

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PARANÁ - UNESPAR

FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO - FUNDINOP

Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À
ADOÇÃO POR PARCEIROS DO MESMO SEXO**

AIMBERE FRANCISCO TORRES

Orientador: Prof. Dr. EDUARDO CAMBI

JACAREZINHO (PR) - 2008

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PARANÁ - UNESPAR

FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO - FUNDINOP
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À
ADOÇÃO POR PARCEIROS DO MESMO SEXO**

AIMBERE FRANCISCO TORRES

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do
Norte Pioneiro, como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. EDUARDO CAMBI

JACAREZINHO (PR) - 2008

RESUMO

O presente trabalho aborda o direito à paternidade e à maternidade a pares homossexuais que vivem em união homoafetiva, examinando a possibilidade de seu reconhecimento no Direito brasileiro hodierno, bem como a viabilidade de seu exercício através do instituto da adoção. Através da análise dos princípios constitucionais do pluralismo, da igualdade, da não-discriminação e do respeito à dignidade da pessoa humana, conclui pela possibilidade de reconhecimento do direito de homossexuais serem pais ou mães, podendo este direito tornar-se efetivo pelos meios oferecidos pelo Estado Democrático de Direito. Ademais, não se vislumbra qualquer impedimento ao exercício, em tese, do direito de homossexuais de adotarem, visualizando, nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, entidades familiares e entendendo possível a superação dos preconceitos que envolvem a homossexualidade, demonstrando a inexistência de violação ao princípio da proteção integral à criança no seu convívio, criação e educação por casais homoafetivos.

ABSTRACT

This paper addresses the right to paternity and maternity to homosexual couples who live in homo affective union, examining the possibility of its recognition in today's Brazilian law, as well as the feasibility of exercise through the Office of adoption. Through analysis of the constitutional principles of pluralism, equality, non-discrimination and respect for human dignity, contends the possibility of recognising the right of homosexuals to be parents or mothers, this right may become effective by the means offered by democratic state. Moreover, not sight any impediment to the exercise, in theory, the right of homosexuals to adopt, viewing, the unions between persons of the same sex, family and entities considering possible to overcome the prejudices involving homosexuality, demonstrating that no violation of the principle the protection of children in their conviviality, creation and education for homoaffectives couples.

“É mais fácil desintegrar um átomo do que um preconceito.”
(Albert Einstein)

À memória de Maria Emilia Lucas (*Bila*), quis o Grande Arquiteto do Universo, já há algum tempo, tê-la para junto de si. Foi só então, que entendi a magnitude de sua presença, não só em minha vida, mas no seio de nossa família. Ainda, quando vou à velha Piratininga, e olho para o céu, as nuvens tem o formato de seus abraços. Na certeza do reencontro, perdoe-me.

Aos meus Pais, assim posto propositalmente no maiúsculo, Antonio Carlos Torres e Maria Clélia Puertas Torres, por terem me educado com muito amor, mesmo tendo enfrentado sérias dificuldades para atingirem seu objetivo, meu muito obrigado.

A minha querida irmã, Rita de Cássia, sou sinceramente grato por tudo que até agora fez por mim.

Ao meu irmão, Paulo Henrique, até hoje não entendi o porquê do abismo que se formou entre nós, talvez decorra do excesso de trabalho de ambos, lembro-me com saudades nossas caminhadas pela Rua 25 de janeiro, tempos de infortúnios, mas de grande união.

À minha amada esposa, Sandra Torres, símbolo de candura, com quem sonho de mãos dadas, todos os sonhos impossíveis, se não fosse sua compreensão, carinho e principalmente seu amor, nada seria possível ou teria sentido, a você meu amor eterno.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor Eduardo Cambi, a quem devo paciência diante de um texto que enseja tantas dificuldades de articulações e preparo, bem como pelo exemplo de ser humano a ser seguido, além da especial contribuição com a orientação da dissertação.

Ao leal amigo e mestre, Vladimir Brega Filho, responsável direto pelo meu ingresso ao magistério, meu muito obrigado.

À Natalina Costa, funcionária da Fundinop, sempre presente e prestativa para os mínimos detalhes.

SUMÁRIO

RESUMO	3
ABSTRACT	4
AGRADECIMENTOS	7
SUMÁRIO	8
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I.....	14
1. A DIGNIDADE HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.1. A ontologia da totalidade como fonte de um positivismo excludente	14
CAPÍTULO II.....	36
2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	36
2.1. A dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico	36
2.2. A adoção por pares homossexuais e as dimensões (ou Gerações) de direitos	51
2.3. Direitos Humanos, Dignidade Humana, Liberdade e Igualdade	61
CAPÍTULO III	68
3. A AFETIVIDADE COMO NOVO ARQUÉTIPO JURÍDICO DA FAMÍLIA E DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL	68
3.1. Família Patriarcal e matrimonializada	68
3.2. A repersonalização do direito de família em face dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade e da afetividade	77
3.3. O princípio da pluralidade das formas de família e sua classificação doutrinária....	85
CAPÍTULO IV	91
4. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NA FAMÍLIA PLURAL ADOTIVA	91
4.1. A paternidade sociológica	91
4.2. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	98
4.3. A realidade da criança e do adolescente no Brasil	100
4.4. O instituto da adoção: do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002	104
4.5. A união homoafetiva e o mito da adoção: possibilidade jurídica	110
CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126
ANEXO I – ESTATUTO DAS FAMÍLIAS: JUSTIFICATIVA	134

INTRODUÇÃO

Com efeito, o âmbito das reflexões tratadas neste trabalho será exclusivamente a respeito das uniões entre pessoas do mesmo sexo, que tenham por características o afeto, a solidariedade, a estabilidade, duração e intenção de constituir família, ou seja, aspecto natural decorrente de uma relação familiar ensejador do direito à adoção.

Esclarece-se ainda, que no desenvolvimento do tema se utilizará das expressões parceria homoafetiva, união homossexual, companheiros *gays* ou união por pessoas do mesmo sexo, para se referir ao núcleo formado entre pessoas, ambas do mesmo sexo, tendo como razão principal os laços afetivos, amorosos e sexuais, à semelhança das famílias formadas por heterossexuais, condições essas, repita-se, imprescindíveis para o reconhecimento do direito à paternidade por meio do instituto da adoção.

De tal sorte que, as expressões homossexuais ou homossexualidade aqui utilizadas, deverão ser interpretadas em consonância com o tema central de nossas preocupações, quais sejam, as relações entre pessoas do mesmo sexo que tenham como núcleo central a homoafetividade, força motriz apta a servir de base às entidades familiares, equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher, em especial na obtenção do direito à paternidade artificial.

Em razão disso, não serão objetos de reflexões, temas envolvendo a bissexualidade, ou seja, aqueles que trazem sua identidade sexual de acordo com seu gênero, mas alterando parceiros do mesmo sexo e de sexo diferente. Da mesma forma, as questões envolvendo os travestis (aqueles que embora tenham uma identidade sexual biológica, divergem quanto à identidade de gênero que se inclina para o sexo oposto) e transexuais (que trazem a identidade de sexo biológico alterada, não aceitando seus genitais) para, observando critérios metodológicos, delimitar o objeto do estudo.

Destarte, a finalidade deste trabalho é possibilitar uma maior compreensão dos novos valores que se alevantam na sociedade moderna, de uma nova representação de vida social diante das mudanças de atitudes em face da sexualidade, as quais conferiram à família atual uma nova roupagem, ou seja, a visão atual está a informar a superação do arquétipo da família procriadora e patriarcal.

Necessário se faz uma maior reflexão a respeito da pluralidade dos arranjos familiares que emergiram desses valores novos, que vêm acompanhados por uma mudança provocada por uma relação direta do sujeito para consigo mesmo. A criação do sujeito (subjetividade) não pode mais ser confundida com a sujeição do indivíduo e da categoria. Tem-se com isso, que as uniões fundadas no afeto, do qual decorre a solidariedade e a estabilidade próprias de uma relação familiar, é perfeitamente admissível entre pessoas do mesmo sexo, o que por certo lhes está a conferir o direito à paternidade.

De outro lado, várias evidências apontam para uma realidade no sentido de que, os parceiros do mesmo sexo possuem igual habilidade para conduzir a educação de uma criança, de tal sorte que inexistem razões científicas para não se conferir aos parceiros homossexuais o direito a uma relação de filiação natural ou adotiva.

O direito que se faz presente nesses novos valores, trata-se de um novo direito, que não pode conviver com idéias retrógradas sedimentadas no preconceito. Essa visão conservadora deve ser sepultada de vez por todas, principalmente em face do descompasso entre a realidade social em que hodiernamente vivemos e o ordenamento jurídico em vigor, totalmente insensível às uniões entre os homossexuais, negando-se em conferir a adequada normatização e por via reflexa o direito à adoção.

Nos Capítulos I e II do presente trabalho serão abordados aspectos relativos à Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Sendo certo que, no Capítulo II será analisado a dignidade humana como qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano.

No Capítulo III será tratada a questão da afetividade como novo arquétipo jurídico da família e da relação paterno-filial, traçando um paralelo entre a família patriarcal e matrimonializada estruturada pelo Código Civil de 1916 e os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade e da afetividade, os quais implicam na repersonalização do Direito de Família. Neste capítulo será abordada ainda, a pluralidade das formas de família.

No capítulo IV será discutida a filiação socioafetiva na família plural adotiva, equiparando as relações homoeróticas, para todos os efeitos, à união estável e, por conseguinte, como espécie de entidade familiar, tendo em vista a existência do afeto e, não a identidade de sexo dos conviventes, o que lhes permitirá o direito à adoção.

Insta é convir que, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a possibilidade de se conferir às uniões homoafetivas o direito à adoção. Aliás, sequer reconhece este tipo de união como espécie de um gênero do Direito de Família, em que pese encontrar-se no afeto seu fato gerador.

De tal sorte que, os operadores do Direito quando instados a solucionar eventuais litígios resultantes destes tipos de uniões, o fazem na maioria das vezes, com fulcro no Direito das Obrigações, por vislumbrarem tais uniões como verdadeiras sociedades de fato, refutando por completo qualquer possibilidade de se reconhecer a existência de afeto entre pessoas do mesmo sexo.

Importante lembrar que, a maioria da doutrina tem classificado como Direito de Quarta Geração, dentre outros, o “direito de ser diferente”, incluindo nesta espécie o direito à homossexualidade. Destarte, devem os operadores do Direito ao se depararem com situações que tais, abandonarem todo e qualquer preconceito e ter em mira a felicidade daquele que, por meio do Poder Judiciário, pretenda obter o

reconhecimento de sua união, para com isso obter o direito à adoção, afinal estamos diante de um direito fundamental.

Resta ainda, o desejo de que este trabalho possibilite maior efetividade ao Direito das minorias. O tempo passou inexoravelmente. Impõe-se o reconhecimento de novos valores, novos direitos e com isso uma nova forma de pensar o Direito. Incumbe ao operador do Direito, dar o devido valor e a relevância que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana representa em nosso sistema jurídico, ou seja, o de conferir àqueles que vivem no entorno do Estado, um lugar no tecido social.

É sabido que, a ausência de lei nunca foi e nunca será motivo para deixar de se fazer justiça. Basear-se na suposta omissão do legislador, para deixar de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar e, por via reflexa não lhes permitir o direito à paternidade por meio do instituto da adoção, é uma discriminação odiosa contra quem não teve a menor culpa pela condição em que foi concebido.

Destarte, cabe aos operadores do Direito a busca de soluções, enquanto ausente de nosso ordenamento jurídico, a regra que venha a conferir àquelas pessoas do mesmo sexo que vivem em verdadeiro regime de “união estável”, o direito à adoção. Com efeito, a exclusão não pode mais continuar principalmente se levarmos em consideração o fato de que o Direito de Família encontra-se envolto por valores e princípios personalistas.

De outro lado, a inexistência de uma política social efetiva e o assustador descaso com nossas crianças é uma reminiscência do Brasil Colônia que se trasladou para o Império, perpetuando-se na República, como uma das grandes vergonhas que já se pôde constatar neste País.

Com isso, deixar de atribuir aos pares homossexuais o direito à adoção é também negar às crianças que vivem institucionalizadas ou abandonadas nas ruas de nossas cidades, o direito a ter uma família. Não se pode deixar de considerar os aspectos de inclusão social, gerados pela adoção nestes casos.

Diante disso indaga-se: por qual característica razão negar-se o direito à paternidade e à maternidade, tendo como base única e exclusivamente o critério da preferência sexual dos adotantes? Efetivamente, em nosso país não há limites ao desrespeito do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A justificativa mais plausível que se possa dar à sociedade, diante da recalitrância do legislador e em sua maioria do judiciário, em não reconhecerem a adoção por sociedade afetiva homossexual, diante da realidade social acima delineada, guardada às devidas proporções, é por certo semelhante às que levou os juízes anteriores a Revolução Francesa, que comprometidos com o poder feudal recusavam a admitir qualquer inovação que pudesse prejudicar o regime, podendo ainda, ter por base o preconceito ou o desrespeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A homossexualidade, bem como a união homoafetiva mantida entre dois homens ou duas mulheres, de forma pública e ininterrupta, é um fato social que se perpetua através dos tempos, não podendo nosso ordenamento jurídico olvidar que estas relações são originadas do afeto que estas pessoas nutrem uma pela outra, fazendo com que essas uniões de fato ganhem um colorido familiar, o que sem sombra de dúvidas, lhes conferem o direito à paternidade.

Com efeito, é a união pelo amor o elemento caracterizador da entidade familiar e não apenas a diversidade de sexo. O afeto é a exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas e a privação ao direito à adoção, se consubstanciam na maior afronta aos direitos humanos por ser instrumento de violação aos princípios da dignidade humana e da igualdade.

Hodiernamente, estamos diante da perspectiva da família eudemonista, ou dito de outra forma, da família que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. Realização pessoal essa, que pode ocorrer dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade. É uma questão de opção, trata-se de uma decisão e como tal deve ser respeitada.

CAPÍTULO I

1. A DIGNIDADE HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. A ontologia da totalidade como fonte de um positivismo excludente

Não restam dúvidas de que a homossexualidade sempre foi e sempre será um dos mais inquietantes e polêmicos temas da humanidade. Com efeito, o uso dos prazeres por pessoas do mesmo sexo é objeto de toda uma efervescência de reflexões e discussões a propósito do valor que se lhe pode reconhecer decorrendo daí uma moral singular e complexa.

Notadamente, quando se trata de atribuir às relações homoafetivas, direitos que a sociedade e o ordenamento jurídico somente os entendem cabíveis aos heterossexuais, como por exemplo, o reconhecimento por meio do Poder Estatal das uniões por pares homossexuais como espécie de entidade familiar, ou ainda possibilitar-lhes que dessa união homoafetiva advenha, por conseguinte, o direito à adoção.

Neste momento, infelizmente o preconceito é a voz que fala mais alto.

Não se pode perder de mira, que em vários momentos de nossa história encontramos relatos acerca da existência de relações homossexuais entre pessoas de determinadas sociedades, não só como forma de obtenção de prazer, mas também como instrumento de integração sócio cultural, como explica Humberto RODRIGUES:

“Para a educação dos jovens atenienses, esperava-se que os adolescentes aceitassem a amizade e os laços de amor com homens mais velhos. Só assim eles acreditavam que os meninos pudessem absorver as virtudes de um bom cidadão e a sabedoria da filosofia. Esta prática só não era bem aceita para os meninos com idade inferior a 12 anos. Após essa idade, quando o menino concordava e com a aprovação de sua família, transformava-se em um parceiro passivo até a idade de 18 anos, embora alguns permanecessem passivos por mais tempo. Normalmente, aos 25 anos tornava-se um homem, assumindo o papel ativo, inicialmente escolhendo um menino e depois casando, tornando-se um cidadão apto a desempenhar seu papel na sociedade”.¹

As relações sexuais mantidas por pessoas do mesmo sexo, também foram admitidas entre os espartanos, porém, de maneira um tanto quanto diversa daquela praticada pelos atenienses, conforme se pode constatar da lição de Luiz Augusto de Freitas GUIMARÃES:

¹ RODRIGUES, Humberto. **O amor entre os iguais**. 1ª ed., São Paulo: 2004 p. 38.

“A relação entre pessoas do mesmo sexo teve lugar também em Esparta, porém com um sentido um pouco diferente da vista em Atenas. Além das relações de pederastia, eram estimuladas as relações entre os componentes do exército espartano e tinha por objetivo torná-lo mais forte. O que levava os comandantes do exército a estimular esse tipo de relação era o fato de acreditarem que um amante, além de lutar, jamais abandonaria outro amante no campo de batalha. O Batalhão Sagrado de Tebas, famoso por suas vitórias, era formado totalmente por pares homossexuais”.²

Na Mesopotâmia a homossexualidade masculina e feminina estava inserida no *modus vivendi* em sociedade. Já no antigo Egito, embora os relatos sobre a prática da homossexualidade sejam raros, vários egiptólogos e historiadores admitem sua prática entre os Faraós.

Não menos escassos são os relatos históricos sobre a homossexualidade feminina, a razão disso se encontra no fato de que as mulheres nem sempre ocuparam um lugar de destaque na sociedade. Como exemplo, pode-se citar a poetisa Safo autora de diversos poemas que expressam o amor entre as mulheres, em sua grande maioria destruídos pelo Papa Gregório VII, no século XI, que mandou queimar, seus riquíssimos versos, numa fogueira em praça pública.

Safo nasceu em Mitilene na ilha de Lesbos, localizada ao norte do mar Egeu, em fins do século VII, a.C., foi fundadora de uma escola para mulheres, onde se ensinava poesia e música, além de incentivar a emancipação social dessas mulheres, acredita-se que tenha sido casada e tido uma filha chamada Cleis. Numa alusão a ilha onde Safo viveu (Lesbos) derivou-se a palavra lésbica, para identificar mulheres que sentem atração sexual por outras mulheres.

No Brasil, o escritor João Silvério TREVISAN, em sua obra, *Devassos no Paraíso*, apresenta relatos sobre a prática da homossexualidade feminina nas comunidades indígenas, ao descrever o comentário do Padre Pero Correa, em 1551: “*Há cá mulheres que assim nas armas como em todas as outras coisas seguem o ofício de homens e têm outras mulheres com quem são casadas*”.³

Convém acrescentar ainda no Brasil, a existência da homossexualidade feminina entre a tribo dos Tupinambás em 1576, conforme constatado por Pero de Magalhães de Gândavo:

“Algumas índias se acham nestas partes e prometem castidade e assim não se casam, nem conhecem homem algum de nenhuma qualidade

² GUIMARÃES, Luis Augusto de Freitas, Sobre a homossexualidade na Grécia Antiga. Disponível em: http://nethistória.com/index.php?pagina=ver_texto&título_id=72 Acessado em 15.09.06.

³ TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro, Record: 2000., p.34.

nem o consentirão ainda que por isso as matem. Estas deixam todo o exercício de mulheres e imitam os homens e seguem seus ofícios como se não fossem mulheres, e cortam seus cabelos da mesma maneira que os machos e vão à guerra com seu arco e flechas e à caça: enfim, que andam sempre na companhia dos homens, e cada uma tem mulher que a serve e que lhe faz de comer como se fossem casadas”.⁴

Aos tolerantes, o afeto entre pessoas do mesmo sexo, pode significar a busca da felicidade, a valorização do que é belo independentemente do sexo, a liberdade em aceitar a preferência de algo que a natureza implantou nas pessoas. Já para os conservadores, essa realidade é vista pelo ângulo da promiscuidade, e por isso repugnante e devassa.

Já houve um tempo em que o homossexualismo foi considerado como espécie de uma doença ou desordem mental, posto que tal comportamento não se amolda ao paradigma de uma vida coletiva e pessoal, que durante séculos pregou uma cultura de distinção entre o amor heterossexual e o amor homossexual.

Decorre daí, que às expressões *heteroafetividade* e *homoafetividade* atribuiu-se um conteúdo cuja forma é de “educação social”, a qual obriga os indivíduos à pré-estabelecerem valores e conceitos, tendo como referencial o afeto que se estabeleça somente entre os heterossexuais.

Como ensina Deco RIBEIRO:

“Muitas vezes, muitos pais são levados a confundir um conjunto de pessoas que, também sendo homossexuais, têm uma vida identificada como ‘promíscua’. No entanto a definição de ‘promiscuidade’ e a aceitação de diversos comportamentos sexuais varia intensamente conforme as sociedades e mesmo conforme o papel das pessoas em sociedade. Provavelmente existirá uma maior porcentagem de gays e lésbicas que estejam preparados para ultrapassar de uma forma ou de outra as regras da sociedade, pois pelo simples fato de se assumirem como homossexuais já ultrapassaram uma barreira. Há outros que devido ao fato de a sociedade não os aceitar como tal preferem levar uma vida escondida a qual propícia o sexo ocasional. Finalmente, existem também muitos homens e mulheres que têm relações de longa duração exclusivamente monogâmicas. Outros há ainda que são absolutamente uns verdadeiros tarados sexuais”⁵.

Ora, os comportamentos acima descritos, são perfeitamente passíveis de serem encontrados entre os heterossexuais, porém estes contam com a anuência e os

⁴ Idid, p. 36.

⁵ RIBEIRO, Deco. **Para os pais**. Disponível em: < <http://www.e-jovem.com/tema02.htm>>. Acessado em 27/12/07.

beneplácitos da sociedade, que definitivamente não fazem incidir sobre suas condutas a pecha do preconceito e da reprovação impostas aos homossexuais.

O tratamento repressivo, discriminatório e fora da lei, atribuído às relações homoafetivas, teve início, quando o imperador Constantino ⁶ tornou-se cristão e fez com que o Império Romano entrasse em conformidade com sua nova fé, como descreve Humberto RODRIGUES:

“Com a conversão de Constantino, o paganismo foi se fundindo à religião do imperador, e assim a homossexualidade foi colocada totalmente fora da lei e às vezes brutalmente punida. Mesmo assim, não obtiveram o efeito desejado de coibir um hábito cultivado a séculos. Eram freqüentes ainda os *xingamentos* usados pelos cidadãos romanos, como *paedicado* (sexo anal) e *irrumabo te* (felação). No ano 342 foi introduzido a pena de morte na fogueira para o comportamento homossexual passivo.”⁷

Com o surgimento da doutrina cristã, instituiu-se ainda, a monogamia, a indissolubilidade do casamento e a valorização da virgindade. Com o advento da Idade Média, a família é sacralizada, a moral religiosa passou a condenar a prática da manifestação da sexualidade fora do casamento, além de somente concebê-la exclusivamente para efeitos da procriação.

