteriormente pelo Estado confessional” (MENEZES, 2008, p.3).

Já no que pese à origem do termo, convém recuperar Engels (1979), para encontrar que “família” deriva de *famulus* (escravo doméstico), tendo sido expressão criada pelos romanos para designar um novo grupo social

surgido entre as tribos latinas, quando da introdução da agricultura e da escravidão legal e que se compunha de um chefe que mantinha sob seu poder, a mulher, os filhos e certo número de escravos, com poder de vida e morte sobre todos os “paterpotestas”. Daí por diante, o termo tem servido para designar agrupamentos sociais e instituições essencialmente díspares entre si, tanto do ponto de vista de sua estrutura como de suas funções (OSTERNE, 2004, p. 38).

No período do Brasil Imperial, a família seguia a disciplina da igreja católica, sendo que, o catolicismo era a religião oficial do Estado brasileiro, insculpida no Art. 5º da Constituição Imperial. O matrimônio resultava de um casamento religioso e a família tinha organização patriarcal. Mesmo com a instituição do Estado laico, do casamento civil e do advento da República, a disciplina da família era fortemente influenciada pelo modelo professado pela igreja católica apostólica romana (MENEZES, 2008).

Palavras afins como pai, mãe, filhos, casa, unidade doméstica, casamento e parentesco estão congregadas na definição dominante de família. Trata-se de um “conjunto de aparentados que se ligam entre si por aliança, casamento, filiação, adoção ocasional ou afinidade” formando a ideia de família “legítima”, “normal” interiorizada no imaginário da maioria das pessoas. Comumente pressupõe-se que tais indivíduos habitem uma mesma casa, formem um único lar (OSTERNE, 2004).

O reconhecimento e a proteção do Estado antes da Constituição Federal de 1988 eram garantidos apenas à família matrimonial. A discriminação e a negação da religião e do Estado recaiam sobre as demais organizações familiares que, embora não tivessem existência jurídica, palpitavam na vida real. Socialmente, embora sendo importante na formação da pessoa, a organização da família e a sua própria essência sofreram alterações e “tratar da família na atualidade com o olhar voltado para família do século XIX conduzirá a conclusões escatológicas não muito animadoras. A família mudou” (MENEZES, 2008). Ressalte-se que

O modelo burguês de família centrado na criança, no lar e no patrimônio, cujo padrão emocional se definia pela autoridade restrita aos pais e “profundo amor parental pelos filhos”, teria se instalado, primeiramente, nos meios burgueses, antes de se estender progressivamente a toda a sociedade (OSTERNE, 2004, p. 35).

O modelo único de família se estabeleceu exatamente em face da existência de um desejo contrário a ele. A negação de existência aos demais arranjos familiares não conteve a manifestação concreta dos mesmos. Na vida real,

os outros modelos de organização familiar que, pouco a pouco, foram ganhando destaque na jurisprudência e, até mesmo, ainda que de forma tímida, na legislação, foram mantidos (PEREIRA, 2003). Considere-se que,

É possível, portanto, constatar que o estudo da família brasileira, embora remontando ao início do período colonial, só vai tomar maior impulso durante a década de 70. A abundância e o ineditismo das fontes primárias, combinados com a pluralidade de assuntos que o tema comporta (mulher, criança, sexualidade, educação, etc.) iriam servir para colocar definitivamente a História da Família no Brasil, como uma área particular de conhecimento e pesquisa, notadamente na década de 80 (OSTERNE, 2004, p. 53).

Considerando a família uma instituição cultural e, portanto, em constante mutação, o direito não poderia fechar os olhos aos novos arranjos familiares. Novos tipos de grupamentos humanos marcados por interesses comuns e pelos cuidados e compromissos mútuos não de ser considerados como novas entidades familiares a serem tuteladas pelo direito. Não se deve permitir a limitação da ideia de família a alguns modelos específicos, mormente quanto ao interesse constitucional que prima pela inclusão, a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e o respeito à pluralidade e à diversidade (PEREIRA, 2006).