⁶ Cf. Geoffrey BLAINEY: “Constantino era filho de um oficial do exército que subiu de cargo rapidamente e tornou-se imperador da metade ocidental do império. Quando o imperador Constantino foi morto em batalha em York, na Inglaterra, em 306, o filho, com pouco mais de 20 anos, foi aclamado pelo exército como sucessor do pai. Constantino provou ser um grande general. Para surpresa de muitos, ele era extremamente solidário ao cristianismo. Na França, 6 anos depois, ele se converteu. Em suas campanhas militares daí em diante, trazia consigo uma capela portátil, que seus serviçais podiam rapidamente instalar dentro de uma barraca, possibilitando, assim, que os serviços religiosos fossem realizados para ele e seus companheiros em questão de poucos minutos.

Constantino acreditava que o cristianismo era intrinsecamente adequado a ser seu aliado. Não desejava dominar o Estado, por estar há muito tempo acostumado a um papel mais humilde. Com a tendência de ser internacionalista, não mostrava o fervoroso sinal nacionalista às vezes visível no judaísmo. Podia se encaixar perfeitamente num império multirracial. Por tratar a todos de forma igual, o cristianismo parecia bastante adequado a um império composto por gregos, judeus, persas, eslavos, germanos, ibéricos, romanos, egípcios e muitos outros. Seu único defeito era que nem sempre demonstrava respeito ao imperador e sua pretensão à divindade, mas, uma vez que Constantino se tornou cristão, esse defeito foi automaticamente eliminado.

Na história do cristianismo, nenhum outro acontecimento desde a crucificação de seu fundador foi tão influente quanto a mudança de atitude do jovem imperador Constantino no ano de 312. Ele ofereceu tolerância cívica aos cristãos e restaurou a propriedade que lhes tinham sido confiscadas. Com sua mãe, começou a construir grandiosas igrejas, uma das quais em local tão distante quanto Jerusalém. Até então, os cristãos provavelmente não haviam constituído mais do que um em cada 12 habitantes do vasto Império Romano. Mas agora, de repente, sentados em posição privilegiada ao lado do imperador, seus adeptos rapidamente se multiplicaram. Pela primeira vez, havia mais pessoas dentro do império freqüentando os cultos cristãos de adoração, aos domingos, do que as sinagogas, aos sábados.” (**Uma Breve História do Mundo, 2ª ed. ver. e atual.** São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2007, p. 109 – 110).

⁷ RODRIGUES, Humberto. **O amor entre os iguais.** São Paulo: Editora Mythos, 2004.

Com isso, estabeleceu-se no período da Idade Média a perseguição aos homossexuais, na medida em que se condicionou a sexualidade ao casamento e com o compromisso da fidelidade e da monogamia, a moral cristã passou a condenar a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo, erigindo tal comportamento à categoria de crime praticado contra a moral religiosa.

Não se pode deixar de reconhecer, que este arquétipo até hoje pode ser encontrado em algumas partes do mundo. Apenas a título de exemplo, no Afeganistão, Arábia Saudita e Emirados Árabes, a homossexualidade pode custar à vida. O Irã, por sua vez, pune a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo, com amputações de pés, mãos ou com a pena de morte. Ressalte-se que o Chile é o único país da América do Sul, que traz em seu ordenamento jurídico, punição penal às práticas homossexuais.

Por mais paradoxal que possa parecer, na região sudeste do Afeganistão, mais precisamente na cidade de Khost e seus arredores, em razão do fato de as mulheres não trabalharem fora e jamais freqüentarem os bancos escolares, estando proibidas inclusive de saírem de casa até mesmo para fazerem compras, em razão do *pardah*, ou seja, da segregação total entre homens e mulheres, fez com que a homossexualidade se difundisse, ao ponto de se incorporar aos costumes e contexto social do lugar.

A escritora Asne SEIERSTAD, autora da obra *O livreiro de Cabul*, relata com bastante intensidade o modo de vida nesta parte do Afeganistão, classificada pela jornalista como selvagem e violenta, onde a lei do mais forte sempre predomina:

“Muitos comandantes têm vários amantes jovens, e é freqüente ver homens de idade andando com um bando de garotos. Os meninos muitas vezes se enfeitam com flores na cabeça, atrás da orelha ou na lapela. A homossexualidade explica-se por ser justamente nas regiões do sul e do leste do país que a segregação entre homens e mulheres é mais severa. É freqüente ver meninos saltitantes e esvoaçantes em bandos. Eles têm olhos delineados com *kajal* preto e seus movimentos lembram os travestis do Ocidente. Eles olham, flertam, rebolando os quadris e os ombros. Os comandantes não vivem apenas sua homossexualidade, a maioria tem esposas e um monte de filhos. Mas raramente estão em casa e passam a vida entre homens. Sempre há grandes dramas de ciúmes entre esses jovens amantes, não são poucas as vinganças mortais já encenadas por ciúmes de um jovem amante que se dividiu entre dois comandantes. Certa ocasião, dois comandantes começaram uma batalha com tanques dentro de um bazar, na disputa por um amante. A batalha acabou com dezenas de mortos”.⁸

Vê-se, pois que, a discriminação às relações homoafetivas é fruto de uma cultura que, geração após geração estabeleceu como fonte de prazer e poder o arquétipo heterossexual, impondo aos pares homossexuais um tratamento desigual e excludente na

⁸ SEIERSTAD, Asne. *O livreiro de Cabul*. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 286 e 287.

medida em que classifica suas relações, na maioria das vezes, como algo teratológico, inclusive submetendo suas demonstrações de afetos, quando exteriorizadas em lugares públicos a constrangimentos desnecessários, alimentando cada vez mais o preconceito.⁹

Aliás, o pensamento de Reinéro Antônio LÉRIAS, dotado de uma invejável intelectualidade esclarece:

“Existe uma indagação milenar que perpassou o tempo e chegou aos dias coevos: o que se pode entender por ética e moral e, se realmente existe uma total diferenciação entre ambos os termos, quer do ponto de vista etimológico, quer do ponto de vista da práxis. A idade de tal indagação aponta para a cautela que deve ser tomada, visto que, qualquer resposta dada diante dela corre o risco da presunção, pois tanto a ética quanto a moral são decorrentes de um dado momento histórico em uma dada cultura. Vale dizer, estes valores e estas regras de conduta correspondem a dados anseios específicos de cada época da história: Na idade média o clero e a nobreza cultuavam a fé, o ascetismo e os ideais de glória e honra, com eles acreditavam ter acesso ao paraíso; na modernidade estas crenças são substituídas por outras, personificadas no lucro das transações comerciais. Diante do exposto há que se ter claro que tanto os valores como as normas de conduta moldam de alguma forma as ações humanas. Ressalte-se, portanto, que as formas de poder engendradas pela história se apropriam disso em busca a qualquer custo, de legitimar a submissão da maioria à uma minoria, quer em nome das realizações, quer em nome dos sistemas políticos, quer em nome do que quer que seja. Em outras palavras, os homens nascem, vivem, e morrem sob uma cultura de legitimação de formas de poder de um dado grupo social sobre outro”.¹⁰

⁹ Cf. Terra notícias: Os namorados João Carlos Xavier Junior, de 25 anos, e Rodrigo Assis Rocha, de 21, registraram boletim de ocorrências (BO) contra o Shopping Frei Caneca, na região central de São Paulo, por serem repreendido por seguranças após se beijarem. Segundo o BO os namorados se encontraram “trocaram um beijo (tipo selinho) e um abraço”. Neste momento, foram abordados por segurança chamado Moises, que afirmou que “aquele procedimento não era aceito dentro do estabelecimento, (...) pois ali circulavam senhoras e crianças”. Ainda segundo o boletim, o segurança teria falado que, caso se tratasse de um casal heterossexual, seria diferente. Questionado pela Polícia, Moises Silva de Oliveira, o segurança, afirmou que o casal trocou dois beijos e que aquele seria um procedimento adotado pela administração do shopping para qualquer tipo de casal. O estabelecimento divulgou nota, defendendo-se do caso com a declaração de que os jovens “só foi abordados pelo segurança porque estavam cometendo excesso” e que “este não é um procedimento exclusivo do Shopping Frei Caneca e que muitos locais de acesso público adotam este mesmo procedimento junto a todos os seus freqüentadores”. Além disso, Wilson Pelizaro, superintendente do Frei Caneca, disse que o estabelecimento “não tem nenhuma operação direcionada especialmente para o público GLS”. **Casal gay e repreendido por beijo em shopping.** Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0.,0125943-EI306,00html>>. Acessado em 14/11/2005.

¹⁰ LÉRIAS, Reinéro Antônio. **Ética, Moral, Ciência e Direitos Humanos.** Argumenta Revista Jurídica, n°. 7, p. 112, 2007. (ISSN 1676-2800)

Não se pode negar que aos homossexuais e, por conseguinte às relações homoeróticas por eles mantidas, numa sociedade capitalista, globalizada e totalitária, que elegeu como arquétipo a heterossexualidade, estão classificadas como de pessoas supérfluas ou marginalizadas, para falar como Stefan CZAMOWISKI: “indivíduos déclassés, de condição social indefinida, considerados redundantes do ponto de vista material e intelectual, e encarando a si mesmos desse modo”.¹¹

Alerta-nos Daniele LINHART: “esses homens e mulheres não apenas perdem seus empregos, seus projetos, seus pontos de orientação, a confiança de terem o controle de suas vidas; também vêm despidos da sua dignidade como trabalhadores, da auto-estima, do sentimento de serem úteis e terem um lugar próprio”.¹²

Com efeito, Zygmunt BAUMAN, em sua obra, *Vidas Desperdiçadas*, torna de fácil compreensão as razões que levaram Stefan Czarnowski a tal afirmação:

“As pessoas supérfluas estão numa situação em que é impossível ganhar. Se tentam alinhar-se com as formas de vida hoje louvadas, são logo acusadas de arrogância pecaminosa, falsas aparências e da desfaçatez de reclamarem prêmios imerecidos - senão de intenções criminosas. Caso se queixem abertamente e se recusem a honrar aquelas formas que podem ser saboreadas pelos ricos, mas que, para eles, os despossuídos, são mais como veneno, isso é visto de pronto como prova daquilo que a ‘opinião pública’ (mais corretamente, seus porta-vozes eleitos ou autoproclamados) ‘já tinha advertido’ – que os supérfluos não são apenas um corpo estranho, mas um tumor canceroso que corrói os tecidos sociais saudáveis e inimigos jurado do ‘nosso modo de vida’ e ‘daquilo que respeitamos.’”¹³

O mais intrigante é que sempre se tem como principal autor desse drama a “sociedade organizada” ou a “opinião pública”, jamais se atribui essa intenção a pessoas reais, dotadas de um nome e endereço, ou seja, a sujeitos concretos.

Não se pode deixar de reconhecer que as causas da exclusão podem ser diferentes, não menos certo, porém, é o fato de que para aqueles situados na ponta receptora, os resultados parecem quase sempre os mesmos.

Assim, os homossexuais além de privados da autoconfiança e da auto-estima, imprescindíveis à sobrevivência social, são ainda vítimas do “*medo cósmico*”,

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 54.

¹² *Ibid.*, p.22.

¹³ *Ibid.*, p. 55.

usado por todos os sistemas religiosos, cujo arquétipo é a força anônima e implacável da vingança dos céus.¹⁴

O universo transformou-se num Deus assustador, os mandamentos divinos converteram os seres humanos em figuras dóceis, submissas e obedientes. Com efeito, a religião passou a impor seu poder sobre as almas dos eleitos. Deus passou a ser visto como fonte do medo “oficial”.¹⁵

A tradição judaica fez emergir a cultura reproduzida pelo pensamento universal no sentido de que Deus também abomina a homossexualidade. Destarte, aos homossexuais e, por ato reflexo, àqueles que se unem homoafetivamente, jamais será assegurada a benevolência de Deus, estarão definitivamente ao desabrigo “divino” quando do juízo final.

Um golpe de mestre, sem dúvida.

Adiciona-se a exclusão ao medo e, aos dois sedimenta-se o ódio aos “*individuos déclassés*”, tendo como resultado uma mistura bizarra de valores extraídos de universos incompatíveis entre si. Aliás, os homossexuais são os que se ajustam melhor a esse propósito que qualquer outra categoria de vilões genuínos, pois encarna de modo visível sua própria condição de descartável, porquanto a “opinião pública” e a “sociedade organizada” sempre associaram sua imagem à promiscuidade.

¹⁴ Cf. Geoffrey Blainey: “A tendência da religião era florescer com mais vigor quando a vida cotidiana estava em perigo e quando havia muita dor. A religião florescia quando enchentes, secas e outras catástrofes da natureza eram mais destruidoras, quando a fome estava às portas, e morte precoce era a expectativa da maioria das pessoas. A religião florescia quando as pessoas viviam da terra e sabiam como era difícil uma colheita, a tanto tempo esperada, ser arrasada por pestes, seca, exaustão do solo ou tempestades. Durante a maior parte da história, a vida humana esteve em perigo. A religião dava as respostas aos acontecimentos inexplicáveis da vida de um estado, de uma região ou de uma família. Satisfazendo uma ânsia profunda e, às vezes, inexplicável, ela era também uma fonte de força e inspiração. A religião era a base de muitas sociedades que, de outra forma possivelmente teriam desmoronado. Monarcas poderosos ganhavam muito ao sustentá-la. A religião oficial lhes permitia proclamar que eram mesmo descendentes de deuses. Assim sendo, desobedecer ao rei indiretamente significava desobedecer aos deuses. As revoluções na França em 1789, na Rússia em 1917 e na China em 1949 se empenharam em derrubar as antigas religiões porque sustentavam a antiga ordem. No século 20, a religião enfrentou outras dificuldades. Com o aumento da prosperidade e da longevidade, parte do apelo da religião enfraqueceu. Na Europa e em algumas regiões dos Estados Unidos, a freqüência às igrejas decaiu rapidamente, assim como a aceitação de códigos sexuais e morais pregados por elas. Apesar disso, no mundo como um todo, a religião permanecia poderosa. O cristianismo e o islamismo conseguiram muito mais adeptos do que no século anterior, e seus locais de reunião traçavam uma linha pontilhada por toda Terra.” **Uma Breve História do Mundo**; 2ª ed., São Paulo: Editora Fundamento, 2007, p. 336 e 337.

¹⁵ “Houve um estrondo de trovões e de relâmpagos; uma espessa nuvem cobria a montanha, (...) e toda a montanha tremia com violência.” “Toda a multidão que estava no acampamento tremia.” Mas assim mesmo a voz de Deus foi ouvida: “Agora, pois, se obedeceres a minha voz, e guardardes minha aliança, sereis meu povo particular entre todos os povos.” “E todo o povo respondeu uníssono: ‘Faremos tudo que o Senhor disse’” (Êxodo 19). Diante disso Deus prometeu leva-los para a terra “que mana leite e mel.” (Êxodo 33). A esse relato, deve-se acrescentar o Livro de Jó, que proclama que Deus nada deve a seus adoradores.

A lição de Alian TOURAINE é de enorme clareza:

“Se, afinal de contas, é preciso voltar ao sujeito, é preciso também pronunciar o nome por excelência do anti-sujeito: o mal. Esta palavra parece encerrar-nos numa visão religiosa ou numa outra concepção do universo, donde o tema do sujeito parece excluído. A resposta a esta objeção é que não há mais mal do que bem, mais Deus ou mais diabo. Existem aqueles que descobrem o sujeito em si e nos outros: são os que fazem o bem; e aqueles que procuram matar o sujeito nos outros em si mesmos; são os que fazem o mal. Este não é uma essência, mas o produto de uma ação humana. Existe naqueles que fazem o mal uma vontade de humilhar e degradar que vai além da vontade de matar. Por muito tempo não pudemos aproximar-nos de um Deus sem passar por uma Igreja. Hoje as filosofias morais não passam pelas Igrejas, em ruína ou abandonadas. E é pela consciência do mal que ouvimos o apelo ao sujeito”.¹⁶

Em uma sociedade onde as regras são estabelecidas com base no paradigma do e para o heterossexual, a relação existente com parceiros homossexuais é estabelecida de forma unilateral. O Poder Estatal não lhes reconhece a essência de pessoa no meio do mundo, ao revés, revela a existência de um sujeito negado, diante da sua opção em se relacionar sexualmente com indivíduos idênticos, ao mesmo tempo em que lhes exige o adimplemento das obrigações impostas por este mesmo Estado.

Em razão disso, estabeleceu-se um sistema de valores e regras únicas para o afeto, ou dito de outra forma, repudia-se o fato de que determinada categoria de pessoas possa eleger livremente o amado e com isso, buscar e alcançar a felicidade por meio da adoção. Esse direito de escolha do ser amado para a constituição da família e da felicidade, só é possível e permitido aos heterossexuais.

Com efeito, os homossexuais são seres que escapam, enquanto tais, de nossa realidade humana, embora seres concretos, pessoas com todas as características de pessoas, nega-lhes o ordenamento jurídico, o direito de se unirem como família e, por conseguinte, a possibilidade de adoção. Porém, esse Direito lhes é conferido por uma lei comum, ou seja, concebida a partir de sua natureza humana.

A propósito confira-se a lição de Celso LAFER:

“Aristóteles, numa conhecida passagem da *Retórica* estabelece uma distinção dicotômica entre lei particular e lei comum. Lei particular é aquela que cada povo da a si mesmo, podendo as normas dessa lei particular ser escrita ou não-escrita. Lei comum é aquela conforme à natureza, pois existe algo que todos, de certo modo, adivinhamos sobre

¹⁶ TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma Para compreender o mundo de hoje**. Petrópolis: Vozes, 2º ed., 2006, p. 161.

o que por natureza é justo ou injusto em comum, ainda que não haja nenhuma comunidade ou acordo. Aristóteles, nesta passagem, cita Antígona da peça de Sófocles, quando esta afirma que é justo, ainda que seja proibido, enterrar seu irmão Polínicos, por isto justo por natureza. De fato, em resposta à acusação de Creonte, de que estava ela descumprindo a lei particular, Antígona evoca as imutáveis e não escritas leis do Céu, que não nasceram hoje nem ontem, que não morrem e que ninguém sabe de onde provieram.”¹⁷

Não se pode ignorar que as - “leis particulares” - são válidas em determinado momento histórico e modelo social, contudo deixar de observar o Direito Natural quando da elaboração do Direito Positivo, equivale negar sua própria origem, o que torna perfeitamente admissível contestar sua legitimidade, validade e aplicabilidade na solução de conflitos, afinal extrai-se dos direitos inatos a origem do Direito e do Estado, ou seja, a condição natural de humano antecede a sociedade civil positivada pelo Estado.

Com efeito, ainda nas palavras de Celso LAFER:

“De fato, este, (Direito Positivo) por ser um *jus in civile positum*, caracteriza-se pelo particularismo de sua localização no tempo e no espaço. Diferencia-se, portanto, do Direito Natural pelos seus princípios e jurisdição e pelo seu valor, pois o Direito Natural, ao contrario do Direito Positivo, seria comum a todos e, ligados à própria origem da humanidade, representaria um padrão geral, a servir como ponto de Arquimedes na avaliação de qualquer ordem jurídica positiva”.¹⁸

Tem-se, pois que, nessa perspectiva perfeitamente factível, afirmar-se que, deixar de reconhecer, ainda que de forma implícita, as uniões de parceiros do mesmo sexo ou ainda, negar-lhes o direito à adoção, são formas explícitas da violação e arbitrariedade impostas pelo Direito Positivo a um seu Direito Natural, qual seja, o direito da livre escolha do amado e de ser feliz ao lado desse eleito, o direito à paternidade advindo *ipso facto* dessa união e, principalmente em ver esta entidade familiar devidamente reconhecida e tutelada pelo Poder Estatal.

Não há como se negar que os homossexuais pertencem ao gênero humano, logo, impossível submetê-los a uma legislação diferente da comum a todas as demais pessoas em face da unidade desse gênero, o qual por questões históricas, culturais e políticas foi dividido entre masculino e feminino.

O fato de cada vez mais vivermos num mundo cada vez menos “natural”, já que de há muito nossa moral deixou de ser uma moral adaptada às leis do universo, fez

¹⁷ LAFER Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 35.

¹⁸ Ibid., p.36.

com que o Direito Positivo se transformasse no único arquétipo de solução dos conflitos de interesses, ao ponto de alguns estudiosos do Direito afirmarem não existir outro Direito se não o Direito Positivo.

Com isso, deixou-se de reconhecer a distinção dicotômica entre um Direito ideal e um Direito real, com o qual opera o Direito Natural deontológico, ou seja, deixou-se de reconhecer no Direito Natural um sistema universal e imutável de valores.

A propósito do tema, confira-se uma vez mais, o entendimento de Celso LAFER:

“Na elaboração doutrinária do Direito Natural é possível distinguir dois planos: o ontológico e o deontológico. No primeiro, identifica-se o Direito com o Direito Natural. No segundo, o Direito Natural aparece como um sistema universal e imutável de valores. A primeira acepção abrange a segunda, pois neste caso o ser do Direito (ontologia) constitui-se como dever ser do Direito Positivo (deontologia), na medida em que o dizer o Direito e o fazer a justiça são concebidos como atividades sinônimas. A segunda acepção, no entanto, não engloba a primeira. Com efeito, ao se admitir a existência de valores universais e imutáveis não se nega a presença de outros fatores, como os sociais, políticos e econômicos, que influenciam a realidade jurídica. O sistema de valores do Direito Natural existe, no entanto, para exercer uma função de controle em relação ao Direito Positivo. Daí, a possibilidade de um dualismo entre o respeito à justiça e o respeito à lei,...”¹⁹

Destarte, o Direito Positivo pode ser encarado como regras gerais de comportamento, posto via Poder Estatal, cuja efetividade é assegurada através de uma sanção, tendo como função primordial, instrumentalizar o gerenciamento das crises, surgidas em razão das variadas atividades sociais.

Porém, ao contrário do que se pensa, este modelo de ideal normativo aparentemente simples e correto, de composição de conflitos de interesses advindo do *modus vivendi* em sociedade, passou a instrumentalizar e efetivar os interesses de uma elite dominante, que sob os auspícios da proteção de uma lei, que sem tratar de modo adequado os desiguais, tornou os iguais em carne e osso mais desiguais ainda, nos obrigando com isso as seguintes reflexões:

Primeiro, até em que medida esta regra (norma geral) pode ser legitimamente aplicada perante os sujeitos que não pertençam à categoria da totalidade, ou seja, àqueles seres humanos que vivem no entorno do Estado e por ele ignorado, ou na conceituação de Hannah Arendt, as *displaced persons*, no caso em tela os homossexuais.

Segundo, a maneira mecânica com que se vem dando soluções aos conflitos de interesses, faz surgir em nosso ordenamento jurídico tutelas jurisdicionais

¹⁹ Ibid., p.36.

discordantes do critério-fonte vida humana, ou seja, em nenhum momento tem-se levado a efeito as angústias, mazelas, necessidades e a efetiva concretização de sonhos de vida do sujeito concreto-litigante.

Com relação à primeira questão, tem-se que, a manifestação do Outro (alteridade), aqui utilizada na concepção de Dussel para indicar aquele que se encontra “fora” da totalidade, jamais foi ou será ouvida, o que importa reconhecer sua total exclusão na participação no processo de elaboração da regra geral, logo este consenso de regras de entendimento, justamente pelo fato de não ter contado com sua participação, não lhe poderá ser aplicada.

Ora, se o criador e o aplicador da norma positivada, simplesmente ignoram por completo as reivindicações em prol do reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, bem como a possibilidade de adoção aos parceiros do mesmo sexo, por qual característica razão estariam estes sujeitos submetidos as suas regras?

Por que só aos homossexuais proibir o casamento? Por que só aos parceiros homossexuais lhes vedar o direito a adoção? Por que a submissão de todas as formas de sexualidade ao modelo único da relação heterossexual? Embora, pertencerem os homossexuais a unidade gênero humano.

Com efeito, as respostas às indagações acima, por certo se encontram na visão obtusa dos operadores do direito, que girando a manivela da história ao contrário, buscam na lógica da totalidade o paradigma do ser.

Na obra do Professor de Filosofia do Direito da Universidade Federal do Paraná, Celso LUDWIG, está o argumento que serve de alicerce para a confirmação da resposta acima:

“Já em Parmênides o ser coincide com o mundo. O mundo é visto porque é ‘iluminado’ pelo ser. Mas quem é este ser? Segundo Dussel (s.d., p. 12), o ser é o grego. O que não é grego é não-ser; *para além do horizonte, está o não-ser, o bárbaro, a Europa e a Ásia*”.²⁰

Página adiante conclui o eminente professor:

“Portanto, o *eu-sujeito* que se apresenta como totalidade constituinte do ser das coisas, ao nível do abstrato, historicamente é um sujeito-europeu-branco, frente ao qual o restante é objeto de dominação. Na dimensão erótica, o sujeito é o varão; na pedagogia, o sujeito é o adulto. Assim, o que abstratamente se instaura como *subjetividade* do sujeito, ao nível mais concreto, se resolve no sujeito-europeu-branco-varão-adulto. Geopoliticamente Europa; na ideologia racial, branco; na

²⁰ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 127.

machista, homem; na pedagógica, adulto, e ao nível social, classe dominante. Nessa redução de tudo à totalidade como sujeito, legitima-se teoricamente a dominação política.”²¹

Neste mesmo sentido argumenta DUSSEL:

“O mais grave é que esta ontologia diviniza a subjetividade europeia conquistadora que vem dominando o mundo desde sua expansão imperial no século XV. ‘O ser é, o não-ser não é’. O ser é a razão europeia, o não-ser são os outros humanos. A América Latina e toda a ‘periferia’ ficam por isso, definidas como o puro futuro, como o não-ser, como o irracional, o bárbaro, o inexistente. A ontologia da identidade da razão e da divindade como o ser termina por fundamentar as guerras imperiais de uma Europa dominadora de todos os povos, constituídos como colônias, neocolônias ‘dependentes’ em todos os níveis de seu ser”.²²

As citações, embora longas, estejam a demonstrar de forma precisa, que aos homossexuais está reservado um papel secundário em nossa sociedade, porquanto se tratam de seres supérfluos e descartáveis, logo não estão a merecer um lugar no mundo, devem se arranjar em um novo tecido social se quiserem viver.

Verifica-se, pois, a impossibilidade de se aplicar a todo e qualquer caso concreto, o que se convencionou chamar de ideal normativo, posto que concebido a partir de um totalitarismo dominante, o qual por sua vez encontrar-se inteiramente separado da realidade fática, tanto é verdade, que de há muito se ignora por completo os direitos fundamentais da alteridade, o que torna completamente descabida e ignóbil qualquer discussão crítica do que se deva entender por justiça.

Escreve Luiz Guilherme Marinoni:

“O princípio da legalidade, assim, acabou por construir um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não depende de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa. Nessa linha, Ferrajoli qualifica o princípio da legalidade como meta-norma de reconhecimento das normas vigentes, acrescentando que, segundo esse princípio, uma norma existe e é válida apenas em razão das formas de sua produção. Ou melhor, nessa dimensão a juridicidade da norma está desligada de sua justiça intrínseca, importando somente se foi editada por uma autoridade competente e segundo um procedimento regular”.²³

²¹Ibid., p.131.

²² Dussel, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 124.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, volume I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006, p.25.

Impossível ainda, deixar de se levar em consideração o fato de que, quando se trata de aquilatar as formas do comportamento dos seres humanos em sociedade, por certo alguns não se ajustam ao arquétipo criado pela regra geral e nem mesmo poderão a ela ser ajustados, o que torna evidente que a lei jamais alcançará a universalidade que pretende na construção do ordenamento jurídico.

Na verdade, o hábitat circunscrito pela norma, ao excluir do permitido atos que seriam autorizados se não fosse à existência da lei, faz surgir uma categoria universal de seres humanos excluídos, forçando-nos concluir que a condição de excluído surge justamente da falta de um regramento que se aplique a determinada situação fática.

O monopólio do Estado instrumentalizado por meio das elites, no desempenho da função de criar e delimitar o campo de atuação dos regramentos normativos nos moldes atuais fez ressurgir do antigo Direito Romano, a categoria do *homo saucer*, ou seja, pessoa desprovida de significação humana ou divina.

Com efeito, a vida do *homo saucer* era desprovida de valor. Não existia punição alguma no antigo Direito Romano para aquele que, por ventura, viesse a matar um *homo saucer*, nem mesmo considerava-se sacrilégio tal ato. O *homo saucer* era a principal categoria de “refugio humano” estabelecida na antiga Roma.

Destarte, perfeitamente admissível hodiernamente afirmar-se *mutatis mutandis*, que os homossexuais são a versão moderna do *homo saucer* do antigo Direito Romano, porquanto além de ignorar por completo suas reivindicações, nosso ordenamento jurídico nega-lhes o direito ao reconhecimento de sua união e adoção.

Estas situações fáticas, a teor da legislação vigente, só encontram acolhimento e proteção se e quando pleiteadas pelos heterossexuais, conforme insistem alguns a teor do texto esculpido no artigo 1.723 do Código Civil.

A totalidade prefere não atribuir à condição de “sujeitos de direito”, aqueles que não se encontram emoldurados em seus arquétipos, deixando de reconhecer que, as uniões homossexuais e a possibilidade de adoção por aqueles que mantêm relações homoeróticas, não encontrem um lugar na família. A ordem jurídica interna de nosso Estado impede-os de se conectarem com as instituições jurídicas, tendo na igualdade de sexo a premissa justificadora de sua exclusão.

Celso LAFER, nos dá a exata extensão dos problemas enfrentados pelos que vivem no entorno de um Estado supostamente adjetivado como Democrático de Direito:

“A convicção, explicitamente assumida pelo totalitarismo, de que os seres humanos são supérfluos e descartáveis, representa uma contestação frontal à idéia do valor da pessoa humana enquanto ‘valor fonte’ de todos os valores políticos, sociais e econômicos e destarte, o fundamento último da legitimidade da ordem jurídica, tal como

formulada pela tradição, seja no âmbito do paradigma do Direito Natural, seja no da Filosofia do Direito”.²⁴

Por sua vez, assevera Celso LUDWIG:

“Esse *outro* ao qual nos referimos está sempre pressuposto na comunidade de comunicação, mas também sempre excluído na comunidade real e que não argumenta efetivamente quando da produção dos consensos – fato que ocorre também nas estruturas do capitalismo periférico -; é o explorado, o dominado o pobre, ou é a *vítima* não intencional do sistema”.²⁵

Diante da proposição acima, perfeitamente factível sustentar-se que, o Direito Positivo pode efetivamente ser visto e encarado como algo posto via Poder Estatal, cuja efetividade é assegurada através de uma sanção, tendo como função primordial instrumentalizar o gerenciamento das crises surgidas em razão das variadas atividades sociais, porém somente acessível a um grupo seletivo de pessoas, ou dito de outra forma, a determinados modelos de sujeitos ou relações sociais.

Destarte, impossível estabelecer-se diante do atual modelo de Direito Positivo que nos é apresentado, uma correlação entre norma e realidade sócio-cultural, o que representa a falsa concepção de que o Direito é um sistema fechado e independente de outros que o abranjam e gravitam ao seu redor.

O Direito é por excelência uma ciência social, e por isso carrega em sua essência a finalidade social, de tal sorte que, deve ser concebido sempre como um Direito novo diante daquele novo acontecimento social. Deve atender a necessidade e os valores conclamados pela sociedade da época em que é invocado, ou seja, não se pode conceber o Direito, ainda que positivado, como simples reprodução de regra.

Recentemente, nosso ordenamento jurídico deixou de reconhecer como típicas condutas, como a do adultério e da sedução. A convivência harmônica destes comportamentos, classificados pelo legislador como ilícitos penais, tornou-se impossível diante dos novos valores advindos com a sociedade moderna do século XXI. De certa forma, passou a ser uma utopia qualquer tentativa de se justificar, diante das novas concepções sociais, eventual sanção penal imposta ao autor do adultério ou da sedução.

Ora, da mesma maneira, não se pode mais deixar de reconhecer em nossa sociedade, a existência das relações homoafetivas entre pares masculinos e femininos. Não se pode mais ignorar que é o afeto que une, não só essas pessoas, mas sim todo e qualquer ser humano da categoria a qual pertencem. Não se pode mais fechar os olhos ao direito subjetivo à paternidade dos pares homossexuais, reduzindo a um vazio jurídico

²⁴ Ibid., p. 19.

²⁵ Ibid., p. 139.

seu direito fundamental à felicidade. Falho é, sem dúvida, o ordenamento jurídico pátrio neste aspecto.

Com efeito, o que se constata hoje em dia é uma evidente semelhança entre a união homoafetiva e a união estável. Em ambas as relações se faz presente o afeto, embora não formalizadas. A união estável se configura pela convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, impondo-lhes o dever de lealdade recíproca, respeito, consideração mútua, assistência moral e material, guarda, sustento e educação dos filhos.

Verifica-se, pois, que a única diferença entre a união estável e a união homossexual, está na diferenciação dos sexos existente na primeira e na igualdade presente na segunda, porém, os direitos e deveres são idênticos em ambas as uniões, logo basta aos operadores do direito valerem-se do artigo 126 do Código de Processo Civil, para se reconhecer as relações homoafetivas como espécie de entidade familiar e os direitos daí decorrentes.

Notadamente, se levarmos em consideração o fato de que, com o advento da Constituição Federal de 1.988, o afeto foi erigido à categoria de principal aspecto a ser considerado em uma relação familiar, tanto é verdade que, em seu artigo 226 e parágrafos, enumerou o legislador, várias formas de entidades familiares, sem, contudo, excluir expressamente qualquer de suas formas ou categorias.

Outro ponto que merece destaque neste aspecto é o art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal, de onde se extrai a vedação de qualquer forma de discriminação. Aliás, a expressão “*qualquer natureza*”, ali contida, está a evidenciar a proibição de se ter como base a orientação sexual como fato gerador de tratamento desigual, posto que a efetividade do “*bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” é o fim a que se destina a República Federativa do Brasil.

Para tornar ainda mais compreensível essa reflexão, deve-se ter em mente o respeito à liberdade da pessoa, fundamental a um Estado que pretenda ser adjetivado verdadeiramente como Democrático de Direito, o qual se encontra assegurado no artigo 5º de nossa Lei Maior:

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

Além do que, a vivência estável e amorosa entre pessoas biologicamente iguais, é um direito que lhes assiste por natureza, logo inegável sua condição de Direitos Humanos, o qual por sua vez o torna inerente à própria dignidade humana.

Oportuna, neste aspecto, a lição de Gustavo TEPEDINO:

“Os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que quando se fala em direitos humanos, referimo-nos os direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos de personalidades, sem dúvidas nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas”²⁶.

A relação entre dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, é identificada também por Maria Celina Bodin de MORAES:

“No âmbito das relações existenciais, são importantes conseqüências da consolidação do novo paradigma, representado pela dimensão maior do princípio da dignidade da pessoa humana, o significativo desenvolvimento nos últimos tempos, dos direitos da personalidade”.²⁷

Verifica-se, pois que, se negar à união homoafetiva seu reconhecimento como entidade familiar, ou ainda, proibir-lhe o direito à paternidade por meio do instituto da adoção, quando presentes os pressupostos do afeto, publicidade, respeito e assistências mútuas, lealdade e continuidade, se consubstancia numa forma de exclusão do reconhecimento do outro, ou seja, da sua alteridade.

Neste contexto, impõe-se ao aplicador do direito quando da apreciação e solução destas lides, abandonar por completo o arquetipo tradicional de prestação de tutela jurisdicional, ou seja, sua forma automatizada e pragmática, imposta por séculos de submissão a um positivismo tacanho, pois, caso assim não proceda, estará dando ensejo ao surgimento de um Direito causador de exclusões.

Ao prestar a tutela jurisdicional, deve o magistrado ter em mente, diante do caráter *sui generis* destas demandas, o sujeito concreto litigante, ou dito de outra forma, sua vida concreta como modo de sua realidade, porque só assim estará assegurado o direito à liberdade e o direito à diferença. Portanto, e neste sentido, por existir em tal demanda estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, não está a comportar solução nos moldes convencionais.

Com efeito, a vida e o modo concreto de vida do sujeito, é que se deve ter como referência, quando da apreciação por parte do Poder Judiciário, de pedidos de adoção originados por sociedades homoafetivas. Se a solução deste conflito tiver como base a regra geral positivada e abstrata, jamais se obterá a realização concreta do direito

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 33.

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e direito Civil: tendências. Direito, Estado e Sociedade**. v. 15, ago-dez, Rio de Janeiro.1999, p. 108.

ao reconhecimento das uniões homossexuais como espécie de entidade familiar, ou ainda, a efetivação do direito à adoção advinda dessa relação homoafetiva. Não há como dissociar o positivismo do ser “humano artificial”.

Insta é convir que, o modo de realidade concreta social, econômica e política dos países da América Latina, notadamente do Brasil, não é algo muito complexo de se entender: tornou-se de somenos importância, e, portanto, admissível a situação de miserabilidade de seu povo, já não mais causa qualquer indignação às elites o fato de “outros” humanos terem que viver entorno do Estado ²⁸.

Quanto às crianças e adolescentes em situação de total abandono moral e material pelas ruas e de outras tantas mil institucionalizadas, as quais ao atingirem a maioria certamente serão despejadas na sociedade a mercê da própria sorte, nunca foi um problema para nossas elites.

Para tanto, basta erguer os muros de suas mansões ou condomínios fechados ou subir os vidros de seus automóveis nos semáforos das ruas e avenidas, que estas pequenas criaturas ficam reduzidas à insignificância que merecem, desaparecendo do ângulo de suas visões, deixam simplesmente de existir.

A ausência de uma política social efetiva e o assustador descaso com as crianças de nosso País é uma herança do Brasil Colônia que se trasladou para o Império, instalou-se na República, perpetuando-se até os dias atuais, conforme pode se constatar através da pena de Laurentino GOMES:

²⁸ Cf. Geoffrey BLAINEY: “Na Europa da segunda metade do século 19, as exigências por igualdade econômica tornaram-se fortes em determinados anos. Foram mais fortes nas cidades porque nelas era mais fácil organizar movimentos de protestos não oficiais do que nos vilarejos. O grito por igualdade também foi estimulado pelos extremos aviltantes de riqueza; embora a monarquia, a nobreza, os grandes proprietários de terras e os mercadores tivessem sido visivelmente ricos, a ascensão dos donos de fábricas, que ganhavam grandes quantidades de dinheiro, aumentou a noção de que suas riquezas haviam sido geradas principalmente pelo suor dos empregados atuais. As exigências por reformas econômicas foram estimuladas pelo aumento do desemprego nos anos difíceis e pelo fato de que estar desempregado numa cidade grande era muito pior do que no interior, onde, pelo menos, podia se conseguir lenha e onde os parentes podiam ser visitados à procura de comida e abrigo.

A maioria dos fortes movimentos de protesto ocorria nas cidades e, em 1848, o ano das revoluções, estava à beira do sucesso. Enquanto muitos dos protestos iniciais não reivindicavam nada além de pão barato em ano de pão caro, os novos movimentos por reformas eram geralmente abrangentes e sofisticados. Karl Marx e Friedrich Engels, os jovens arquitetos alemães do chamado comunismo, mostraram grande visão em relação aos novos rumos que estavam sendo tomados pelas rápidas mudanças na economia européia. Com visão aguçada, Marx previu que, nas nações industriais, as novas máquinas e as novas habilidades produziriam uma enorme riqueza e um enorme abismo entre os ricos e os pobres. Em 1875, ele já enfatizava drasticamente a igualdade: ‘De cada um de acordo com suas capacidades, para cada um de acordo com suas necessidades.’

Os reformadores econômicos não tiveram de apontar para a necessidade de ação. Na Itália, grande número de crianças andava descalça em pleno inverno. Nas grandes cidades alemãs, a maioria das famílias vivia em apartamento de um só cômodo. Na Rússia, inúmeras famílias tremiam no inverno gelado porque não podiam comprar combustível suficiente para manter o fogo aceso”. (**Uma Breve História do Mundo, 2ª ed. ver. e atual.** São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2007, p. 277 – 278).

“A entrega de crianças não desejadas para a adoção era um hábito disseminado no Rio de Janeiro. Os orfanatos e alguns conventos tinham a chamada ‘roda dos enjeitados’ instituição importada de Portugal, na qual era possível depositar um recém-nascido sem que a pessoa responsável por esse ato fosse identificada. Em 1.823, a viajante inglesa Maria Graham visitou um asilo no Rio de Janeiro, cuja roda dos enjeitados havia recebido 10000 crianças órfãs num período de nove anos. A maioria tinha morrido antes de encontrar um lar que as acolhesse”.²⁹

Não se pode deixar de reconhecer e, ao mesmo tempo condenar, o comportamento repugnante de nossas elites, porém, não se deve ignorar também, que esta prática é utilizada desde antes da chegada da Família Real ao Brasil, conforme ainda nos relata Laurentino GOMES:

“Charles Boxer relatou que os pais e maridos em Salvador eram encorajados pela Igreja a manter suas mulheres e filhas reclusas, como forma de evitar que se expusessem à moralidade relativamente frouxa da cidade. ‘A freqüência da prostituição de escravas e de outros obstáculos para o caminho de uma vida de família completa, tal como o duplo padrão de castidade como o que existia entre maridos e esposas, concorriam para uma grande quantidade de miscigenação entre homens brancos e mulheres de cor. Isso por sua vez, produzia muitas crianças não desejadas que, se viviam e cresciam, tornavam-se vadias e criminosas, vivendo de suas espertezas e à margem da sociedade’. O historiador também se refere à ‘vergonhosa prática de viverem as senhoras dos ganhos imorais de suas escravas, que não só eram encorajadas, mas compelidas a entregar-se à prostituição’.”³⁰

Destarte, a vida humana como critério-fonte deve ser interpretada como aquela que surge da realidade de vida concreta do sujeito, ela é que deve orientar o operador do direito na apreciação de lides que envolvam o deferimento da adoção por pares homossexuais, neste sentido a lição de Enrique DUSSEL:

“La ‘vida humana’ no tiene como referencia a un universal abstracto, a um concepto de vida o a una definición. Es la ‘vida humana’ concreta, empírica, de *cada* ser humano. Es la vida que para vivirse necesita comer, beber, vestirse, leer, pintar, crear música, danzar, cumplir ritos y extasiarse em las experiencias estéticas y místicas. Vida *humana* plena, biológica, corporal, gozosa, cultural, que se cumple em los valores supremos de las culturas – pero, como hemos dicho, no se

²⁹ GOMES, Laurentino. **1808 - Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil.**São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007, p.351.

³⁰ Ibid., p.115 e116.

identifica com los valores, sino que los origina, los ordena em jerarquías, de distintas maneras em cada cultura particular”.³¹

Tal fato, também não passou despercebido aos olhos de autores como Francisco VALDES, que fundamenta seu pensamento neste sentido:

“A doutrina legal, relativa ao sexo, ao gênero, e à orientação sexual deve ser trabalhada com mais sensibilidade, não somente para reforçar os mandatos antidiscriminatórios existentes, considerando sexo e gênero, mas para refletir a realidade social”.³²

O excelente argumento de João Baptista VILLELA traz sem sombras de dúvidas, luz às mentes daqueles que ainda insistem em não admitir a possibilidade de adoção por companheiros homossexuais: “a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço, do que na procedência do sêmen”.³³

Outro fator que serve de fundamento para se negar aos pares homossexuais à adoção, é de cunho psicológico. A família adotiva terá forma estrutural diversa daquela estereotipada tradicionalmente, ou seja, de um pai e uma mãe, sendo assim, o papel da família adotiva não irá transmitir ao recém chegado a segurança de que necessita na identidade de suas raízes e de suas origens, este contexto familiar diferente faz surgir dificuldades psíquicas para a criança e resultados imprevisíveis na formação de sua personalidade ou identidade.

Maria Berenice DIAS, posiciona-se de forma diametralmente contrária ao entendimento acima:

“Questiona-se se a ausência de referenciais de ambos os gêneros poderia eventualmente tornar confusa a própria identidade sexual, havendo risco de o menor tornar-se homossexual. Também causa apreensão a possibilidade de a criança ser alvo de repúdio no meio que freqüenta ou vítima do escárnio por parte de colegas e vizinhos, o que poderia acarretar perturbações de ordem psíquica. Estas preocupações são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias com essa conformação. Na Califórnia, desde 1970, vem sendo estudada a prole de famílias não convencionais, filhos de *hippies* e de quem vive em comunidade ou casamentos abertos, bem como crianças criadas por mães lésbicas ou pais *gays*. Concluíram os pesquisadores

³¹ Ibid., p. 118.