2.2 Arranjos Familiares no Brasil

O Conceito de família, entendida modernamente como “um agrupamento aberto, plural, multifacetário, personalista, irradiador da felicidade de cada um dos seus membros, onde o afeto é o seu solitário requisito de constituição”, foi consagrado pela primeira vez, no plano infraconstitucional, a partir do art. 5º, II, da Lei nº. 11.340/2006 – “Lei Maria da Penha” (ALVES, 2008).

Ressalte-se que, a Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 226, proporcionou uma transformação no âmbito de vigência da tutela constitucional à família, onde não se faz referência a um determinado tipo de arranjo familiar, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Assim, foi suprimida a locução “constituída pelo casamento”, a qual não foi substituída por outra, colocando-se sob a tutela constitucional, “a família”, ou seja, qualquer família (PEREIRA, 2006).

A compreensão do fim social e da complexidade de sua natureza atribuídos ao artigo 226 da Constituição Federal de 1988 é necessária para a delimitação da extensão do conceito de família. Saliente-se que a disciplina dessa entidade não ocorre somente no campo do direito, mas também, da sociologia, da antropologia, da psicologia e da psicanálise. “Interessa à ética, à moral, à religião e aos costumes.” A ampliação do conceito de família é fruto da teoria dos direitos humanos firmado na pessoa. A família matrimonial perde o foco e ganham proteção todas as organizações familiares, cujo fim seja a humanização da pessoa (PEREIRA, 2006).

Os novos arranjos familiares no Brasil, constituídos através de formas diferentes que não o casamento, tiveram o reconhecimento gradativo, forçado pela jurisprudência que culminou com a constitucionalização de uniões sem o requisito do matrimônio e sem a condição de ligar necessariamente o casamento com o sexo e a reprodução.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da família, estabelece em seu artigo 226, § 3º que, “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”. No § 4º, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes é entendida, também, como entidade familiar, gerando, neste caso, a ideia de inclusão, o que torna os tipos nela previstos, meros exemplos, pelo fato de serem os mais comuns. Assim,

Uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição não permitiria o confinamento da ideia de família aos três modelos específicos ali consignados. Especialmente considerando um modelo constitucional firmado na defesa da dignidade da pessoa humana, nos direitos fundamentais, no respeito à pluralidade e à diversidade, que prima pela inclusão (MENEZES, 2008, p. 121).

Diante da proteção à família a ser efetivada pelo Estado e da admissão da existência da união estável como entidade familiar, conforme o texto constitucional depreende-se que os outros tipos de arranjos familiares são merecedores de proteção equivalente àquela que é dedicada à família formada a partir do matrimônio.

Desse modo, o Estado deverá assegurar “a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (artigo 226, § 8º). Observa-se o primar pela proteção à

pessoa em detrimento da instituição, já que esta possui proteção mediata no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas que a integram (BRASIL, 1988).

A união estável foi inicialmente instituída através da Lei nº 8.971/94 que previa como requisito para tipificar esse instituto jurídico, um período de convívio de cinco anos ou a existência de filhos. Diante das críticas, foi editada a Lei nº 9.278/96 que afastou tais empecilhos e motivou a inclusão do artigo que lhe é referente na Constituição Federal de 1988 (MENEZES, 2008).

A família, atualmente, centra-se no conceito de dignidade humana, correspondendo a “uma instituição repersonalizada e despatrimonializada que se despe de uma jurisprudência de interesses patrimoniais para atender para os valores existenciais que privilegiam a pessoa humana” (PERLINGIERI, 1997).

Antes de ser patriarcal, esta mesma família tem o foco voltado para os filhos, no sentido do desenvolvimento da personalidade destes. Nesse sentido, os institutos do poder familiar e da guarda, que são orientados para o melhor interesse da criança (BRASIL, 2002).

Verifica-se que a sociedade estabelece “molduras para enquadrar as pessoas, as relações e as coisas que receberão dignidade jurídica”. Ocorre que, tais molduras não são suficientes para abarcar os fatos como um todo, o que gera exclusões, contribuindo para a formação de estruturas marginalizadas. Na medida em que os fatos sociais não contemplados nestas molduras jurídicas se impõem, ganham coloração jurídica, mas isso não ocorre sem um prévio embate com forças ideológicas antagônicas. Conclui-se que a família se sujeita “às mudanças que o caminhar dos tempos proporciona” (MENEZES, 2008, p. 122).