³² VALDES, Francisco. **Queers, sissies, dykes, and tomboys: deconstructing the conflation of sex, gender, and sexual orientation.** Euro-American law and society. California Law review, v. 83, p 3-33, 1995.

³³ VILLELA, João Batista. **Repensando o Direito de Família.** In: Repensando o Direito de Família - Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM/OAB-MG. Belo Horizonte, 1998, p. 98.

que filhos com pais do mesmo sexo demonstram o mesmo nível de ajustamento encontrado entre crianças que convivem com pais dos dois sexos. [...] Também não foi detectada qualquer tendência importante no sentido de que os filhos de pais homossexuais venham a se tornar homossexuais. Estudos que datam de 1976 constataram que as mães lésbicas são tão aptas nos papéis maternos quanto as heterossexuais. [...] Diante de tais resultados, não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores gera patologias. Não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao desenvolvimento moral ou à estabilidade emocional decorrentes do convívio com pais do mesmo sexo. Não dispõe de qualquer sustentação o temor de que o par possa praticar sexo na frente ou com os filhos. Assim, nada justifica a visão estereotipada de que o menor que vive em um lar homossexual será socialmente estigmatizado ou terá prejudicado o seu desenvolvimento e muito menos que a falta de modelo heterossexual acarretará perda de referenciais a tornar confusa a identidade de gênero” .³⁴

Portanto, imperioso se faz reconhecer uma nova concepção de sujeito, como as exteriorizadas através das reivindicações de movimentos de libertação, as quais revelaram o sujeito externo ao totalitarismo, ou dito de outra forma, existe uma heterogeneidade social, cultural e sexual de cidadãos iguais em dignidade, já que segundo Celso LAFFER “a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado” .³⁵

O século XXI nos colocou diante da revelação do “novo sujeito de direito”, projetado para não mais viver entorno do Estado, mas sim disposto a reivindicar e tornar factível, o exercício do direito a lhe permitir o reconhecimento de sua dignidade humana, em face do despertar da nova realidade social.

Destarte, o surgir de um “novo sujeito de direito” que em consequência de uma nova atitude rompe com o paradigma da dominação, deixando evidente que as coisas não mais devem ser resolvidas tendo como razão fundante o princípio da universalização, demonstra a imediata necessidade das elites em reconhecer a falta das condições materiais de viver desses sujeitos, que até então eram excluídos de sua totalidade. Os *displec persons* possuem um lugar “no” e não “entorno” do tecido social.

Essa tomada de consciência faz surgir um reconhecimento do outro para além do princípio formal da igualdade do ser, ou seja, a ótica agora é de um outro - igual no aspecto negado ou excluído diante da vida concreta de cada sujeito. A exterioridade é o critério fonte, o sujeito sob o enfoque da situação econômica, social, política, jurídica e outros, no mundo da realidade de cada um.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 115-116.

³⁵ *Ibid.*, p.22.

Hans KELSEN a respeito do estigma social daquele que é diferente e, por conseguinte considerado “anormal”, faz a seguinte observação:

“A consciência de ser ‘diferente dos outros’ compele a um doloroso isolamento e, assim, já de início, a uma certa opção hostil à sociedade que não compreende essa singularidade e que não apenas despreza essa feição particular do Eros, como também submete suas manifestações à punição pelo Estado”.³⁶

Verifica-se, pois que, não se encontram definições cultas e profundas aptas a desenvolverem uma doutrina jurídica a fim de justificar a ausência de legislação no sentido de se admitir o casamento e a adoção por pares homossexuais, o que só vem reforçar a idéia de que em matéria de Direito de Família, nosso legislador ainda possui um comportamento medieval e obscurantista.

³⁶ KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 62.

CAPÍTULO II

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1. A dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico.

A Constituição da República Federativa do Brasil abre suas disposições anunciando no Título I: Dos Princípios Fundamentais - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo “político”.

O fato de o texto constitucional em seu Título I, consagrar como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, não está a autorizar a conclusão de que o princípio da dignidade humana tenha por si só, o condão de proporcionar a devida garantia e proteção que efetivamente almeja em nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, diante de tantas exclusões materializadas na sociedade brasileira, cuja característica marcante é a pluralidade, torna-se evidente que a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, não passa de um sonho de uma tarde de verão, uma vez que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário ainda caminham a passos lentos no que se refere à efetivação dos direitos das minorias.

Prova disso, são as grandes dificuldades que os homossexuais, de um modo geral, vêm encontrando na maioria das vezes, para tornar factível diante do Poder Judiciário, direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal, *maxime* quando a efetividade desses direitos guarda relação com questões concernentes ao reconhecimento das uniões homoafetivas para deferir-lhes o direito à adoção.

Não se pode deixar de reconhecer que, o ponto nevrálgico dessa exclusão, está localizado justamente na ausência de uma norma que regulamente este novo acontecimento social. Com efeito, essa lacuna em nosso ordenamento jurídico, tem obrigado o aplicador da lei a se utilizar da analogia e dos Princípios Gerais de Direito na prestação da tutela jurisdicional.

Oportuno, neste aspecto, o alerta do ex Ministro da Justiça Saulo Ramos: “no Brasil se a lei não diz claramente, expressamente, detalhadamente, esperar que o direito surja de interpretação extensiva equivale a excluí-lo”.³⁷

O uso desta prática faz com que a insegurança tome conta de nosso ordenamento jurídico na medida em que, a matéria deduzida em juízo será solucionada de acordo e na intensidade das influências sócio-culturais e políticas do operador do direito que se encontra a frente do conflito.

Isso representa de certo modo, a negação do princípio da dignidade da pessoa humana e, por consequência, a exclusão de um direito fundamental, tendo o preconceito como sua razão fundante, ou dito de outra forma, a tutela jurisdicional estará desprovida de qualquer conteúdo jurídico ou científico.

Como anteriormente se afirmou, a Constituição Brasileira estabelece a pessoa humana como o sujeito de Direito legitimador de todo o ordenamento jurídico, ou seja, a pessoa humana é o valor máximo da República, afastando-se com isso qualquer convicção alicerçada nos preceitos que fundamentam os Estados Totalitários, onde os seres humanos são encarados como supérfluos.

Aliás, neste sentido, oportuna é a lição de Celso LAFER:

“A convicção, explicitamente assumida pelo totalitarismo, de que os seres humanos são supérfluos e descartáveis, representa uma contestação frontal à idéia do valor da pessoa humana enquanto ‘valor-fonte’ de todos os valores políticos, sociais e econômicos e, destarte, o fundamento último da legitimidade da ordem jurídica, tal como formulada pela tradição, seja no âmbito do paradigma do Direito Natural, seja no da Filosofia do Direito. O valor da pessoa humana enquanto ‘valor-fonte’ da ordem de vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem”.³⁸

Pela mesma razão, não mais encontra espaço em nosso ordenamento jurídico, o entendimento filosófico e político da Antigüidade Clássica, o qual condicionava a dignidade da pessoa humana à posição social ocupada pelo indivíduo e seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, hodiernamente impossível admitir-se uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se conceber a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.³⁹

³⁷ RAMOS, Saulo. **Código da Vida**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007, p.340.

³⁸ Ibid., 19 e 20.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 30.

Neste contexto, a dignidade deve ser entendida como uma qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e, por essa razão irrenunciável e inalienável, posto consubstanciar-se num elemento qualificador do ser humano, bem como, de toda a sua grandeza e superioridade em relação aos demais seres. De tal sorte que, o respeito e a proteção à dignidade da pessoa humana devem se constituir num dos principais objetivos do Estado Democrático de Direito.

Maria Celina Bodin de MORAES, explica que “a raiz da palavra ‘dignidade’ é derivada do latim dignus – aquele que merece estima e honra, a quem se deve respeito, aquele que é importante”.⁴⁰

Nas mãos de Gustavo TEPEDINO, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha contornos de “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”, ou dito de outra forma, é o “valor máximo” de nosso ordenamento jurídico, fazendo com que todas as demais relações jurídicas, por ventura derivadas da legislação infraconstitucional, guardem consonância com seu comando.⁴¹

Oportuna neste aspecto é a lição de Ana Paula de BARCELLOS:

“O intérprete deverá demonstrar explicitamente a adequação de suas opções tendo em vista o princípio constitucional pertinente à hipótese e o princípio geral da dignidade da pessoa humana, a que toda a ordem jurídica final se reporte. Por mais vago que um princípio possa se apresentar em determinadas circunstâncias, a escolha interpretativa deverá estar vinculada a ele de forma expressa, ao sentido que o intérprete atribua ao princípio naquele momento, e não a quaisquer outras circunstâncias, muitas vezes não declaradas”.⁴²

Depreende-se, pois, dos ensinamentos acima, que o princípio da dignidade humana deita suas raízes no Direito Natural, posto tratar-se de um direito, segundo Celso LAFER, “comum a todos e, ligado à própria origem da humanidade, representaria um padrão geral, a servir como ponto de Arquimedes na avaliação de qualquer ordem jurídica positiva”.⁴³

Na concepção kantiniana, encontra-se a afirmação no sentido de que, a autonomia da vontade é atributo inerente aos seres racionais, constituindo-se assim, no

⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O direito civil constitucional. In: 1988-1998: uma década de constituição.** CAMARGO, Margarida Maria Lacombe [org.], Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p. 125.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro.** In temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 47 e 48.

⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 147.

⁴³ Ibid., p.36.

fundamento da dignidade da pessoa humana. Diante da premissa acima mencionada, sustenta o filósofo:

“O Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim e si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim (...) Portanto o valor de todos os objetos que podemos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio. (...) no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade (...)”.⁴⁴

Neste contexto, ou seja, tendo a racionalidade como algo peculiar e, ainda inerente a todo e qualquer ser humano, perfeitamente factível chegar-se a conclusão de que, a dignidade possibilita a pessoa a construir, de forma livre e independente, sua própria existência e seu próprio destino.

Deste modo, inconcebível uma tentativa de fundamentação da dignidade humana estribada na qualidade de cristão, católico, protestante, na opção sexual da pessoa ou ainda na dependência de circunstâncias concretas, posto que inerente a todo e qualquer ser humano, destarte impossível deixar de reconhecê-la até mesmo para o maior dos criminosos, pelo simples fato de que a igualdade em dignidade não é um dado.

Embora, para Tomás de Aquino, que, inclusive, chegou a referir-se expressamente em seus estudos o termo “dignitas humana”, a noção de dignidade tenha sua origem na divindade, ou seja, no fato de que, o ser humano é feito à imagem e semelhança de Deus, não há como deixar de reconhecê-la em tudo o que se manifeste a essência do ser humano, não podendo ser conferida pelo ordenamento jurídico.

Aliás, neste particular, é de uma clareza ímpar a lição de Fladimir Jerônimo Belinati MARTINS, no sentido de que a prioridade do Estado deve ser o homem, o ser humano concreto, aquele da vida real e não o ser humano que emana dos

⁴⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In Os Pensadores – Kant (II). Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 134, 140 e 141.

códigos e das leis, deve-se conceber o ser humano concreto como centro do universo jurídico.⁴⁵

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o fundamento, o esteio, a razão de ser da República e do Estado Democrático de Direito, que se pretendeu erigir com o advento da Constituição de 1988. Nossa Lei Maior transformou a dignidade da pessoa humana como seu valor supremo, não só da ordem jurídico-política vigente, mas também da ordem política, social e econômica.

Em razão de tudo que até agora se expôs, impõe-se reconhecer um outro aspecto do estudo da dignidade, qual seja a tormentosa e árdua tarefa de se buscar um conceito claro e preciso do que seja dignidade diante de sua natureza polissêmica, como alerta Ingo Wolfgang SARLET:

“Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ‘ambigüidade e porosidade’, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à dignidade da pessoa humana. Uma das principais dificuldades, todavia – e aqui recolhemos a lição de Michel Sachs – reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para a compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa”.⁴⁶

Os princípios fundamentais em nossa Constituição Federal encontram-se, por sua vez, previstos no artigo 1º, estabelecendo nossa Lei Maior no que concerne aos direitos fundamentais que nossa República tem como razão fundante o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, logo a vontade do constituinte foi a de direcionar a República e o Estado a um único objetivo: a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Destarte, imperioso se faz a essa altura, um entendimento acerca do que seja “princípio”. Isso se faz necessário, justamente pelo fato de que, um dos argumentos

⁴⁵ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. 1ª ed, 3ª t., Curitiba: Juruá, 2005, p. 75.

⁴⁶ Ibid., p.39 e 40.

contrários mais consistentes à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo e, por conseguinte o direito de adotar em conjunto, deriva do entendimento que, qualquer outro tipo de entidade familiar que se pretenda criar, terá que ser feito por meio de emenda constitucional e não por projeto de lei.

O raciocínio jurídico que alicerça este posicionamento se encontra na chamada teoria da ‘norma geral exclusiva’, segundo a qual, resumidamente, uma norma ao regulamentar um determinado comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos.

De outro lado, o ponto fraco da ‘teoria da norma geral exclusiva’, consiste justamente no fato de que, os ordenamentos jurídicos, também prevêm como não poderia deixar de ser, a ‘norma geral inclusiva’, que tem como característica regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica.⁴⁷

Neste sentido, colaciona-se preciosa lição de Maria Celina Bodin de MORAES:

“Sem abandonar os métodos clássicos de interpretação verificou-se que outras dimensões, de ordem social, econômica, política e cultural etc., mereceriam ser consideradas, muito especialmente para interpretação dos textos das longas Constituições democráticas que se forjaram a partir da segunda metade desde século. Sustenta a melhor doutrina, modernamente, com efeito, a necessidade de se utilizar métodos de interpretação que levem em conta tratar-se de dispositivos constante da Lei Maior e, portanto, métodos específicos de interpretação constitucional devem vir à baila.

Dá ser imprescindível enfatizar, no momento interpretativo, a especificidade da normativa constitucional – composta de regras e princípios -, considerar que os preceitos constitucionais são, essencialmente, muito mais indeterminados e elásticos do que as demais normas e, portanto, *‘não predeterminam, de modo completo, em nenhum caso, o ato de aplicação, mas este se produz ao amparo de um sistema normativo que abrange diversas possibilidades’*. Assim é que as normas constitucionais estabelecem através de formulações concisas, *‘apenas os princípios e valores fundamentais das pessoas na comunidade, que hão de ser concretizados no momento de sua aplicação’* ”.⁴⁸

⁴⁷ E. Zietelman, *Lüken im Recht*, (1903) e D. Donati. *Il problema delle ordinamento giuridico* (1910) apud N. Bobbio. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, (1950). Brasília - São Paulo: Ed. UNB-Polis, 1989, p. 132 e ss.

⁴⁸ Cf. Maria Celina Bodin de Moraes: Por outro lado, é preciso não esquecer que segundo a perspectiva metodológica de aplicação direta da Constituição às relações intersubjetivas, no que se convencionou denominar ‘direito civil-constitucional’, a normativa constitucional, mediante aplicação direta dos princípios e valores antes referidos, determina o *inter* interpretativo das normas de direito privado – bem como a colmatação de suas lacunas -, tendo em vista o princípio de solidariedade que transformou, completamente o direito privado vigente anteriormente, de cunho marcadamente individualístico. No Estado democrático e social de Direito, as relações jurídicas privadas ‘perderam o caráter estritamente

Com efeito, por possuir a palavra “princípio” vários significados, perfeitamente possível lhe conferir diversos sentidos, sendo certo que o mais comum deles, consiste em atribuir-lhe o sinônimo de início ou começo. Contudo, não é esse o sentido que se busca em nosso estudo, e sim o utilizado na Constituição Federal.

Nesta esteira, Eduardo Cambi ao tratar do tema, informa que “no Direito, os princípios podem ser vistos como *standards* juridicamente vinculantes baseados na ‘idéia de direito’ ou na exigência de ‘justiça’. Portanto os princípios jurídicos condensam os valores mais relevantes para se dizer o que o Direito é e para que ele se destina”.⁴⁹

De acordo com o entendimento de José Afonso da SILVA, “princípio aí exprime a noção de ‘mandamento nuclear’ de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo (...)”.⁵⁰

Vê-se, pois que, a compreensão do direito através dos princípios implica em uma ruptura com o positivismo, cujo paradigma consiste em expressar o direito por meio de regras, não permitindo ao operador do direito aplicar uma norma que não se revele mediante o seu próprio texto, afastando-se com isso, qualquer subjetividade por parte do interprete, na definição do seu significado.

privatística e inserem-se no contexto mais abrangente de relações a serem dirimidas, tendo-se em vista, em última instância, no ordenamento constitucional.

Seguindo-se estes raciocínios hermenêuticos, o da especificidade da interpretação normativa civil à luz da Constituição, cumpre verificar se por que a norma constitucional não previu outras formas de entidades familiares, estariam elas automaticamente excluídas do ordenamento jurídico, sendo imprescindível, neste caso, a via emendacional para garantir proteção jurídica às uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, ou se, ao contrário, tendo-se em vista a similitude das situações estariam estas uniões abrangidas pela expressão constitucional ‘entidade familiar’.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família, consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, ‘impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família’. Assim sendo, embora tenha ampliado seu prestígio constitucional a família, como qualquer outra comunidade de pessoas, ‘deixa de ter valo intrínseco como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, na medida em que se constitua em seu núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.’” **A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional**. In RTDC.v. 1.p. 89-112.

⁴⁹ CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil: uma visão crítica**. 1ª ed., 2ªt., Curitiba: Juruá, 2003, p. 108.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p.91.

Isso quer dizer que, a concepção de “justa composição da lide”, não se encontra mais na idéia simplista de que a função jurisdicional cinge-se a um processo de adequação da norma declarando o direito. Hodiernamente mister se faz, que o magistrado vá além, deve-se enxergar na jurisdição algo muito maior, qual seja sua função de completar o ordenamento jurídico.

Conforme se demonstrou pelos ensinamentos acima, a lei diante de determinadas situações, por si só, é insuficiente para compor de forma justa a lide, sendo necessária para tanto, que a atividade jurisdicional para a “justa composição da lide” se valha dos princípios orientadores do ordenamento jurídico.

As Constituições que se seguiram a Segunda Grande Guerra Mundial, instituíram uma série de princípios aludindo aos direitos humanos e aos princípios materiais de justiça e, a partir daí, “revelaram valores que devem conformar com a realidade e orientar a compreensão e a aplicação das leis, é possível encontrar no direito através dos princípios algo parecido com o que se propõe no direito natural. Ou para ser mais claro: a relação que o intérprete faz, através da sua argumentação, entre a lei e o direito natural, pode ser comparada com a que se estabelece entre a lei e os princípios”.⁵¹

Portanto, a interpretação da lei a partir dos princípios constitucionais, expressa uma nova concepção do positivismo, classificada pela doutrina de pós-positivismo, porquanto submete o texto da lei “a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada uma norma jurídica que revele a adequada conformação da lei”.⁵²

Importante ressaltar que, os princípios expressam concepções de valores indissociáveis do ambiente cultural, logo, fruto do pluralismo e por isso de caráter aberto, assim na medida em que a sociedade evolui, os princípios devem ser redimensionados na mesma proporcionalidade, caso assim não fosse, a Constituição estaria engessada à letra das suas normas, ou à interpretação que a elas foi conferida um dia.

A propósito do tema, confira-se a lição de Carmem Lúcia A. Rocha:

“Os princípios, constitucionais são conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em cada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com

⁵¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, vol. I: teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 51.

⁵² Ibid., p. 51.

aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social”.⁵³

Imprescindível enfatizar ainda que, os princípios não podem de forma alguma, serem confundidos com os valores. Embora, os princípios fundamentais elencados na Constituição Federal estejam a representar determinados valores, os princípios se constituem em elementos metajurídicos que visam regular o direito positivo.

Os valores por sua vez, referem-se ao substrato do princípio, ou seja, são pertinentes àqueles bens de natureza subjetiva, de caráter geral e não imutáveis, em constante transformação dentro de uma determinada sociedade que houve por bem salvaguardar e protegê-los.

Eduardo Cambi faz importantes observações a respeito da distinção entre princípios e valores:

“Porém os princípios não se confundem com os valores, pois: i) o princípio tem um grau de concretização maior que os valores, possuindo um início previsão e de conseqüências jurídicas; ii) os princípios estão dotados de sentido deontológico (a deontologia é a parte da filosofia em que se estudam os fundamentos e os sistemas de moral), enquanto os valores estão dotados de sentido teleológico (a teleologia é o conjunto de especulações aplicadas à noção de finalidade, de causa final); iii) os princípios obrigam os seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprirem as expectativas generalizadas de comportamento, enquanto que os valores devem ser compreendidos como sendo preferências intersubjetivamente compartilhadas; expressam o caráter preferencial de bens pelos quais se considera, em coletividades específicas, que vale a pena lutar e que são adquiridos ou realizados por ações distintas a objetivos ou finalidades. Por esta razão, os valores são bens atrativos e os princípios, normas potencial”.⁵⁴

De outro lado, a doutrina por sua vez, também estabelece uma distinção entre os princípios e as regras jurídicas. Numa abordagem bastante sintética do tema, é possível afirmar-se que, os princípios possuem maior grau de abstração do que as regras, por se tratarem de verdadeiros instrumentos de efetivação dos princípios e, por via de conseqüência, dos valores.⁵⁵

⁵³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994, p. 23.

⁵⁴ CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil: uma visão crítica**. 1ª Ed. 2ª., Curitiba: Juruá, 2003, p.109.

⁵⁵ Cf. Eduardo Cambi: “Ademais os princípios são diferentes das regras jurídicas, porque: i) tem maior grau de abstração e, por conseguinte, menor densidade normativa (vale dizer: possuem uma série de hipóteses, *fact species* ou tatbestand indeterminados, enquanto que as regras são caracterizadas por *facti*

Neste particular, Luiz Guilherme MARINONI:

“Alexy afirma que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado *na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*, ao passo que as regras são normas que podem ser cumpridas ou não, uma vez que, se uma regra é válida, *há de ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos*. De acordo com Alexy, as regras contêm determinações em um âmbito fático e juridicamente possível, ao passo que os princípios podem ser realizados em diferentes graus, consoante as possibilidades jurídicas e fáticas. (...) Os princípios recortam certas parcelas da realidade e colocam-nas sob o seu âmbito de proteção. Consequentemente, a partir do momento em que se projetam sobre a realidade, eles servem de fundamento para as normas específicas que orientam concretamente a ação, seja num sentido positivo (prestação fática ou jurídica), seja num sentido negativo (omissão). No âmbito da relação entre a Constituição e a lei, isso significa que os princípios, de um lado, impõem aos legisladores deveres de produção de normas jurídicas e, de outro, imunizam determinadas posições jurídicas – as parcelas da realidade

species determinadas); ii) há um grau de diferenças entre as regras e os princípios: as regras se aplicam por subsunção, pois seu conteúdo é preciso (são *preceitos definitivos*); já os princípios se aplicam por ponderação, uma vez que ordenam a realização de algo na medida do possível, relativamente as possibilidades jurídicas e fáticas, sendo, pois, *preceitos de otimização*, que podem ser cumpridos em diversos graus; em razão disso, os princípios produzem uma sensação de ‘incompletude’ no sistema jurídico, servindo como *válvula de abertura* para contemplar situações jurídicas novas, complexas ou limítrofes (que se encontram em uma ‘zona de penumbra ou campo cinzento’), além de servirem como um modo de satisfazer as aspirações ético-essenciais do direito; iii) podem ser expressos ou implícitos (ou, de outro modo, pode-se falar também princípios *positivos* de direito e em princípios *gerais* de direito), ao contrário das regras jurídicas, que são sempre explícitas; iv) violar um princípio é mais grave do que violar uma regra, porque quem viola uma regra infringe um mandamento específico, enquanto que a violação de um princípio implica a insurgência contra todo um alicerce axiológico jurídico; v) o conflito entre regras jurídicas resulta em *antinomia*, o que faz que somente uma delas seja aplicada, sendo a outra excluída ou eliminada do sistema por imposição de critérios como o de que *lex superior derogat inferiori, lex specialis derogat generali* e *lex posterior derogat priori*; por outro lado, o confronto entre dois princípios jurídicos não resulta em *antinomia*, isto é, não se exige que um deles seja eliminado para que o outro possa ser aplicável: a opção do intérprete por um não significa a desobediência do outro, pois não têm a *pretensão* da exclusividade, podendo entrar em oposição ou em contradição entre si (ou seja, podem ser ajustados, de modo que, por uma solução ‘intermediária’, a oponibilidade interna se resolve sem um compromisso), o que dá *flexibilidade* aos princípios, oferecendo mais de uma solução ao problema do confronto entre dois bens jurídicos, permitindo-se encontrar um meio-termo entre a vinculação e a não-vinculação, e, destarte, levar a sério a Constituição sem exigir soluções impossíveis (‘reserva do possível’); com efeito, os conflitos entre regras ocorrem na *dimensão da validade*, enquanto que os conflitos entre princípios resultam em uma *questão de peso* (ou seja, o princípio menos relevante acaba por ceder espaço ao princípio mais relevante a ser aplicado a uma situação fática, sem, com isso, haver a sua exclusão); vi) por fim, os princípios têm papel fundamental no ordenamento jurídico (posição hierárquica mais elevada) e têm natureza *normogênica* das regras jurídicas; em razão disso, não há conflitos antinômicos entre as regras e os princípios jurídicos, uma vez que as regras concretizam os princípios (as regras determinam situações fáticas que são indeterminadas pelos princípios). De onde que, o que pode ocorrer, é a regra não ter concretizado adequadamente determinado princípio, o que resulta na sua perda de *eficácia*, bem como justifica interpretações contra *legem*, quando por ventura contrariar um princípio jurídico”. CAMBI Eduardo. **Jurisdição no processo civil: uma visão crítica**. 1ª ed., 2ªt., Curitiba: Juruá, 2003, p. 109-111.

recolhidas em seu âmbito protegido – do alcance da atuação da lei. Nesse sentido, os princípios são valor normativos aos fatos, também indicando como a lei deve ser dimensionada para não agredi-los. Por isso, a compreensão das regras estão condicionadas pelo valor atribuído à realidade pelos princípios. (...) Afirma-se que no caso de conflito de *regras* o problema é de *validade*, enquanto na hipótese de colisão de *princípios* a questão é de *peso*. Quando a colisão de princípios, um deve ceder diante do outro, *conforme as circunstâncias do caso concreto*. De modo que não há como se declarar a *invalidade* do princípio de menor peso, uma vez que ele prossegue íntegro e válido no ordenamento, podendo merecer prevalência, em face do mesmo princípio que o precedeu, diante de outra situação concreta” .⁵⁶

Verifica-se, pois que, os princípios traduzem-se em verdadeiras diretrizes a serem seguidas por um ordenamento jurídico, pelo fato de sua incidência ser muito mais ampla do que as das regras, tanto é verdade, que eventuais conflitos existentes entre as regras devem ser solucionados pelos meios clássicos de interpretação: lei especial derroga lei geral.

Esse mesmo modelo de solução de conflitos de normas, não pode ser aplicado de forma alguma aos princípios. Isso se deve ao fato de que os princípios são dotados de uma enunciação larga e aberta, de tal sorte que não se pode falar em conflitos de princípios, mas sim em colisão de princípios, em casos que tais, deve o interprete valer-se do critério da “proporcionalidade” para fazer prevalecer um princípio diante do outro.

Com efeito, quando os princípios colidem um deverá ceder ante o outro, não se quer dizer com isso, que princípio afastado será declarado inválido, mas sim que em determinadas situações um princípio precederá ao outro, ou dito de outra forma, o princípio de maior peso diante do caso concreto é que prevalecerá.

Confiram-se, uma vez mais sobre o assunto, os ensinamentos de Luiz Guilherme MARINONI:

“Os princípios, por sua natureza, devem conviver. A sua pluralidade, e a conseqüente impossibilidade de submetê-los a uma lógica de hierarquização, faz surgir a necessidade de uma metodologia que permita a sua aplicação diante dos casos concretos. Fala-se, nesse sentido, de ponderação dos princípios ou de aplicação da ‘proporcionalidade’ como regra capaz de permitir a sua coexistência ou de fazer prevalecer um princípio diante do outro sem que um deles tenha que ser eliminado em abstrato, ou sem que o princípio não preferido em determinada situação tenha que ser negado como capaz de aplicação em outro caso concreto” .⁵⁷

⁵⁶ Ibid., p. 48-49 e 53.

⁵⁷ Ibid., p. 52.

Walter Claudius ROTHENBURG, deixa claro a solução na colisão de princípios, ao trazer à colação situações enfrentadas pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, abaixo uma delas:

“Outra ilustração: estava prevista a apresentação, pela televisão, de um documentário acerca do assassinato de soldados que guardavam um depósito de munições, ocorrido havia vários anos (‘caso Lebach’). Um dos condenados, que agora estava em vias de deixar a prisão, e que apareceria mencionado e fotografado no documentário, postulou a proibição liminar da exibição, alegando ofensa a seu direito da personalidade, com ameaça à sua ‘ressocialização’. Nem o tribunal estadual nem o tribunal superior acolheram o pedido, entendendo que ‘o envolvimento no crime fez que o impetrante se tornasse uma personalidade da história recente e que o filme fora concebido como um documentário destinado a apresentar o caso sem qualquer alteração’ (Gilmar F. Mendes, no prefácio a Farias 1996). Em recurso constitucional, o Tribunal Constitucional, reconhecendo ‘uma situação de tensão entre a proteção da personalidade... e a liberdade de informação...’ (ambas protegidas pela Lei Fundamental) e devendo ‘decidir qual interesse deve ceder, tendo em conta a conformação típica do caso e as circunstâncias especiais do caso particular’ embora tivesse chegado ‘a uma precedência geral da liberdade de informação da emissora no caso de ‘uma informação atual sobre fatos delituosos’, todavia, na espécie, afirmou a precedência da proteção da personalidade em relação à liberdade de informação (que foi então proibida), tendo em vista as seguintes condições: a ‘repetição de uma informação sobre um delito grave, que já não responde a interesses atuais de informação’ e ‘põe em perigo a ressocialização do autor.’ Um terceiro exemplo: considerou-se que a previsão de prisão perpétua não é, forçosamente, oposta ao princípio constitucional da dignidade humana: está não ‘é lesionada quando a execução da pena é necessária devido à permanente periculosidade do detido e, por esta razão, não está permitido o indulto’”.⁵⁸

É bem verdade que o Direito se expressa por meio das normas, estas por sua vez se expressam através dos princípios e das regras, sendo certo, ainda, que as normas podem ou não conter cláusulas gerais, ou seja, um conteúdo vago ou aberto, o que permite aos operadores do direito uma maior flexibilidade quando de sua interpretação e aplicação ao caso concreto, isso não autoriza confundi-las com os princípios.

O atual Código Civil, ao contrário daquele elaborado por Clóvis Bevilacqua, adotou como modelo as cláusulas gerais como técnica legislativa, “o que vêm a ser normas jurídicas legisladas, incorporadas de um princípio ético orientador do juiz

⁵⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 34-35.

na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deveria ter sido adotada no caso”.⁵⁹

Ricardo Fiúza, Relator-geral na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei n. 634, originário do novo Código Civil, afirma ser justamente este o espírito, a alma do Código Civil de 2002: “Um Código Civil, enquanto lei geral deve apresentar os seus comandos de forma suficientemente aberta, de maneira a permitir a função criadora do intérprete. Tem que sair do positivismo exagerado, que engessa o direito e atrasa as transformações, para alcançar o que chamo a fase pós-positivista do direito”.⁶⁰

De acordo com Judith Martins-COSTA, a vantagem das cláusulas gerais “é exatamente a mobilidade proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da

⁵⁹ HENTZ, André Soares. **O sistema das cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e o princípio da função social do contrato**. Jus Navegandi, Teresina, a.8, n.317,20 mai. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5219> acesso em 25/10/2005.

⁶⁰ Cf. Ricardo Fiúza: “O excesso de positivismo, que vê no sistema legal inexauríveis soluções para todas as hipóteses da vida legal, onde a lei tudo prevê e tudo dispõe, é a maior fonte de instabilidade e precariedade das normas do direito legislado, propagando e contaminando de forma igualmente corrosiva a ordem jurídica do país de que todos temos sido testemunhas, nas últimas décadas.

Algo que Rawls já identificou como sendo a causa da crise do Direito nas sociedades contemporâneas. Criticando em 1916, essa tendência que só muito tempo mais tarde iria se materializar entre nós, Farias Brito nos fez uma sábia advertência. Ele já reclamava que era por isso, que em nosso país ‘as leis se fazem e desfazem com tanta facilidade. Tudo se reforma, tudo se modifica a todo momento e cada governo que vem, quer ter, em todos os ramos da administração, um sistema novo de leis’. E com precisão cirúrgica, concluía: ‘A primeira consequência que daí resulta é que o sentimento de justiça pouco a pouco vai se apagando e por fim termina extinguindo-se de todo na consciência do povo. E isto é muito natural e lógico, porque se o Direito é coisa que se faz e refaz com tanta facilidade, a verdade é que isto de justiça não passa de uma palavra vã. Nem há inconveniente nenhum em violar a lei, porque o que é justo hoje, pode muito bem ser injusto amanhã’.

O *animus* desse novo código reside justamente no combate a essa instabilidade. Não que se esteja no projeto a defender a chamada ‘escola do direito livre’ encabeçada por Kantorowicz, nem mesmo o movimento muito na atualidade do chamado ‘direito alternativo’. Mas a flexibilidade na interpretação das normas permitirá que o direito se modernize, sem que haja necessidade de se estar, a cada instante, alterando os textos legais. (...) Tenho em repetidas ocasiões externado a importância que a Hermenêutica Jurídica terá nos tempos que se avizinham, principalmente em função da velocidade das grandes transformações sociais e políticas. As leis não poderiam deixar de ser expressas em termos gerais, fixando regras, consolidando princípios, estabelecendo normas, em linguagem o mais clara e precisa possível. Todavia seria absolutamente impossível que descessem a minúcias, daí a imperiosa necessidade do intérprete de entender a relação entre o texto abstrato da lei e o caso concreto entre a norma jurídica e o fato social. Fixar o sentido verdadeiro da norma positiva e logo depois o respectivo alcance e sua extensão, extraindo da norma o que nela se contém, determinando seu sentido e alcance. A interpretação não deve ser confundida com a Hermenêutica, sendo a primeira a aplicação da segunda que fixa os princípios. Carlos Maximiliano em seu livro Hermenêutica e Aplicação do Direito, classifica a Hermenêutica como a teoria científica da arte de interpretar.” ALVES, Jones Figueiredo e DELGADO, Mario Luiz, **Novo Código Civil, Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, Confrontado com o Código Civil de 1916**, São Paulo: Editora Método, Apresentação p. 29-31

fattispecie que contém, pelo que é afastado o risco do imobilismo porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade”.⁶¹

Os esclarecimentos explicitados por Ricardo Fiúza, acerca do “novo paradigma” estabelecido quando da vigência do novo Código Civil, encontram apoio na doutrina de Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR, quando assevera que “do emprego da cláusula geral decorre o abandono do princípio da tipicidade e fica reforçado o poder revisionista do juiz, a exigir uma magistratura preparada para o desempenho da função, que também deve estar atenta, mais do que antes, aos usos e costumes locais”.⁶²

Nesse contexto, o magistrado João Hora Neto, afirma que o Código Civil de 2002, é considerado segundo a doutrina como o Código do juiz, do magistrado, confira-se a propósito seu entendimento:

“(…) haja vista que contém inúmeras cláusulas abertas, isto é, normas de conteúdo impreciso, vago e indeterminado, impondo ao Estado-Juiz uma maior liberdade para a solução da novel casuística, inclusive facultando o uso de conceitos metajurídicos na aplicação da norma ao caso concreto – o que representa, a meu juízo, um avanço estupendo, na medida em que abre o sistema jurídico civil ao mundo moderno, diante da mutabilidade do Direito, inserido numa sociedade plural, massificada e complexa”.⁶³

Revela notar que, a principal função das cláusulas gerais é a de permitir que as normas positivadas de um determinado sistema jurídico, acompanhem as mudanças sociais experimentadas pela sociedade no decorrer dos tempos, mantendo-as sempre atualizadas, visto que suas expressões abertas fornecem um significado inicial que poderá ser complementado pelo intérprete, na medida em que surja diante do contexto social uma nova realidade fática.

Convém deixar claro, ainda que, a natureza jurídica da cláusula geral, não é a de princípio e quiçá regra de interpretação, muito ao revés, trata-se de norma jurídica criadora de direito e obrigação, conforme deixa claro Judith Martins COSTA.⁶⁴

Logo, ao lidar com cláusulas gerais do tipo ordem pública, interesse social, boa fé, dentre outras, deve o intérprete valorá-los de acordo com a realidade fática

⁶¹ MATINS-COSTA, Judith. **O direito como sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro**. Revista dos Tribunais, ano 87, v. 753, julho/1998, p. 29.

⁶² AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2004, p. 9.

⁶³ NETO, Hora João. **Os princípios do novo Código Civil e o direito das obrigações**. Jus Navegandi, Teresina, a. 9, n. 681, 17 de mai. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6737>>. Acessado em 25/10/2005.

⁶⁴ COSTA, Judith Martins. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

que lhe é apresentada objetiva e subjetivamente, a fim de com isso obter uma definição do sentido e alcance da norma. Como a solução não está inserida no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; cabendo-lhe ir além, ou seja, integrar o comando normativo com a sua própria avaliação.⁶⁵

Para falar como Saulo Ramos: “O direito nem sempre é a lei. É a justiça, que busca a felicidade do ser humano, e não a obediência cega a um preceito formal. Muitas vezes, acima da força da lei está o poder da razão”.⁶⁶

Por outro lado, não se pode perder de mira o fato de que, a Constituição Federal de 1.988 trouxe consigo o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, o que significa a imposição direta da incidência de Princípios Constitucionais nas relações de direito privado, especialmente no tocante ao direito de família. O que importa em reconhecer a fragilização da tradicional divisão do direito, em privado e público.

Destarte, inconcebível na concepção hodierna um entendimento modular, estanque e por que não dizer, incomunicável, do Direito Civil, preconizado e estereotipado pelos 86 anos de vigência do Código Civil revogado.

Este entendimento encontra guarida nos ensinamentos de Viviane GIRARDI:

“Os princípios fundamentais, inscritos na ordem constitucional, impuseram a necessária reformulação de toda normativa infraconstitucional, entre elas a vetusta codificação civil que se abre para recepcionar os princípios e valores constitucionais, tendo renovado o sentido de vários de seus artigos ao mesmo tempo em que foram derogados outros tantos sob o império dos novos valores e máximas constitucionais, sobretudo a incidência do princípio da igualdade e da própria norma de isonomia familiar, tanto na filiação (art.227, § 6º, da CF/88) quanto na conjugalidade (art. 226, § 5º, da CF/88), assim como a proteção de outras formas de organização familiar que não somente o casamento (art. 226, § 3º, da CF/88). A essa incidência e permanente penetração do direito constitucional sobre matéria infraconstitucional dá-se o fenômeno hermenêutico da constitucionalização do direito civil”.⁶⁷

Não se pretende com isso, afirmar que as relações de família tenham migrado para o direito público, mas sim que a instituição família deve ser valorada e

⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Jus Navegandi, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acessado em 25/10/2005.

⁶⁶ Ibid., p. 435.

⁶⁷ GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas Filiação e Afeto – A possibilidade Jurídica da Adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

interpretada a partir dos princípios constitucionais, visto que no Código Civil de 2002, é colocada como instrumento de proteção da dignidade humana, devendo ser este o critério utilizado para a interpretação e leitura de todo o instituto do direito de família.

A lição de Tepedino é clara neste sentido:

“O fato de os princípios de ordem pública permearem todas as relações familiares não significa ter o direito de família migrado para o direito público; devendo-se ao reverso, submeter a convivência familiar, no âmbito do próprio direito civil, aos princípios constitucionais, de tal maneira que a família deixe de ser valorada como instituição, por si só merecedora de tutela privilegiada, como queria o Código Civil, em favor de uma proteção funcionalizada à realização da personalidade e da dignidade dos seus integrantes, como quer o texto constitucional”.⁶⁸

Conclui-se dos ensinamentos acima, que o constituinte de 1988, atento às angústias e conflitos de suas minorias e na obrigação do judiciário em resolvê-los, procurou colocar o Brasil entre as sociedades de alto nível sócio-econômico e cultural, as quais por sua vez, sempre tiveram como meta primordial integralizar em seu tecido social suas minorias, respeitando a orientação sexual de seus membros, tanto é verdade que erigiu à categoria de princípio constitucional a dignidade da pessoa humana, impedindo com isso qualquer discriminação baseada na orientação sexual.

Assim é que, os dispositivos constitucionais citados por Viviane GIRARDI, interpretados nos termos do fenômeno hermenêutico da constitucionalização do Direito Civil, tendo como parâmetro a razoabilidade proposta por Gustavo TEPEDINO, não deixam dúvidas de que nosso sistema jurídico reconhece e tutela um novo arquétipo de família, qual seja a família plural, baseada no afeto entre duas pessoas independentemente da diversidade de sexo, de onde se depreende o permissivo para a se admitir a adoção entre casais homossexuais.

Porém, de alguma forma e no exercício do direito de sonhar, a Constituinte de 1988, acreditou que essa “nova família” pudesse surgir da interpretação extensiva das normas constitucionais, entretanto, ao contrário do que se pensou, este componente imaginário tornou-se objeto de violação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

2.2. A adoção por pares homossexuais e as dimensões (ou Gerações) de direitos

A constituição de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, impondo o respeito aos direitos e

⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p.20.

liberdades individuais do homem, essa preocupação com os direitos fundamentais teve sua origem no Egito antigo e Mesopotâmia.

Com efeito, o Código de Hamurabi elencava um rol de direitos comuns a todos os homens, ou seja, o direito à vida, à propriedade, à honra, à dignidade. Na velha Roma encontramos alguns registros no sentido de se assegurar a igualdade e a liberdade do homem como os interditos, cuja finalidade era o de tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais, ou o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, antecedente do Hábeas Corpus. Na antiga Grécia, pode-se citar como exemplo a democracia defendida por Péricles.

Wladimir Brega FILHO afirma, porém, que “de modo algum podemos considerar estes relatos históricos como sendo o reconhecimento dos direitos fundamentais”⁶⁹, diante do caráter eminentemente escravocrata destas sociedades, de tal sorte que, não se pode falar na existência de direitos do homem nesta fase da história.

Aliás, José Joaquim Gomes CANOTILHO, sobre este aspecto é categórico:

“Quando se põe a pergunta da existência da idéia de direitos do homem na antiguidade a resposta é negativa. Basta recordar que Platão e Aristóteles consideravam o estatuto da escravidão como algo normal. O primeiro julgava que só um pequeno número de homens especialmente qualificados possuía um verdadeiro saber acerca da pilotagem do Estado e perante este pequeno número os demais indivíduos estavam obrigados a uma obediência incondicionada, convertendo-se em seus súbditos ou escravos. Significativo é o tema por ele desenvolvido das três raças (de ouro, de prata e de bronze) destinada a desempenhar funções diferentes na cidade (*República*, Livro 111). O segundo, enfrentando a questão da iniquidade do estatuto da escravidão, acaba por fazer a defesa da condição natural do escravo: ‘Aquele que por lei natural não pertence a si mesmo mas que não obstante ser homem pertence a outro, é naturalmente escravo’”.⁷⁰

Todavia, como também deixa evidente o referido Autor, não se pode afirmar que os direitos fundamentais foram rechaçados por completo na antiguidade, já que o pensamento sofisticado, tendo por fundamento a natureza biológica comum a todo ser humano aproximou-se da idéia de igualdade, bem como, pelo fato de o pensamento estóico, ter conferido um lugar de destaque a igualdade.⁷¹

⁶⁹ FILHO, Vladimir Brega. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 5.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 380-381.

⁷¹ *Ibid.*, p. 381.

Com efeito, a criação doutrinária dos direitos fundamentais sofreu grande influência da concepção cristã que estabeleceu uma distinção entre a lei divina, a lei natural e a norma positivada, sendo certo que a lei divina tinha como arquétipo a idéia de que todos os homens por sua natureza são iguais entre si. Através dos pensamentos de Tomas de Aquino, esta doutrina foi difundida ao professar a existência de uma lei suprema e eterna, a qual somente Deus conhecia.