Uma amostragem dos arranjos familiares existentes no Brasil pode ser expressa a partir da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios –PNAD desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. No citado documento pode ser encontrado o modelo matrimonial que é formado, ou com filhos biológicos, com filhos biológicos e adotivos, com filhos adotivos ou sem filhos. A união estável heterossexual: com filhos biológicos; com filhos biológicos e adotivos; com apenas filhos adotivos; sem filhos. A família monoparental: com pai ou mãe e descendentes biológicos; com pai ou mãe e descendentes biológicos e adotivos; com pai ou mãe e apenas filhos adotivos (BRASIL, 2000).

São identificadas, também, relações como a união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe, a exemplo do grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais; de pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos conviventes, com ou sem filhos. Ainda, a comunidade afetiva formada com filhos de criação – sem laços de filiação natural ou adotiva regular; a família matrimonial, a união estável e a família monoparental já com previsão constitucional expressa (MENEZES, 2008).

3 A UNIÃO HOMOAFETIVA

A referência aos vocábulos “homem” e “mulher” no artigo 226, § 5º da Constituição Federal de 1988, bem como, nos artigos 1.514, 1.565 e 1.567 do Código Civil Brasileiro serve de argumento para que, parte da doutrina nacional use-os como argumento para sustentar a inexistência da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Quanto ao direito civil, observa-se que este “perde a unidade sistemática, assentada, de maneira estável e duradoura no Código Civil, para receber regramento de outras leis e, principalmente, os influxos dos princípios e regras constitucionais” (TEPEDINO, 2001, p. 10).

A união homoafetiva² é caracterizada pela relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, com características de uma união estável nos termos da lei, constatada como um fato social, não ignorada pelo Poder Judiciário e, ainda assim, carente de tutela jurisdicional. Verifica-se que, o matrimônio é permeado de formalidades, visando colher apenas o consentimento dos nubentes. No momento em que isso acontece, eles passam a ostentar o estado de casados. Assim, “o ato de celebração representa o elemento formal do casamento, emprestando-lhe efeito constitutivo” (DIAS, 2005, p. 34). Em sentido diverso, observa-se que

² Neologismo cunhado por Dias (2006) na primeira edição da obra.

Por mais estável que seja, a união sexual entre pessoas do mesmo sexo – que morem juntas ou não – jamais se caracteriza como entidade familiar. A não configuração de família, nestes casos, é resultante não de uma análise sobre a realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas sim da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo, não formam um núcleo de procriação humana e de educação de futuros cidadãos (CZAJKOWSKI, 2004, p. 172).

Ocorre que, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 adotou a família monoparental como entidade familiar, tendo como o escopo da família, a afetividade e não a possibilidade de procriação. No âmbito do direito das famílias, “qualquer tentativa de reconhecimento das uniões homoafetivas”, encontra resistência pelo fato de que muitas pessoas ainda acham que a única forma de amor válida é aquela que acontece entre o homem e a mulher.

Ressalte-se que é muito difícil realizar mudanças nos costumes de um povo, posto que qualquer uma que se tente fazer, sempre vem seguida por alguma oposição. Nesse sentido, segundo Dias (2005), o preconceito representa o obstáculo único que emperra a efetivação do casamento homossexual, apesar de que, nem a lei nem a Constituição, inclusive no capítulo referente aos impedimentos para o casamento, fazem menção à diferença de sexo dos nubentes.

Argumento em outro sentido, negando essa interpretação, fere o princípio da dignidade da pessoa, pois se configura como discriminação por orientação sexual, o que é vedado na Constituição Federal de 1988, embora sem previsão específica expressa, o que não é o obstáculo para o seu reconhecimento, não bastasse a explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente no texto normativo (RIOS, 2002)

Nesse sentido, observe-se que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, IV) “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Ressalte-se, ainda, que, pelo artigo 5º e inciso XLI, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, sendo que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, observe-se que,

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para concretização da democracia (MORAES, 2005, p. 3).

Assim, objetivando tornar efetivos os direitos fundamentais e completar as lacunas do ordenamento jurídico, cabe ao magistrado interpretar as normas de forma a respeitar e fomentar tais direitos, garantindo a preferência de tal interpretação sobre quaisquer outras possibilidades de interpretação que surjam. Nos casos de família homoafetiva, verificando-se a falta de legislação atinente, os magistrados “estão se valendo da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito para as soluções das controvérsias”. Tal se dá, com base nos artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC e 126 do Código de Processo Civil. Infere-se que as normas do art. 226 da Constituição Federal vigente são auto-aplicáveis, independem de regulação, portanto, a ausência de lei sobre o assunto não impede a existência de uniões homossexuais (FACCHINI, 2006).

Convém ressaltar que, além do direito geral de liberdade (art.5º, II, CF/88), o cidadão tem o direito geral de personalidade que lhe resguarda o livre desenvolvimento de sua personalidade. Assim, as decisões de natureza ético-existenciais são tomadas no campo de sua absoluta individualidade (OLIVEIRA, 2002). Cabe ao indivíduo avaliar se exercerá a sua sexualidade de modo a interessar-se pelo sexo oposto ou por pessoas do mesmo sexo seu. Trata-se, o exercício da sexualidade, de um direito personalíssimo, bem como, a decisão sobre manutenção ou mutação do próprio órgão sexual (GUERSI, 2005).

O casamento homoafetivo pode ser realizado de duas maneiras no Brasil. A primeira se dá pela conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo, em casamento, partindo da analogia com a união estável heteroafetiva, prevista no artigo 226, § 3º da Carta Magna: “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.”. A segunda maneira ocorre a partir da conversão da união estável em casamento combinada com a norma exposta no artigo 226, §1º da Constituição Federal de 1988: “O casamento é civil e gratuita a celebração” (BRASIL, 1988).

Aplica-se a conversão da união estável em casamento, com relação às uniões homoafetivas, inicialmente, por não haver determinação expressa ou qualquer outra situação que proíba tal aplicação. Utiliza-se, então, o princípio da analogia, haja vista que a Constituição forma uma unidade “que proíbe a aplicação isolada de uma norma constitucional e exige uma interpretação da norma em

conexão com outras normas constitucionais de tal modo que as contradições com outras normas sejam evitadas” (LOPES, 2003, p. 20). Isto posto, não seria possível fazer esta extensão se houvesse norma excluindo expressamente os casais homossexuais da união estável. Nesse contexto,

Tal qual as relações heterossexuais, as uniões homossexuais são vínculos afetivos [...] em que há comprometimento mútuo. A união estável configura um gênero que comporta mais de uma espécie: a união estável heterossexual e a união estável homossexual. [...] Sobretudo, as regras da união estável heterossexual, por analogia, são perfeitamente aplicáveis às uniões homossexuais (DIAS, 2004, p. 34).

A diversidade de sexos deixa de ser requisito essencial à constituição de uma união estável, a qual poderá ser convertida em casamento. Portanto, afastando-se a diversidade de sexos para a configuração de união estável, resulta, como consequência imediata, que essa diferença também estará suprimida para o casamento. Agora, convém, que se elabore o seguinte questionamento. Realizado o casamento homoafetivo, poderá se manifestar por parte deste, o instituto da adoção?

3.1 A Adoção por Casais Homoafetivos

A família, a sociedade e o Estado têm como dever assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, em condições de prioridade absoluta, “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”. Devem, também, “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” São os termos do artigo 227, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o texto constitucional, quanto ao instituto da adoção, estabelece que esta “será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (§ 5º), bem como, determina no § 6º do citado artigo, que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações,

proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

A Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, “dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente” (artigo 1º). A intervenção estatal, observando o estabelecido no artigo 226 da Carta Magna, terá como prioridade, conforme o § 1º do artigo 2º da citada Lei, a “orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada” (BRASIL, 2009).