O iluminismo rompeu de vez por todas com os vínculos religiosos, até então existentes nos direitos fundamentais, com isso a razão passou a prevalecer sobre a fé, por outras palavras que pertencem a Ana Paula BACELLOS, “o desenvolvimento teórico do humanismo acabará por redundar em um conjunto de conseqüências relevantes para o desenvolvimento da idéia de dignidade da pessoa humana, como a preocupação dos direitos individuais do homem e o exercício democrático do poder”.⁷²

De outro lado, deve-se ter aqui em conta, que vários foram os documentos jurídicos que, alicerçados no direito natural reconheceram os direitos fundamentais. Na Idade Média surgiram os pactos, os forais e as cartas de franquia, sendo o mais conhecido destes documentos a carta de João Sem Terra, outorgada em 15 de junho de 1215, na Inglaterra, reconhecendo direitos do homem contra o estado. Mais tarde, a Magna Carta transformou-se em fundamento para a Constituição inglesa.

Com efeito, dentre outros documentos que reconheceram direitos fundamentais podem ser citados: a *Petition of Rights*, de 7 de junho de 1628, que impunha o julgamento pelos pares para privação da liberdade, proibição de detenções arbitrárias, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, *Bill of Rights*, de 1689, que se preocupava com a independência do parlamento inglês, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776, a Declaração Universal do Homem e do Cidadão, de 1789, a Declaração Universal de Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas em 1948.

Não se pode perder de mira, que os direitos fundamentais sempre continuarão a evoluir no decorrer dos tempos, tendo em vista as várias manifestações no sentido de ser acrescido ao rol já existente, outros direitos ditos fundamentais, inclusive com preocupações específicas acerca de questões envolvendo o biodireito.

Cumprе ressaltar que, a evolução dos direitos fundamentais, nos moldes que hodiernamente conhecemos, se confunde com o surgimento do Estado constitucional, conforme se pode verificar das palavras de Wolfgang SARLET, ao afirmar que “a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem”.⁷³

⁷² Ibid., 47.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.36.

Para José Joaquim Gomes CANOTILHO, não existe outro lugar ideal senão a Constituição para a positivação dos direitos fundamentais, tendo em vista que, a “**positivação** de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais”.⁷⁴

Imperioso se faz, quando da abordagem do tema envolvendo a positivação constitucional dos direitos fundamentais, deixar claro que este aspecto não lhes retira seu carácter elementar de legitimidade e fundamento, diante da ordem jurídico-constitucional, ou ainda que sua positivação lhe confira por si só efetividade. Essa idéia ganha contornos de relevância quando interpretada sob a ótica da “constitucionalização” e “fundamentalização” de direitos, apresentada por Jose Joaquim Gomes CANOTILHO:

“2. Constitucionalização

Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A Constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’.

3. Fundamentalização

A categoria de ‘fundamentalidade’ (Alexy) aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material.

a) *Fundamentalidade formal*

A **fundamentalidade formal**, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradas de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (CRP, art. 288.º/ *d e e*); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas,

⁷⁴ Ibid., p. 377.

decisões, ações e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (cfr. afloramento desta idéia no art. 18.º/ 1 da CRP).

b) *Fundamentalidade material*

A idéia de **fundamentalidade material**, insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. *Prima facie*, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à idéia de fundamentalidade formal como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*. Por outro lado, só a idéia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. Art.16º/1º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em cláusula aberta ou em princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais”.⁷⁵

A idéia de se classificar os direitos fundamentais em dimensões ou gerações de direitos deu-se partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, editada em 26 de agosto de 1.789, pela Assembléia Nacional Francesa, que reconheceu em dezessete artigos direitos à igualdade, liberdade, propriedade, resistência à opressão, livre manifestação do pensamento, liberdade religiosa, o princípio da reserva legal e etc., surgindo assim, os direitos fundamentais de primeira geração.

Assim, os direitos de Primeira Dimensão, conforme esclarece Wladimir Brega FILHO, constituíam uma limitação do poder estatal, “pois buscavam delimitar a ação do Estado (...). Eram chamados direitos de defesa, marcando uma zona de não intervenção do Estado e não uma conduta positiva. (...) também chamados de *Liberdades Públicas*, direitos individuais ou direitos civis e políticos”.⁷⁶

Com o surgimento dos direitos de Primeira Dimensão, tem início, ainda que de maneira bastante lenta, a queda dos fundamentos do Estado Absolutista (Leviatã, na concepção de Hobbes), atribui-se como principal motivo, a ascensão da burguesia urbana, a qual buscava espaço para crescer economicamente.

Destarte, os direitos Fundamentais de Primeira Dimensão nascem com o estigma do individualismo e, seu principal objetivo era a proteção da liberdade individual

⁷⁵ Ibid., p. 378-379.

⁷⁶ Ibid., p. 22.

do cidadão em face de um Estado Absolutista. Os direitos de Primeira Dimensão têm como titular o indivíduo e são oponíveis contra o Estado, de tal sorte que, o Estado só poderia agir dentro e nos limites ditados pela lei. Vida, liberdade, e propriedade são direitos doravante tutelados.

Possuem, ainda, estes direitos, fortes características negativas, no sentido de que a pretensão maior do cidadão consiste no fato de limitar a atuação dos poderes do Estado Absoluto sobre seus os direitos individuais, porquanto a liberdade é pressuposto para o exercício de outras faculdades constitucionais.

Com efeito, a Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais, surge na segunda década do século passado, com o advento do Estado Contemporâneo, mais precisamente em 1.917, com a Constituição Mexicana e, em 1.919, com a Constituição de Weimar.

Ambas as Constituições tinham por objetivos abandonarem a função inerte do Estado evoluindo para uma postura promocional perante o cidadão, sendo certo que, esse objetivo somente seria alcançado, ao se promover a igualdade material por meio dos direitos sociais, ou, dito de outra forma, a preocupação neste momento histórico é com as necessidades do ser humano e não mais com a liberdade contra o arbítrio do Estado.

Revela notar que, a inscrição da expressão *direitos sociais* é de uso recente no mundo jurídico, conforme as palavras de Jairo SCHÄFER:

“A expressão *direitos sociais*, segundo Baldassarre, não era de utilização comum no âmbito do discurso político e jurídico antes do advento do Estado Contemporâneo, sendo que o reconhecimento dos direitos sociais resultou do processo histórico de formação e consolidação do Estado Social, fenômeno possível em virtude da superveniência de dois relevantes eventos da época contemporânea, quais sejam, a industrialização e a democratização do poder político. Isso porque se, de um lado, a industrialização estimulou as diferenças entre as classes sociais, separando radicalmente trabalho de capital, por outro a democracia permitiu o exercício de pressões políticas dialéticas”.⁷⁷

Nas palavras de Luiz Alberto David ARAUJO e Vidal Serrano Nunes JUNIOR:

“A posição inicial (Estado apenas como policial das liberdades negativas) recebe outro enfoque. Essa nova forma de alforria coloca o Estado em uma posição diametralmente oposta àquela em que foi posicionado com relação aos direitos fundamentais de primeira geração. Se o objetivo dos direitos aqui estudados é o de dotar o ser

⁷⁷ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais do sistema geracional ao sistema unitário - uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 26.

humano das condições materiais mínimas necessárias ao exercício de uma vida digna, o Estado, em vez de se abster, deve fazer-se presente, mediante prestações que venham a imunizar o ser humano de injunções dessas necessidades mínimas que pudessem tolher a dignidade de sua vida. Por isso, os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais. Por isso em contraposição aos direitos fundamentais de primeira geração – chamados de direitos negativos -, os direitos de segunda geração costumam ser denominados direitos positivos, pois, como se disse, reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais”.⁷⁸

Note-se que, os direitos de Segunda Dimensão, redefiniram de forma radical as características dos Direitos Fundamentais, visto outorgarem aos indivíduos o direito de exigirem do Estado prestações sociais, como por exemplo, a assistência social, saúde, educação, trabalho, fornecimento de remédios aos necessitados etc.

Ao caráter limitador ou negativo dos direitos de Primeira Dimensão, acrescentou-se a idéia de um comportamento positivo do Estado, tanto é verdade que para os direitos de Segunda Geração, deve o Estado tornar factível as pretensões de prestação social.

Para tanto, a igualdade é erigida como elemento qualificador e essencial da democracia, a fim de superar os obstáculos econômicos estabelecidos pela industrialização. Destarte, o princípio da igualdade “reclama a idéia de responsabilidade social e integrativa dos titulares de direitos, a partir de uma concepção proporcional, sendo sua aplicação um elemento para o balanceamento das relações sociais e jurídicas, impedindo-se que as desigualdades, por não terem um tratamento diferenciado e proporcional à desigualdade, traduzam uma efetiva desigualdade nas relações jurídicas”.⁷⁹

Os Direitos de Terceira Dimensão, elencados a partir da Segunda Guerra Mundial, estão relacionados “à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada”.⁸⁰

Tais direitos possuem um caráter de transcendentalidade, logo não pertencem à determinada pessoa, mas sim a todo gênero humano, razão pela qual sua essência está calcada em sentimentos de solidariedade e fraternidade, de tal sorte que se

⁷⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva 2.003, p. 94.

⁷⁹ SCHÄFER, Jairo, **Classificação dos Direitos Fundamentais do sistema geracional ao sistema unitário - uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 27.

⁸⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., São Paulo, Saraiva 2.003, p. 94.

consideram direitos de Terceira Dimensão, o direito à paz, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito ao patrimônio comum da humanidade, entre outros.

Os direitos fundamentais de Terceira Dimensão são os direitos da “solidariedade humana, pois não se destinam a pessoas determinadas ou a um grupo de pessoas, mas têm por destinatário toda a coletividade, em sua acepção difusa (...) apresenta um caráter menos unívoco, havendo uma interligação com aqueles direitos que integram as gerações precedentes, exigindo-se novos instrumentos jurídicos de tutela”.⁸¹

Por esse raciocínio, tem-se que os Direitos de Terceira Dimensão surgiram da consciência de salvaguardar a humanidade de sua autodestruição, devendo a mesma encontrar formas para continuar existindo. Confira-se a propósito, o pensamento de Ana Paula de BARCELLOS:

“A revelação dos horrores da Segunda Guerra Mundial transformou completamente as convicções que até ali se tinham como pacíficas e ‘universais’. A terrível facilidade com que milhares de pessoas – não apenas alemães diga-se, mas de diversas nacionalidades européias – abraçaram a idéia de que o extermínio puro e simples de seres humanos podia consistir em uma política de governo ainda choca”.⁸²

Antes, porém, de se embrenhar nos estudos concernentes aos direitos de Quarta Dimensão, oportuno trazer à baila o pensamento de Alain Tauraine, exclusivamente para efeitos de reflexão:

“Hoje nossa moral é cada vez menos social. Ela desconfia cada vez mais das leis da sociedade, dos discursos de poder, dos preconceitos com os quais cada grupo protege sua superioridade ou sua diferença. O que cada um de nós procura, no meio dos acontecimentos em que está mergulhado, é construir *sua* vida individual, com *sua* diferença em relação a todos os outros e sua capacidade de dar um sentido geral a cada acontecimento particular. Esta procura não deveria ser a procura de uma identidade, já que somos cada vez mais compostos de fragmentos de identidades diferentes. Ela não pode ser senão a busca do direito de ser o autor, o sujeito de sua própria existência e de sua própria capacidade de resistir a tudo aquilo que dela nos priva – e torna nossa vida incoerente”.⁸³

Por sua vez, os direitos de Quarta Dimensão dizem respeito ao “direito de ser diferente”, estão inseridos em seu contexto questões relativas ao direito à

⁸¹ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais do sistema geracional ao sistema unitário - uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.32.

⁸² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 108.

⁸³ Ibid., p. 124.

homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, a recusa a tratamentos médicos que levem à morte,⁸⁴ pode-se incluir entre os direitos de Quarta Dimensão, os direitos decorrentes da globalização política, como por exemplo, o direito à democracia, o direito à informação, e o direito ao pluralismo.⁸⁵

Porém, como bem nos alerta Vladimir Brega FILHO:

“na realidade esses direitos não passam de uma nova ótica dos direitos tradicionais da liberdade, da igualdade, da vida, analisados em conjunto com princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se da revitalização desses direitos e da exigência de que todo o ser humano, independente de sua opção sexual, por exemplo, tenha uma vida digna. (...) os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo parecem estar inseridos no direito à informação e à opinião e nos direitos políticos, todos já reconhecidos como direitos individuais (v.g. proibição do voto censitário)”.⁸⁶

Este entendimento, ao que parece, conta com o beneplácito de Jairo SCHÄFER:

“Não obstante já se possa conceber uma quarta geração de direitos fundamentais (ou, ainda, para alguns autores, uma quinta geração), na presente pesquisa optou-se por trabalhar com o modelo teórico que divide os direitos fundamentais em somente três gerações, pois ainda não se formulou um critério científico que autonomize os chamados ‘novos direitos’ daqueles integrantes das três gerações dos direitos fundamentais conhecidas. Com efeito, o direito à paz mundial, geralmente invocado como sendo um direito de quarta geração, possui todas as características que o colocam adequadamente junto aos direitos fundamentais de terceira geração, não obstante seja um direito que ultrapasse as fronteiras estaduais e somente possa ser efetivado a partir da consciência de cidadania global. Todavia o mesmo fenômeno ocorre com o direito ao meio ambiente equilibrado – típico de terceira geração -, não sendo possível limitar os efeitos das agressões a este direito a um determinado território soberano, percebendo-se, nesses direitos, uma interligação entre diversas dimensões”.⁸⁷

Por fim, os Direitos de Quinta Dimensão, segundo parte da doutrina, nasceram a partir de avanços tecnológicos da cibernética, visto que a internet e a

⁸⁴ LORENZETTI, Luis Ricardo. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998, p. 154.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8º ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 525.

⁸⁶ Ibid., p. 24-25.

⁸⁷ Ibid., p.15.

realidade virtual, as fronteiras físicas entre os países deixaram de existir, e as relações interpessoais se consubstanciam cada vez mais através da virtualidade.

Destarte e sedimentado no pensamento de Vladimir Brega FILHO e Jairo SCHÄFER, tem-se que a homossexualidade está encartada nos direitos de Segunda Dimensão, notadamente se levarmos em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, que veda qualquer forma de discriminação do indivíduo que tenha como causa sua orientação sexual, possibilita o reconhecimento de uniões homossexuais e, por conseguinte o direito de adoção.

Com efeito, não se pode deixar de ressaltar que, todas essas gerações de direitos convivem de forma harmoniosa entre si, logo, os direitos de Primeira Dimensão, também chamados de direitos individuais ou civis e políticos, não têm o condão de substituir os da Segunda Dimensão, ou seja, os direitos sociais e assim sucessivamente.

De qualquer modo, é de se frisar que os direitos fundamentais e suas dimensões, sempre se encontram em constante evolução e, por conseguinte, em constante mutação, justamente por se tratarem de direitos inerentes ao homem e a suas condições de vida, o que leva o aparecimento de novos direitos fundamentais, ou sua análise sob uma nova “faceta”, na medida em que a sociedade evolui.

Ensina Ingo Wolfgang SARLET:

“(...) neste contexto, costumam ser feitas referências às garantias contra as manipulações genéticas, ao direito de morrer com dignidade, ao direito à mudança de sexo, igualmente considerados, por parte da doutrina de direitos de terceira dimensão, ressaltando-se que, para alguns já se cuida de direitos de uma Quarta dimensão. Verifica-se, contudo, que boa parte desses direitos em franco processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculadas (à exceção dos direitos de titularidade notadamente coletiva e difusa) a idéia de liberdade-autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerência por parte do Estado e particulares. Com efeito, cuida-se no mais das vezes, da reivindicação de novas liberdades fundamentais, cujo o reconhecimento se impõe em face dos impactos da sociedade industrial e técnica deste final de século. Na sua ausência e pela sua estrutura jurídica de direitos de cunho excludente e negativo, atuando como direitos de caráter predominantemente defensivo, poderiam enquadrar-se, na verdade, na categoria dos direitos de primeira dimensão, evidenciando assim a permanente atualidade dos direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptados às exigências do homem contemporâneo”.⁸⁸

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 52.

O quadro comparativo das dimensões dos direitos fundamentais, abaixo elaborado, permitirá uma análise mais completa de suas principais características:

	PRIMEIRA GERAÇÃO	SEGUNDA GERAÇÃO	TERCEIRA GERAÇÃO
DIREITO-CHAVE	Liberdade	Igualdade	Fraternidade
FUNÇÃO DO ESTADO	Omissiva	Promocional	Complexa: Omissiva e Promocional
ESPÉCIE DE DIREITO	Individual	Individual e alguns coletivos	Coletivo e difuso, com interligação com os direitos individuais
CONCEPÇÃO POLÍTICA DE ESTADO	Liberal	Social	Social

Por fim, é importante concluir que os princípios da igualdade, da liberdade, intimidade e os direitos fundamentais se consubstanciam em verdadeiros alicerces do princípio da dignidade da pessoa humana, além de servirem de instrumentos limitadores de tratamento diverso às pessoas, tendo por pressuposto sua orientação sexual.

2.3. Direitos Humanos, Dignidade Humana, Liberdade e Igualdade

Na concepção de Alexandre de Moraes, os Direitos Humanos seriam aqueles direitos “imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, universais, interdependentes, complementares e que buscam uma efetividade máxima dentro do ordenamento jurídico”.⁸⁹ Com efeito, tem-se como noção de efetividade aquela correspondente à realização do Direito, ou dito de outra forma, na concreta atuação de sua função.

De outro lado, o direito à igualdade é previsto no preâmbulo de nossa Lei Maior, nos objetivos da República Federativa do Brasil⁹⁰, dentre eles o de – promover o

⁸⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 1ª ed., São Paulo, 1998, p. 41.

⁹⁰ Cf. Geoffrey BLAINEY: “As sementes da planta da igualdade já estavam sob a terra a milhares de anos. Os filósofos gregos conhecidos como estóicos enfatizavam que todos os seres humanos, escravos ou homens livres, partilhavam do poder da razão e da capacidade de mostrar boa vontade, e que essas qualidades os distinguiam de outras criaturas. O Império Romano e o conceito de leis da natureza enfatizavam os direitos comuns e, no ano 212, a maior parte dos homens do império nascidos livres tornou-se igual perante a lei. Tais idéias de igualdade, embora de pouca influência na Idade Média, foram ressuscitadas pelo Renascimento, com ênfase na individualidade, e pela reforma, que insistia em que todos

bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV), bem como em seu artigo 5º “caput” ao prescrever “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

A igualdade é contemplada ainda, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, mais precisamente em seus artigos I e II, sendo que o artigo II mereceu por parte de João Baptista HERKENHOFF o seguinte comentário:

“O artigo consagra assim a absoluta igualdade de todos os seres humanos para gozar dos direitos e das liberdades que a Declaração Universal assegura. O artigo II, neste seu primeiro parágrafo, completa o artigo I. [...] A cláusula ‘sem distinção de qualquer espécie’, no início do parágrafo, e a cláusula ‘ou qualquer outra condição’, no final do parágrafo, são cláusulas generalizadoras da maior importância. Essas cláusulas, a meu ver, proíbem todas as discriminações, mesmo àquelas não enunciadas no texto. Assim, atentam contra os Direitos Humanos as discriminações contra o homossexual, contra o aidético, [...] Todas as discriminações, mesmo veladas, que visem a rotular pessoas afrontam os Direitos Humanos. Nenhuma exclusão ou marginalização de seres humanos pode ser tolerada”.⁹¹

Com efeito, não se pode deixar de reconhecer que, a igualdade que está resolvida pela lei é a igualdade formal, e no que concerne à orientação sexual, implica um tratamento jurídico não diferenciado para as pessoas, independentemente de sua orientação sexual.

De tal sorte que, tanto os heterossexuais como os homossexuais devem ser tratados de forma igualitária pelo direito, cessando-se desta forma a impossibilidade de se reconhecer uma identidade de casal para os parceiros homossexuais, bem como seu direito a paternidade por meio da adoção.

Assim, dentro do paradigma da igualdade imposto pela Constituição Federal, às uniões homoeróticas devem ser conferidos os mesmos direitos atribuídos aos casais heterossexuais, quando demonstrem uma vida de família, sendo-lhes facultado a possibilidade de incluir em seu seio familiar através do instituto da adoção, crianças.

Destarte, “não possibilitar a um número expressivo de pessoas a perspectiva de exercer a titularidade de uma relação jurídica fundada na afetividade e ser,

os que lessem com humildade a Bíblia tinham o direito de ser os próprios intérpretes da palavra de Deus e, até mesmo, o direito de ser os próprios sacerdotes e pastores.” (**Uma Breve História do Mundo, 2ª ed. ver. e atual.** São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2007, p. 276 – 277).

⁹¹ HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos Humanos: uma nova idéia muitas vozes.** 3ª ed., Aparecida /SP: Editora Santuário, 1998, p. 84 – 85.

portanto, sujeito de direito, tendo como justificativa para o não-ingresso ao jurídico sua orientação sexual, mostra-se um tratamento fortemente desigualitário”.⁹²

O exemplo dado por Roger Raupp RIOS, ilustra com clareza como a discriminação por meio da orientação sexual representa uma hipótese de discriminação por motivo de sexo, privando essas pessoas de um reconhecimento legal e impedindo o acesso de crianças a uma vida familiar:

“De fato, a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo de pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos das pessoas envolvidas na relação. Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual precisamente em virtude do sexo da pessoa para que dirigir seu desejo ou sua conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará discriminação; todavia se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os diferentes tratamentos, neste contexto, têm sua razão de ser no sexo de Paulo (igual o de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Paulo)”.⁹³

Fica, por conseguinte, desde logo reconhecida, em razão do que se expôs até o momento, a idéia de que a concepção dos Direitos Humanos tem sua base na dignidade da pessoa humana, a qual por sua vez impõe o reconhecimento e o respeito à diversidade e à pluralidade existentes na humanidade, de tal sorte que inexorável é o respeito às diferenças que nela existem.

Nesse passo, imprescindível ainda, admitir-se que os direitos à intimidade e à vida privada são “facetadas” do direito à liberdade, e a razão disso é muito simples; não se pode falar em liberdade sem que estejam garantidos os direitos à intimidade e/ou vida privada. Com relação ao conteúdo do direito a vida privada, a lição de José Adércio LEITE SAMPAIO é de uma clareza de doer aos olhos:

“No centro de toda a vida privada se encontra a autodeterminação sexual, vale dizer, a liberdade de cada um viver a sua própria sexualidade, afirmando-a como signo distintivo próprio, a sua identidade sexual, que engloba a temática do homossexualismo, do intersexualismo e do transexualismo, bem assim da livre escolha de seus parceiros e da oportunidade de manter com eles consentidamente, relações sexuais”.⁹⁴

⁹² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 171.

⁹³ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 72-73.