Sendo impossível a permanência da criança e do adolescente na sua família natural, os mesmos serão “colocados sob adoção, tutela ou guarda, observadas as regras e princípios contidos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e na Constituição Federal (§ 1º). Conforme o artigo 19, § 3º da Lei em comento, “a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio” (BRASIL, 2009).

Observa-se, assim, que o Estado deve agir política e socialmente, a fim de promover os direitos das pessoas que se encontram juridicamente desamparadas, mesmo que a elas se dê tratamento diferenciado. Como se expôs nas linhas anteriores, entendendo-se que o casal homoafetivo, como outro qualquer, merece guarida na lei, também é inadmissível que sofra tratamento diferenciado no que tange aos direitos de família, incluindo-se nestes, o direito de adoção.

Nessa linha, pode-se afirmar que o matrimônio é um ato de vontade que depende da ação humana, ou seja, em se tratando de “relações jurídicas familiares, o pacto antenupcial, casamento, reconhecimento de paternidade, adoção, separação judicial, divórcio, integram a classe dos fatos jurídicos que dependem da ação e da vontade humana”. Não passa, assim, de um contrato de direito de família (PINHEIRO, 2002, p. 50).

Dessa forma, qualquer interpretação normativa divergente, não deve ser acolhida, haja vista, que fere de imediato o princípio da igualdade. Assim, deve-se ressaltar que, em um Estado Democrático de Direito, a busca é pela garantia de uma convivência harmoniosa entre pessoas que se apresentam sob a influência de

culturas e costumes muito diversos. Para que se estabeleçam os verdadeiros princípios democráticos, a pluralidade de idéias deve ser respeitada, observando-se o que dispõe o artigo 5º, IV da Constituição Federal, onde se lê que é “livre a manifestação do pensamento”. Portanto, qualquer forma de discriminação imposta a qualquer indivíduo desatenderá aos mandamentos referentes à dignidade da pessoa inseridos na Carta Magna.

Para Girardi (2005), em seu livro intitulado “Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais”, afirma que a percepção de que não há razões para se negar o direito de adoção ao casal homoafetivo surgiu gradualmente, observando-se que a criança desassistida por esse vínculo legal sofre grande prejuízo, quanto aos direitos a pensão alimentícia e outros, no caso de uma separação do par.

Assim, ao vedar a discriminação por sexo, raça, cor e origem e inserir o princípio de igualdade entre os direitos fundamentais dos cidadãos, a Constituição passou a ensejar a adoção por pessoas homoafetivas e também reconheceu como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo gênero. É o entendimento da MMA Juíza da 2.^a Vara da Infância e Juventude de Curitiba, Sra. Maria Lúcia de Paula Espíndola, para quem o STF ao reconhecer a união estável entre homossexuais só reforçou o que já previa a Constituição.

Decisões do STF conferem uma interpretação à Constituição compatível com os princípios da igualdade e da dignidade do ser humano. A adoção por casais homoafetivos é um fato presente na vida da sociedade brasileira e que merece reconhecimento pelo Judiciário no sentido de garantir os direitos decorrentes de uma situação semelhante à da união estável.

Assim, convém citar o Recurso Especial nº. 889852/RS julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, 4.^a Turma, em 24 de abril de 2010, cujo Relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão. Tratava-se de adoção de menores por casal homossexual. Verificou-se a presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a requerente, sendo imprescindível a prevalência do interesse dos menores. Também foi favorável ao pedido, o relatório da assistência social, em virtude da existência de reais vantagens para os adotandos. A medida foi deferida.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira nada dispõe sobre a homossexualidade, seja permitindo-a ou prevendo punições. Não há como negar a tutela ao direito de liberdade de orientação sexual, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual resulta no direito geral de personalidade; em face da proibição de qualquer discriminação. Assim, verifica-se cabível a admissão da união homoafetiva como um modelo de família a merece a proteção do Estado na forma do artigo 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Coletou-se que o legislador constituinte não caracterizou a família digna da tutela da proteção estatal. Este posicionamento pode ser reforçado a partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional que adota a dignidade da pessoa humana como princípio fundante. A admissibilidade constitucional da família homoafetiva é possível.