⁹⁴ LEITE SAMPAIO, José Adércio. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1988, p. 277.

Nas páginas seguintes conclui o referido Autor:

“Integra a liberdade sexual a faculdade de o indivíduo definir a sua orientação sexual, bem assim de extremá-la não só de seu comportamento, mas de sua aparência e biotípia. Esse componente da liberdade reforça a proteção de outros bens da personalidade como o direito à identidade, o direito à imagem e, em grande escala, o direito ao corpo. De Cupis define identidade sexual, no desdobramento do direito à identidade pessoal, como o ‘poder’ de aparecer extremamente igual a si mesmo em relação à realidade do próprio sexo, masculino ou feminino, vale dizer, o direito ao exato reconhecimento do próprio sexo real, antes de tudo na documentação constante dos registros do estado civil”.⁹⁵

Com efeito, não se pode perder de mira ainda, o fato de que o direito à intimidade é uma vertente dos direitos da personalidade de natureza moral, ou dito de outra forma, nasce como uma subespécie daquele, porquanto provém da liberdade de se poder recolher-se à solidão e ter seu universo íntimo preservado, já que, segundo Pontes de Miranda o direito à intimidade nada mais é do que “um efeito do exercício da própria liberdade” de estar com seu *eu* verdadeiro para um fazer, ou deixar de fazer algo.⁹⁶

Vânia Siciliano AIETA, na busca de uma definição do que seja intimidade, faz alusão a R. Nerson e J. Carbonnier os quais, por sua vez e, nesta ordem a definem como sendo: “un sector personal reservado a fin de hacer inaccesible al público, sin la voluntad del interesado, eso que constituye lo esencial de la personalidad.” “el derecho del individuo de tener una esfera secreta de vida, de la que tenga el poder de alejar a los demás”.⁹⁷

A instrumentalização do processo de constitucionalização do direito à intimidade, passou a ter relevância quando de seu reconhecimento e positivação no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, *in verbis*:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

Deve-se, porém ressaltar que, a tutela à intimidade nos moldes como consagrada no artigo 5º inciso X da Constituição Federal de 1.988, teve como fonte

⁹⁵ Op. cit., p.313.

⁹⁶ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar Só – Tutela Penal da Intimidade**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 48.

⁹⁷ AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 1999, p. 97.

inspiradora a Constituição Portuguesa de 1.976, mais precisamente em seus artigos 33 a 35, e no artigo 18 da Constituição Espanhola de 1.978.

Contudo, embora a consagração constitucional do direito à intimidade no Brasil tenha sido obtida com atraso (apenas em 1.988), as Constituições anteriores, de uma forma implícita, consagraram o referido direito. Porém, a passagem da concepção implícita do direito à intimidade para sua consagração constitucional, não importa dizer que o direito à intimidade tenha sua efetividade garantida.

Evidente que, não se pode deixar de reconhecer que a sociedade, através de suas instituições, favorece certas parcelas mais que outras, haja vista que, internamente, estruturalmente é composta por diferentes camadas ou posições sociais que são ocupadas por seus membros, o que faz gerar expectativas de vidas diferentes, bem como, desigualdades profundas, impossíveis de serem justificadas através de juízos de mérito ou valor.

Por força disso, tem-se que, as relações homoafetivas, além de serem alvo de constantes manifestações discriminatórias decorrentes do preconceito cultural que se prolonga pelos séculos, carregam consigo o estigma da injustiça social, em face do amorfismo jurídico inevitável às minorias. Em relação às uniões homossexuais, ou aos seus direitos de um modo geral, não há como se falar em regulamentos efetivos a lhes garantir uma concepção pública de justiça social.

Neste sentido Jonh RAWLS:

“É a essas desigualdades, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que os princípios da justiça social devem ser aplicados em primeiro lugar. Esses princípios, então, regulam a escolha de uma construção política e os elementos do sistema econômico e social. A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedades”.⁹⁸

Observe-se que, o princípio da justiça social sustentado por Jonh RAWLS, trata-se de instrumento cuja finalidade é a de acabar com as desigualdades existentes entre os indivíduos de uma mesma sociedade, as quais funcionam como o combustível que alimenta a máquina da discriminação e do preconceito, negando às minorias a condição de sujeito de direito, não só no aspecto de orientação sexual, mas de uma maneira geral.

Daí se poder concluir com o pensamento de Hannah Arendt, tendo por fundamento a realidade dos *displaced persons* e na experiência do totalitarismo que “a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres

⁹⁸ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, p. 8.

humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos”.⁹⁹

Neste diapasão, necessário se faz dar efetividade à igualdade material, a qual deve ser entendida como sendo a igualdade *na* lei, ou seja, veda-se a desigualdade ou a discriminação na própria lei, como por exemplo, a desigualdade de direitos e obrigações entre as sociedades homossexuais e heterossexuais, que impede as primeiras o direito à paternidade.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao constatar que a escolha na constituição da entidade familiar recai sobre pessoa do mesmo sexo, justamente com base na escolha realizada, nega a esses sujeitos o direito à felicidade buscada na vida em comum.

Destarte, a liberdade de escolha conferida a todos os indivíduos, em face do princípio da igualdade, é justamente o fator gerador da discriminação. Logo, não tem como se falar em dignidade humana sem, contudo, falar-se em igualdade material, já que se faz necessário dentro desta ótica, se tratar de forma igual os iguais e os desiguais na medida de suas diferenças.

Ora, o direito à livre orientação sexual e o direito à felicidade, são direitos constitucionalmente tutelados, bem como, sua forma de manifestá-los em sociedade, logo não se pode dar um tratamento diverso às uniões homoeróticas daquele conferido para as uniões heterossexuais.

José Afonso da SILVA, ao tratar do princípio da igualdade afirma:

“A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que vedasse claramente, mas não se encontrou uma 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 de qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desigualdades e preconceitos”.

¹⁰⁰

Ademais, a liberdade sexual é pressuposto integrante da própria natureza humana, logo, ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver não só garantido,

⁹⁹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.22.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 223.

mas efetivado, o livre exercício da sexualidade. Ora, o direito à igualdade está justamente na proibição em discriminar a conduta afetiva no que se refere a sua orientação sexual.

Nessa linha de pensamento, não há como se afastar a consistência de entidade familiar para as uniões de pessoas do mesmo sexo. O indivíduo tem o direito a ser homossexual, sendo inconcebível emprestar a sua orientação sexual a condição de vetor para o reconhecimento ou não de entidade familiar e em decorrência, negar-lhes o direito à adoção, se e quando essas pessoas com base no afeto, solidariedade, respeito mútuos, decidem unirem-se.

CAPITULO III

3. A AFETIVIDADE COMO NOVO ARQUÉTIPO JURÍDICO DA FAMÍLIA E DA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

3.1. A Família Patriarcal e Matrimonializada

O sistema familiar implantado na velha Roma era o patrilinear, sua linha mestra consistia pai-filho-neto. As filhas e netas, enquanto solteiras, integravam esta instituição, sendo certo que, pelo matrimônio deixavam a família de seus pais, passando a integrar na de seus maridos.

A família tinha na pessoa do pai o chefe, de tal sorte que as pessoas e coisas que a compunham estavam sob o domínio do *pater familias*, o que evidentemente atribuía à família uma concepção patriarcal e de unidade econômica, religiosa, política, jurisdicional, regida sob a lei da desigualdade, a fim de possibilitar a prevalência dos interesses dominantes de seu chefe sob seus demais componentes.¹⁰¹

¹⁰¹ “Cf. Arnaldo Medeiros da Fonseca: (...) a família no direito romano era fundada sobre o poder do *pater*, que se apresentava como um agrupamento de religioso, civil e mesmo político, constituindo entre os antigos romanos um organismo autônomo, semelhante a um pequeno Estado. (...) A família, merecedora de respeito geral pela inviolabilidade do lar, estava internamente sob o poder do chefe, que o exercia sobre tudo e sobre todos. Os filhos, a mulher, os escravos, não tinham em frente ao *pater familias* nenhum direito.” (**Investigação de paternidade**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p.25.). Conforme Jaqueline Filgueiras Nogueira, “Na antiga Roma, a família era organizada sob o princípio da autoridade do *pater familias*, ascendente comum mais velho, e abrangia quantos a ele estivessem submetidos, independente dos vínculos de consangüinidade, uma vez que exercia autoridade sobre todos os seus descendentes, esposa e mulheres casadas com seus descendentes. O *pater* era, na verdade, o chefe político, sacerdote e juiz em sua casa, exercendo seu poder sobre todos os filhos, a mulher e os escravos, deles podendo dispor livremente, inclusive com o direito de vida e de morte.” (**A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 25. Nas palavras de Roberto Senise Lisboa: (...) nas relações familiares em geral prevaleceu historicamente o *patriarcado*, isto é, o regime familiar cuja autoridade é exercida pelo ascendente mais idoso do sexo masculino. Nos tempos primitivos, o pai podia cometer o infanticídio de seu filho, pela simples razão de constituir a prole um embaraço ao genitor (como ocorreu entre os africanos) ou ainda, para que os rituais religiosos atingissem os seus objetivos (como sucedeu entre os incas e os astecas). Se o patriarca assim desejasse, poderia receber algum dinheiro proveniente da venda de seu filho, tal como preconizavam: os gregos, os botocudos e a Lei das Sete Partidas, em Espanha. A chefia da sociedade conjugal quase que invariavelmente foi exercida pelo homem, que, com o passar do tempo, passou a ter um poder de decisão mais limitado sobre a mulher e os filhos. O patriarcado foi exercido, em diversos períodos da história e em várias partes do mundo, mediante a *poligamia*, que paulatinamente foi decaindo, sendo substituída pela sociedade *monogâmica*. Entre os romanos, a propósito, vigorava nas relações familiares a autoridade do *pater familias*, que se beneficiava de toda a vantagem patrimonial obtida por seu filho, porém não se obrigava pelos compromissos assumidos por sua prole perante terceiros. Tão-somente o *pater familias* era plenamente capaz para a prática de atos jurídicos (*sui iuris*), pois, além de ser livre e possuir o atributo da cidadania, ele não era dependente de qualquer autoridade familiar. Os integrantes da família que se subordinavam à autoridade familiar eram os *alieni iuris*, dos quais até a mulher casada fazia parte.” (**Manual elementar de direito civil, 2ª ed. ver. e atual. em conformidade com o novo Código Civil**, São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 29)

Nas palavras de Paulo Luiz Netto LOBO, “o triunfo da família patriarcal é um dos traços da civilização incipiente sobre possíveis formas grupais ou matriarcais de família anteriores.” Linhas adiante, conclui o Autor citando Engels: “Essa família é baseada no domínio do homem com a expressa finalidade de procriar filhos de paternidade incontestável, e esta paternidade é exigida porque os filhos devem entrar na posse da fortuna paterna por sucessão. Foi a primeira forma de família fundada sobre condições não naturais, mas econômicas, a saber: o triunfo da propriedade individual sobre a compropriedade espontânea primitiva”.¹⁰²

Conclui-se dos entendimentos acima que, a família era matrimonializada e patriarcal, predominando o interesse do homem, o qual ocupava o cargo de chefe incontestável perante seus componentes, sendo certo que a supremacia de seus interesses na condução da relação conjugal, as quais por sua vez referiam-se, na maioria das vezes, na subsistência de um bem, na exploração de uma propriedade ou na manutenção de um nível social, alijavam do grupo familiar seus demais membros.

Por sua vez, na Idade Média o sentimento de família, a semelhança daquele difundido na velha Roma era inexistente. Isso se deve ao fato de que, os laços de sangue na sociedade medieval, tinham por característica originar grupos distintos, ou seja, de um lado a família e de outro os chamados *frereche*, conforme destaca Philippe ARIÈS:

“Somos tentados a comparar essa hipótese com as observações dos historiadores da sociedade medieval. A idéia essencial dos historiadores do direito e da sociedade é que os laços de sangue não constituíam um único grupo, e sim dois, distintos embora concêntricos: a família ou *mesnie*, que pode ser comparada à nossa família conjugal moderna, e a linhagem, que estendia sua solidariedade a todos os descendentes de um mesmo ancestral. Em sua opinião, haveria, mais de uma distinção, uma oposição entre a família e a linhagem: os progressos de uma provocariam um enfraquecimento da outra, ao menos entre a nobreza. A família ou *mesnie*, embora não se estendesse a toda linhagem, compreendia, entre os membros que residiam juntos, vários elementos, e, às vezes, vários casais, que viviam numa propriedade que eles se haviam recusado a dividir, segundo um tipo de posse chamado *frereche* ou *fraternitas*. A *frereche* agrupava em torno dos pais os filhos que não tinham bens próprios, os sobrinhos ou os primos solteiros. Essa tendência à indivisão da família, que aliás não durava além de duas gerações, deu origem às teorias tradicionalistas do século XIX sobre a grande família patriarcal”.¹⁰³

¹⁰² LOBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. In: *O direito de família e a Constituição de 1988*, Carlos Alberto Bittar [org.], São Paulo: Saraiva 1989, p. 64.

¹⁰³ ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Trad. Dora Flaksman. 2ª ed., Rio de Janeiro: LCT, 2006, p. 143.

O conceito de família conjugal moderna, hodiernamente por nós conhecido, teve sua origem no final da Idade Média, com o enfraquecimento da linhagem e as tendências à indivisão do patrimônio. Ao que tudo indica a família que se apresentava a luz do século X, era uma comunidade reduzida e se expressava de maneira mais simples, em consequência da dissolução do Estado: “depois do ano mil a nova distribuição dos poderes de comando obrigou os homens a se agruparem mais estritamente”.¹⁰⁴ Contudo, a coesão entre seus membros era mantida por algum tempo e em certos casos, mesmo após o falecimento dos pais nas *frereche*.

Não se pode perder de mira, que o estreitamento dos laços de sangue que se originaram desse agrupamento, decorreu única e exclusivamente da necessidade de proteção e de dependência oriundos das relações existentes entre vassalos, suzerania e a comunidade aldeã, ao mesmo tempo em que fortalecia a concepção da indivisão dos bens.

Com o advento dos séculos XI e XII, observa-se certo progresso no que concerne a indivisão dos bens dos cônjuges, que até então não eram concebidos como uma massa comum, tendo a frente de sua administração o marido: “nesse século, o marido e a mulher geriam cada um seus bens hereditários, compravam e vendiam separadamente, sem que o cônjuge pudesse interferir”.¹⁰⁵ A indivisibilidade dos bens, por sua vez, atingia da mesma forma e intensidade os filhos, os quais estavam impedidos de receber qualquer adiantamento sobre sua herança.

Embora a *fraternita* raramente perdurasse além da segunda geração, como acima já se mencionou, sua dissolução operava à partilha dos bens, porém, mesmo após sua divisão, a linhagem conservava um direito coletivo sobre o conjunto do patrimônio dividido denominado a *laudatio parentum*.

Philippe ARIÈS faz questão de deixar bastante evidente, que a descrição acima se aplica:

“... sobretudo à família dos cavaleiros, que já poderíamos chamar de família nobre. G. Duby acredita que a família camponesa tenha vivido menos intensamente esse estreitamento dos laços de sangue porque os camponeses haviam preenchido de maneira diferente dos nobres o vazio deixado pela dissolução do Estado Franco: a tutela do senhor havia substituído imediatamente a proteção dos poderes públicos, e a comunidade aldeã havia fornecido aos camponeses um quadro de organização e defesa superior à família. A comunidade aldeã teria sido para os camponeses o que a linhagem foi para os nobres”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Trad. Dora Flaksman. 2ª ed., Rio de Janeiro: LCT, 2006, p. 144.

¹⁰⁵ ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Trad. Dora Flaksman. 2ª ed., Rio de Janeiro: LCT, 2006, p. 144.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 144

No decorrer do século XIII, as novas tendências da economia, representada pelas constantes transações e extensão das fortunas imobiliárias, aliada ao aumento de forma significativa da autoridade do Príncipe, provocaram um estreitamento ainda maior das relações de solidariedade na linhagem em detrimento das divisões patrimoniais, em razão disso a família novamente tornou-se independente.

Como consequência dessa nova mudança ocorrida durante o século XIII, tem-se o aumento da autoridade já conferida ao *pater família* nos séculos XI e XII, a fim de garantir a manutenção da integridade do patrimônio indiviso. Começa neste mesmo período do século XIII, a difundir-se entre as famílias nobres, o direito da primogenitura, em substituição a indivisão como forma de salvaguardar o patrimônio e sua indivisão.

Com efeito, a partir do século XIV, encontram-se dados mais concretos do início ainda que lento, porém progressivo, da degradação da mulher no lar conjugal. Prova disso, é a perda de seu direito de substituir o marido ausente ou louco. Com o advento do século XVI, a mulher casada torna-se incapaz, conseqüentemente todos os atos por ela praticados, sem a autorização do marido ou do juiz tornam-se nulos, reforçando-se, com isso, ainda mais o poder marital.

Neste sentido, a lição de P. PELOT, citada por Philippe ARIÈS:

“A partir do século XVI, a legislação real se empenhou em reforçar o poder paterno no que concerne ao casamento dos filhos. Enquanto se enfraqueciam os laços da linhagem, a autoridade do marido dentro de casa tornava-se maior e a mulher e os filhos se submetiam a ela mais estritamente. Esse movimento duplo, na medida em que foi o produto do inconsciente e espontâneo do costume, manifesta uma mudança nos hábitos e nas condições sociais...”.¹⁰⁷

Com efeito, o enfraquecimento experimentado pelos laços decorrentes da linhagem, fez com que a autoridade do marido dentro de casa aumentasse de forma significativa. Esse novo arquétipo introduzido nos costumes sociais da época, fez com que a sociedade passasse a atribuir à família o valor que outrora se atribuiu à linhagem. Esse fato conferiu à família o status de célula social, de base do Estado, seu fundamento do poder monárquico.

Ainda que analisada sob este aspecto, a família desconsiderava qualquer perspectiva acerca do sentimento de afetividade, sendo igualmente ignorado por seus membros qualquer sentimento de solidariedade. Tal concepção era perfeitamente compreensível, diante do fato de que o casamento, durante muito tempo foi apenas um contrato.

Além do que, na Idade Média, o princípio moderno de santificação da vida leiga, era admitido em casos excepcionais, ou seja, do rei e do cavaleiro, que eram iniciados após uma cerimônia religiosa. O sacramento do casamento por sua vez, não

¹⁰⁷ Ibid., p. 145-146.

tinha valor espiritual, ao revés, apenas legitimava a união, razão pela qual sua cerimônia não era realizada no interior da igreja e sim na sua entrada. Além de sua concepção contratualista, o casamento representava para os clérigos uma concessão à fraqueza da carne.

Logo, na concepção da Igreja Medieval, o casamento “não livrava a sexualidade de sua impureza essencial. Sem dúvida, essa reprovação não chegava à condenação da família e do casamento, à maneira dos cátaros do Sul da França; manifestava, porém, uma desconfiança com relação a todo fruto da carne. Não era na vida leiga que o homem podia se santificar; a união sexual, quando abençoada pelo casamento deixava de ser um pecado, mas isso era tudo”.¹⁰⁸

Não se pretende com isso, negar-se a existência de uma vida familiar na Idade Média, ao mesmo tempo em que não se pode deixar de considerar que, essa vida familiar tinha como características o fato de subsistir no silêncio, porquanto não se lhe atribuía um valor representativo, o que, por conseguinte, não lhe conferia um sentimento suficientemente forte entre seus membros.

Essas idéias foram implantadas em solo pátrio, pelas mãos do colonizador português, quando da imposição do ordenamento jurídico lusitano: as Ordenações. Ao se analisar este acontecimento sob a ótica jurídica, dois aspectos merecem destaque: primeiro, o não-reconhecimento por parte do colonizador da existência de um conjunto de regras elaboradas e seguidas pelos aborígenes aqui existentes, segundo a imposição de uma ordem jurídica de conteúdo romano pensado em termos medievais e informado pelos valores divinos.

A propósito, a lição de Luiz Roberto de ASSUMPÇÃO:

“Os europeus, crentes tanto no caráter e na validade universal do sistema jurídico que haviam construído quanto no fato de ser historicamente mais avançados, impuseram-no aos povos não europeus, de modo que ‘os direitos locais foram impiedosamente combatidos em nome da civilização e da modernização, o mesmo acontecendo com a organização política e judiciária’.

Há nessa prática, completa falta de reconhecimento do outro, uma vez que tal processo acabou sendo dirigido no sentido do subjugar, da submissão, no lugar da coordenação, do construir junto. Esse aspecto aponta para o fato de a imposição do modelo jurídico português ter afastado qualquer possibilidade de coexistência entre ele e os modos e costumes locais, revelando a existência do centralismo jurídico. Trata-se como explica Clóvis do Couto e Silva, de uma característica marcante do direito civil brasileiro, que se revela ‘fenômeno antigo no direito português, não havendo discussão a respeito da superioridade

¹⁰⁸ ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Trad. Dora Flaksman. 2ª ed., Rio de Janeiro: LCT, 2006, p. 146.

do direito costumeiro ou local’, pois, a partir das Ordenações Afonsinas, ‘Portugal passou a contar com uma legislação unitária e centralizada’, fenômeno que se estendeu ao direito pátrio”.¹⁰⁹

Com a promulgação da primeira Constituição do Brasil, em 1.824, ratificou-se aquilo que ficou determinado legalmente em 1.823, no sentido de que a legislação civil portuguesa, em especial as Ordenações, continuaria vigendo até a elaboração de um Código Civil. Esclarece-se, porém que, a Constituição do Brasil, outorgada por D.Pedro I, em 1.824, não fazia qualquer referência à família, a não ser à própria família imperial, ao disciplinar em seu artigo 120, disposições sobre o casamento da princesa.

A menção à família matrimonializada, surge com a Constituição republicana de 1.891, que dizia em seu artigo 72, § 4º: “*A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.*” Na verdade não se tratou de uma proteção a família, mas sim de uma simples referência ao casamento. Não se pode deixar de reconhecer, contudo, a importância histórica do referido dispositivo constitucional, porquanto marcou a separação Igreja/Estado.

O Código Civil, entretanto, passou a ter existência jurídica somente em 1916, traduzindo para seu texto jurídico a positivação de uma família baseada em valores e conceitos morais da sociedade agrária brasileira, a qual por sua vez, era extremamente conservadora, patriarcal e fundada sob o pilar da legalidade.