A repercussão das últimas decisões do STF e STJ, certamente influenciará na constituição de uma visão desprovida de preconceitos, na qual se verá que os casais homoafetivos podem obter administrativamente a habilitação de seus pedidos de adoção ou o reconhecimento da filiação, quando o menor já estiver sob sua guarda. Ocorre, no entanto que, não se tratando de súmulas vinculantes, não sendo obrigatória a adoção das decisões acima, muitos outros embates judiciais envolvendo os casais homoafetivos serão travados, até que obtenham o reconhecimento pleno de seus direitos.

ABSTRACT

The Brazilian government has always paid attention to this institution, although for a long time there is only recognized marital family. The 1988 constitution gave her more extensive treatment, expanding the legal effects of the legitimate family beyond the marital family. This protection is based on the importance of this social group develops the individual's psychosocial training. So operated radical transformation, with respect to the scope of application of constitutional protection to the family. From literature and legal checks that the personality of each person and their sexual orientation deserve respect of the whole society and protection by the law, since the attribute is important and dignity inherent in every human being. Thus, in any relationship there is to observe the presence of affection, and it exists, the relationship must be preserved regardless of the sexual orientation of its members. Based on these assumptions, it is not allowed state influence in the affective life of the individual, either in their sexual orientation, should be assured the right to found a

family with the person of the same or opposite sex, as well as the right to adoption, although , society is not prepared to accept the adoption homoafetiva. Mankind, however, is evolving rapidly and many changes are occurring and, as a social phenomenon, the adoption by homosexual couples has great relevance to the Right. Thus, in this study, it appears reasonable admission union homoafetiva as a model of the family deserves the protection of the State in accordance with article 226, caput of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Family. Adoption. Homoafetivos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). In: **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>>. Acesso em: 25 jan. 2008.

BARBERO, Graciela Haydée. **Homossexualidade e perversão na psicanálise: uma resposta aos gay e lesbian studies**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988.

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Presidência da República. Brasília: Casa Civil, 2009.

_____. Código Civil brasileiro. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Presidência da República. Brasília: Casa Civil, 2004.

_____. **Lei nº 12.020**, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Presidência da República. Brasília: Casa Civil, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Manual de direito das famílias**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 5. Direito de Família. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 6. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUERSI, Carlos A. Análisis socioeconómico de los derechos personalísimos. Buenos Aires: Cátedra Jurídica, 2005. In: MENEZES, Joyceane Bezerra. A Família na Constituição Federal de 1988 – Uma Instituição Plural e Atenta aos Direitos de Personalidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 13, n. 1, p. 119-130/jan-jun 2008.

KLEIN, Felipe Castro. In: ARRONE, Ricardo. **Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (orgs.). **A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada**. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MENEZES, Joyceane Bezerra. A Família na Constituição Federal de 1988 – Uma Instituição Plural e Atenta aos Direitos de Personalidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 13, n. 1, p. 119-130. jan-jun, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Carmen S. de. Homossexualidade no divã. In: ANDRADE, Helena Manhães; CZERMAK, Rejane; AMORETTI, Rogério (Orgs.). **Corpo e Psicanálise**. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2002.

OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira. A família em sua multiplicidade de formas e sentidos. In: **Família, Gênero e Geração: Temas Transversais**. Fortaleza: EDUECE, 2004. p. 33-67.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família. Uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINHEIRO, Maria de Lourdes Isaía. Negócios jurídicos nos direitos de família. In: CASTRO, Adriana Mendes Oliveira de. **Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 41-61.

RIOS, Roger Raupp. Dignidade da Pessoa Humana, Homossexualidade e Família: Reflexões sobre as Uniões de Pessoas do mesmo Sexo. In: COSTA, Judith Martins (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Série Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SILVA, Maria de Fátima Alflen da. **Direitos Fundamentais e o Novo Direito de Família**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família**. v. 6. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.