Destarte, o revogado Código de Beviláqua, regulador da sociedade privada no início do século XX, reproduziu em seu texto jurídico valores e conceitos de uma elite dominante, a qual segundo Orlando Gomes era representado por cerca de “(...) trezentas ou quatrocentas mil pessoas pertencentes às famílias proprietárias de escravos, os fazendeiros, os senhores de engenho (...)”.¹¹⁰

Revela notar, ainda que, os traços fundamentais que inspiraram e moldaram a época, a organização social, política e jurídica da família brasileira estava no fato de ser a mesma legalista, eminentemente patrimonialista, hierarquizada, divorciada dos fatos sociais e totalmente alheia de sua realidade. Destarte, proteger esta família agrária que espelhava a burguesia fundada sob a égide de um positivismo dominante, era a função do vetusto Código Civil de 1.916.

Como já mencionado, outra característica da família estampada no Código Civil revogado, era a da superioridade masculina, ou dito de outra forma, na desigualdade dos sexos, o que por via de consequência impunha de certa forma a

¹⁰⁹ ASSUMPCÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo Código Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 5 – 6.

¹¹⁰ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador: Progresso 1958, p. 39.

exclusão social da mulher e dos filhos diante de um férreo poder advindo há época do pátrio poder.

Tanto era assim, que Viviane GIRARDI, citando Silvana Maria Carbonera e Andrée MICHEL, refere-se à família apreendida pelo Código Civil de 1.916, como sendo:

“(…) uma família cuja chefia era ocupada pelo homem, exercendo tanto o papel de pai como o de marido. A ele competia a direção exclusiva da família, sendo tal decorrente de sua autoridade e poder, cuja origem e substrato tinham cunho econômico. Como consequência, mulher e filhos ocupavam posição de inferioridade na comunidade familiar. A primeira desempenhava o papel de esposa e mãe, enquanto que o os demais deviam ater-se ao respeito ao pai, atitude que se projetava no meio social mediante o respeito devido ao patrão e ao Estado”.¹¹¹

Neste mesmo diapasão é o entendimento de Maria Berenice DIAS:

“O Código Civil de 1.916, era uma codificação do século XIX, pois Clovis Beviláqua foi encarregado de elaborá-lo no ano de 1.899, Retratava a sociedade da época, marcadamente **conservadora** e **patriarcal**. Assim, só podia consagrar a superioridade do homem. Sua força física foi transformada em poder pessoal, autoridade, outorgando-lhe o comando da família. Por isso a mulher, ao casar, perdia a capacidade, tornando-se relativamente capaz, como os índios, os pródigos e os menores. Para trabalhar precisava da autorização do marido. A família identificava-se pelo nome do varão, sendo a mulher obrigada a dotar o sobrenome dele. O casamento era **indissolúvel**. Só havia o **desquite** – significando não quites, em débito para com a sociedade -, que rompia o casamento, mas não dissolvia a sociedade conjugal.

Somente o casamento constituía a **família legítima**. Os vínculos extramatrimoniais, além de não reconhecidos, eram punidos. Com o nome de **concubinato**, foram condenados à clandestinidade e à exclusão não só social, mas também jurídica”.¹¹²

Isso explica a positivação de regras, no Livro de Direito de Família do Código Civil de 1.916, como: o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, competindo-lhe: a) representação familiar; b) a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher; c) o direito de fixar o domicílio da família; d) promover a manutenção da família (art. 233), ou ainda, que o

¹¹¹ GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed. 2005, p. 27.

¹¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 4º ed., rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.95.

defloramento da mulher consubstanciava-se em erro essencial sobre a pessoa, e quando ignorado pelo marido, era passível de anulação do casamento (art.219 IV).

Destarte, a codificação das relações conjugais e paterno-filiais, nos moldes acima delineados, estabeleceu um modelo jurídico onde a presença do Estado é marcante e intervencionista, na medida em que pré-determina os direitos e deveres conjugais e da prole, procedimento este, típico da estruturação do sistema jurídico romano-germânico.

De outro lado, a condição de casados dos pais, refletia uma realidade cruel, porquanto servia de critério para distinção entre os filhos. Com efeito, a fórmula concebida pelo Código Civil de 1.916, a fim de garantir a indivisibilidade do patrimônio era a de alijar a prole concebida fora do casamento de qualquer direito.

Os filhos concebidos fora do matrimônio eram nominados de naturais, espúrios, adulterinos, incestuosos, tratavam-se todos de filhos ilegítimos e totalmente excluídos do tecido social da época. “Não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só desquite ou a morte do genitor permitia a demanda investigatória de paternidade. Os filhos eram punidos pela postura do pai, que saía premiado, não assumindo qualquer responsabilidade para com os frutos de suas aventuras extra-matrimoniais”.¹¹³

Tem-se com isso, que os filhos legítimos eram somente aqueles havidos na constância do casamento, conforme se depreendia do revogado artigo 337 e seguintes do Código Civil de 1.916. No concubinato puro, os filhos recebiam a seguinte classificação: ilegítimos na categoria dos naturais, sendo legitimáveis com o casamento subseqüentes de seus pais (artigo 353 do Código Civil de 1.916).

No concubinato impuro, os filhos eram tidos como ilegítimos, na categoria dos espúrios, dividindo-se em adulterinos ou incestuosos, para estes, não concebia o Código Civil revogado a possibilidade de reconhecimento, diante do texto expresso do artigo 358 do Código novecentista.¹¹⁴

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed., ver., ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 96.

¹¹⁴ Cf. Luiz Roberto de Assumpção: “O desejo sexual manifestado fora do casamento era ferozmente tolhido, aplicando-se-lhe a sanção de impedir o reconhecimento de eventual paternidade dele decorrente. Disso foi exemplo o art. 358 do Código Civil brasileiro de 1.916, como dado legislativo inicial na cronologia da evolução do reconhecimento dos filhos havidos fora da relação matrimonial, que vedava o reconhecimento dos filhos então designados espúrios. No sistema pátrio codificado pelo legislador do século de noventa, o casamento foi eleito fonte exclusiva da legitimidade dos filhos. Partindo da distinção entre filiação legítima e ilegítima, se oriunda de consangüinidade, e civil, quando derivada da adoção, o legislador estruturou um sistema de estabelecimento da filiação que atendesse ao aspecto de diferenciação entre os filhos: para os legitimamente concebidos, todos os ‘favores’ legais: os concebidos de forma ilegítima, todos os ‘desfavores’ da lei.” (**Aspectos da paternidade no novo Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 2004, 18-19). Na lição de Gustavo Tepedino, “a matéria fora tratada pelo legislador pátrio na esteira de tradição milenar, mediante a classificação decorrente da posição jurídica do país, estremando-se os filhos gerados por pessoas casadas – filhos legítimos – daqueles provenientes de relações extramatrimoniais – filhos ilegítimos –, daí derivando os efeitos diferenciados para a prole. Trata-se, na

Na concepção de Ana Carla Harmatiuk MATOS, merece atenção o fato de que, embora os filhos não tivessem contribuído para com as “aventuras” sexuais de seus pais, o sistema jurídico da época “fez mais do que simplesmente não tutelar as relações familiares formadas fora do casamento”, ou seja, conferiu um colorido de “ilícito e de imoral a tais uniões, bem como a discriminação imputada aos filhos delas advindos”.¹¹⁵

Com efeito, a inserção da temática da família num contexto constitucional, surgiu somente com a Constituição promulgada em 1.934, onde no Capítulo I, “Da Família”, do Título V, artigos 144 a 147, foram exteriorizados, uma vez mais, as preocupações do legislador constituinte com os aspectos formais do casamento, deixando de lado a substancialidade da família, ao reconhecer a família legítima, como aquela “constituída pelo casamento indissolúvel”.

A Constituição polonesa, de idéias totalitárias e fascistas, foi a fonte inspiradora da Constituição Brasileira de 1.937. Fruto do totalitarismo imposto por Getúlio Vargas na época, ficou conhecida como “A Polaca”. No que concerne à família, manteve a concepção formal do casamento, porém com relação aos filhos naturais, estatuiu em seu artigo 126, que “deveria ser facilitado seu reconhecimento”, assegurando a lei sua igualdade com os filhos legítimos.

Com isso, surge no cenário jurídico brasileiro, o Decreto-Lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1.942, que permitiu o reconhecimento pelo cônjuge do filho havido fora do casamento, porém somente após o desquite, o que representou na época arrojada evolução da legislação brasileira, sobre o estado de filiação ilegítima, visto que o entendimento majoritário, até então, era no sentido de que os filhos nascidos de uma segunda união de desquitados eram adulterinos, logo não podiam ser reconhecidos.

Isso se dava, em razão do fato de encontrar-se em vigor, ainda, a Lei 3.200, de 19 de abril de 1941, com a nova redação dada pelo Decreto 5.213, de 21 de janeiro de 1.943, ao seu artigo 16, asseverando que “o filho natural enquanto menor ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menos”.¹¹⁶

A controvérsia doutrinária e jurisprudencial suscitada pela lei 4.737/42, somente foi dirimida com o advento da Lei 883, de 21 de outubro de 1.949, a qual

verdade, de uma história de profunda e odiosa discriminação, justificada pela proteção legislativa à chamada família legítima, a entidade familiar fundada no casamento, em detrimento dos filhos nascidos de relação extraconjugal.” (**A disciplina jurídica da filiação**, in **Temas de direito civil**. 3º ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.398-399).

¹¹⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 11.

¹¹⁶ O Decreto-Lei n.5.213/43 ficou conhecido como “Lei Teresoca”, em razão de Assis Chateaubriand, influente jornalista, ter obtido na época e de imediato, o pátrio poder e a guarda de sua filha Teresa, que ficou sob a tutela do juiz Orozimbo Nonato, até completar 18 anos.

estendeu o direito de ser reconhecido a todo o filho havido fora do matrimônio, condicionando-se o reconhecimento à dissolução da sociedade conjugal, seja pelo desquite, morte de um dos cônjuges ou anulação do casamento.

Manteve-se a proibição do reconhecimento do filho incestuoso e do adúltero na constância do casamento, porém não se pode deixar de reconhecer, o caráter menos discriminatório da referida lei. É de se ressaltar ainda, o fato de que a Constituição de 1.946 e a outorgada de 1.967, não contiveram nenhuma expressão na seara da filiação ilegítima.

Este panorama jurídico perdurou no Brasil até 1.984, quando então a Lei 7.250 de 14 de novembro de 1984, introduziu o § 2º no artigo 1º da Lei n. 883/49, estabelecendo que: “mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos.”

Destarte, passou o ordenamento jurídico brasileiro, a permitir o reconhecimento do filho adúltero na constância do casamento, embora sob a condição temporal, tornou juridicamente possível a ação de investigação da paternidade promovida pelo filho adúltero a *patre* ou a *matre*, na vigência do vínculo matrimonial, o que era proibido até então.

Finalmente, não há como se negar uma simbiose entre o patriarcalismo e a heterossexualidade na composição da estrutura dorsal da família, positivada pelas mãos de Clóvis Beviláqua no Código de 1.916, já que orientada para legitimar a sexualidade heterossexual diante de seu comprometimento com a reprodução.

Esse arquétipo de valores e conceitos difundidos ao longo de oitenta e seis anos de existência do Código Civil gerou de acordo com a época histórica, diferentes categorias de sujeitos, excluídas ou tratadas de maneira inferior pelo Direito em face dos estigmas sociais, como os filhos fora do casamento, a mulher, os concubinos e os desquitados.

O Poder Judiciário não pode mais ser o porta voz de poderes despóticos - do poder marital, do poder paterno e do poder da sociedade heterossexual - outros valores e princípios devem ser considerados. Os laços e vínculos familiares devem ser reconstruídos sob novas bases.

3.2. A repersonalização do direito de família em face dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade e da afetividade

Os princípios constitucionais da dignidade humana, solidariedade e da igualdade vêm ganhando cada vez mais relevância no trato das questões envolvendo os direitos das minorias ou como pretendem alguns dos sujeitos vulneráveis, dentre os quais podemos citar as crianças institucionalizadas ou abandonadas e os homossexuais que se

unem maritalmente, posto interessarem de forma direta ao nosso estudo. Se antes essas pessoas eram relegadas ao segundo plano e discriminadas, hoje reclamam na qualidade de sujeitos à efetividade de seus direitos, principalmente na seara da Família.

A transição paradigmática do moderno para o pós-moderno provocou radicalmente algumas rupturas na sociedade atual, no plano do Direito de Família não poderia ser diferente, a quebra deu-se em relação àquela identidade que representava a monogamia fundada numa relação de diferente sexo, visando quase que exclusivamente a reprodução.

De tal sorte que, imprescindível aos operadores do direito para uma exata compreensão da principiologia do Direito de Família contemporâneo, ter em mente que a vida mudou, a realidade socioeconômica transformou valores e concepções. Ética, Cidadania, Inclusão social, Afeto, Cuidado, Solidariedade, Igualdade e Dignidade, constituem hodiernamente o corpo da proposição para a correta compreensão do Direito de Família moderno.

O casamento, hodiernamente não pode mais ser concebido como uma instituição. Sua função é instrumental, ou seja, deve ser o canal condutor da realização pessoal de seus membros, razão pela qual se adotou doutrinariamente a expressão Família Eudemonista, para traduzir o modelo de família voltado para a realização personalística de seus membros. Sobre o tema, aduz João Baptista Villela “a passagem de um organismo preordenado a fins externos para um núcleo de companheirismo a serviço das próprias pessoas que a constituem”.¹¹⁷

Assim se refere Ana Carla Harmatiuk MATTOS:

“A repersonalização das relações familiares significa sair daquela idéia de patrimônio como orientador da família, onde essa se forma pela afetividade e não mais exclusivamente pelo vínculo jurídico-formal que une as pessoas. Deve o Direito Civil, cumprir seu verdadeiro papel: regular as relações relevantes da pessoa humana – colocar o homem no centro das relações civilísticas. [...] E, gravitando o Direito Civil em torno da pessoa, não há lugar para concepções excludentes de determinados sujeitos de tutela jurídica ou atribuidora de um tratamento jurídico inferior a eles – já não há espaço para as discriminações de gênero. [...] Uma das conseqüências práticas da repersonalização vem a ser a nova concepção de família, espalhando a idéia básica da família eudemonista, ou seja, direcionada à realização dos indivíduos que a compõe”.¹¹⁸

¹¹⁷ VILLELA, João Baptista. **Família Hoje**. In BARRETO, Vicente [org.] A Nova Família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1.997, p. 71.

¹¹⁸ MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 104 – 105.

Costuma-se identificar a solidariedade na família como uma relação de amparo recíproco, especialmente nos momentos de crise. Os sentimentos e gestos que envolvem a solidariedade familiar, ou seja, o afeto, a assistência, o respeito, quando adentram a seara do Poder Judiciário, devem ser traduzidos em valores e condutas e, por conseguinte transformados em direitos e deveres.

Com efeito, igual tratamento deve ser atribuído às relações homoafetivas por nossos operadores do direito diante da eleição desses novos sentimentos caracterizadores da família, notadamente se e quando sustentadas pelos valores do afeto e do cuidado, porquanto qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura-se claro desrespeito à dignidade humana.

Não se pode mais deixar de reconhecer que, a família brasileira com o advento da Constituição de 1.988, tornou-se um espaço de realização existencial das pessoas em suas dignidades e como lugar por excelência de afetividade, cujo fundamento jurídico é o princípio da solidariedade, consagrado em seu artigo 3º. Inciso I. Ao referir-se à “sociedade solidária”, o comando constitucional inclui, sem sombra de dúvidas, a “base da sociedade” (artigo 226) que é a família.

Confira-se, a propósito, as palavras de Paulo Luiz Neto LÔBO, sobre o tema:

“A solidariedade e a dignidade da pessoa humana são os dois hemisférios indissociáveis do núcleo essencial irreduzível da organização social, política e cultural e do ordenamento jurídico brasileiros. De um lado o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, nomeadamente do grupo familiar; de outro lado, os deveres de cada pessoa humana com as demais, na construção harmônica de suas dignidades. O princípio da solidariedade é o grande marco paradigmático que caracteriza a transformação do Estado liberal e individualista, do século XIX, em Estado democrático e social, com suas vicissitudes e desafios, que o conturbado século XX nos legou. É superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos”.¹¹⁹

Destarte, após o advento da Constituição de 1.988, necessário se faz uma repersonalização da organização familiar, deve-se interpretar a família numa outra dimensão, qual seja a da ótica do fenômeno hemenêutico da constitucionalização do Direito Civil.

Portanto, a incidência no Direito de Família do princípio da igualdade, da isonomia familiar, tanto no aspecto filiação (artigo 227 § 6º da CF/88) quanto na conjugalidade (art. 226, § 5º da CF/88), assim como a tutela de outras formas de arranjos familiares, que não somente o casamento (art. 226, § 3º da CF/88) é condição fundamental para se entender os novos contornos conferidos às estruturas familiares.

¹¹⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Boletim Instituto Brasileiro de Direito de Família**. N. 46, setembro/outubro de 2007.

A fim de se conferir as afirmações acima à segurança que o direito tanto reclama, trazem-se a colação os ensinamentos de Viviane GIRARDI:

“Pode-se, dessa forma, afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra no espaço destinado à família, solo fecundo, uma vez que a funcionalização das entidades familiares objetiva a efetivação do desenvolvimento pleno da pessoa, quer ocupe lugar de homem, mulher, pai, mãe ou de filhos. Ou no dizer de Guilherme Calmon Nogueira da Gama: ‘Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares; o afeto, a solidariedade a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em idéias pluralistas, solidaristas, democráticas democráticos e humanistas’”.¹²⁰

Com efeito, a efetividade desta repersonalização do Direito Civil, depende eminentemente do esvaziamento de conceitos patrimonialistas contemplados pela conduta civilista estabelecida pelo Código de 1.916, além de romper-se com a premissa de que o casamento é o único instituto formador e legitimador da família brasileira, pois só assim se atenderá às necessidades concretas e reais de cada ser humano.

A preocupação do Direito Civil com a pessoa humana, contextualizado diante de suas necessidades existenciais, sem sombra de dúvidas adentra a seara do direito da personalidade, já que este pode ser entendido como as múltiplas emanações decorrentes da natureza humana de seu titular.

Logo, forçoso é concluir que o direito da personalidade, confere efetividade à repersonalização do Direito Civil, porquanto atribuem um novo sentido para a normativa civil, “na medida em que se prestam como mecanismo legal a positivar a tutela de parcelas essenciais da personalidade humana, muitas vezes desconsideradas pelo direito, como a questão da realização sexual das pessoas”.¹²¹

Nesse aspecto, registre-se o projeto de lei do então relator do novel Código Civil, Ricardo Fiúza, visando alterar alguns dispositivos do código, entre eles o artigo 11, a fim de acrescentar dentre os direitos personalíssimos, o direito à opção sexual: “O direito à vida, á integridade físico-psíquica, à identidade, à honra, à imagem, à liberdade, à privacidade, à opção sexual e outros reconhecidos à pessoa são natos, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis. Parágrafo único. Com exceção dos casos previstos em lei, não pode o exercício dos direitos da personalidade sofrer limitação voluntária”.

¹²⁰ GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.005, p. 43 - 44.

¹²¹ Ibid.p. 45.

Conforme adverte Viviane GIRARDI, a sexualidade humana é fundamental para a felicidade da pessoa humana, por exteriorizar a personalidade da pessoa, impondo-se no mundo moderno como um direito da pessoa, por ter conteúdo de respeito à diversidade da natureza humana.¹²²

Na concepção de Maria Berenice DIAS, dentre os direitos de personalidade se encontra inserido “o direito de ter filhos, pois a maternidade e a paternidade fazem parte do ideário humano, de seu espectro de realização como seres humanos. Não há dúvidas de que existe um direito subjetivo à paternidade, que se situa no âmbito dos direitos de personalidade, espraiando-se para o direito de família, na medida em que decorre de um desejo pessoal da personalidade da pessoa”.¹²³

Vê-se, pois que, de todas as discriminações de que são vítimas os homossexuais em nossa sociedade, o não reconhecimento de suas uniões e, por conseguinte, do direito à paternidade, seja por meio da adoção ou decorrentes de reprodução artificial, é a mais cruel, porquanto os impede de atingir um projeto pessoal de vida.

A mudança de paradigma do modelo familiar deu ensejo à autonomia de uma pessoa optar por não ter família, ou construir uma relação homoafetiva, ou ainda, construir uma relação de filiação independente da existência de um parceiro, nesse novo processo de transformação surge a necessidade de abarcar as diversas novas práticas sociais.

De outro lado, os métodos reprodutivos por fecundação artificial homóloga ou heteróloga, a comercialização de óvulos ou espermatozóides e a cessão ou locação de útero, obrigou o legislador pátrio a rever também, o conceito de filiação já que

¹²² Cf. Viviane Girardi: “A retomada dos direitos da personalidade possibilita a eficácia da repersonalização do direito, pois os direitos da personalidade dão um novo sentido para a normativa civil, na medida em que se prestam como mecanismo legal a possibilitar a tutela de parcela essencial da personalidade humana, muitas vezes desconsiderada pelo direito, como o foi a questão da realização sexual das pessoas. Com a revolução iniciada pelo psiquiatra austríaco Sigmund Freud sobre a sexualidade humana, as ciências médicas e psicológicas vêm comprovando ser a sexualidade parcela importante e determinada do contexto de felicidade da pessoa humana. O sexo deixou de ser o patamar e a função meramente procriativa para tornar-se uma expressão e exteriorização da personalidade humana e no mundo contemporâneo vem impondo-se como mais um direito da pessoa, tendo como origem um forte conteúdo ético e de respeito a diversidade da natureza humana. Revela-se também que múltiplas são as formas de exteriorizar a sexualidade humana e nesse aspecto, significativos são os direitos da personalidade para a tutela dessa exteriorização, no sentido de permitir o exercício livre da sexualidade tida como diferente do padrão hegemônico, que, entre nós, é dado heterossexualidade. Essa é a contribuição e a importância da repersonalização do sistema jurídico, ou seja, permitir que o ser humano seja tutelado em si e que receba a tutela para a gama de direito que da sua personalidade humana se irradia. Dentre tais direitos, situa-se o direito a uma identidade sexual diferente da até então considerada como decorrente do sexo de nascimento.” (Ibid. p. 45- 46)

¹²³ DIAS, Maria Berenice. **Revista do Advogado – Família e Sucessões**. Ano XXVII maio de 2007, n. 91, p. 107.

a paternidade não poderia ser mais concebida sob a premissa da identidade genética, mas sim a partir da identificação da posse do estado de filho.

A maneira racional e extremamente equilibrada com que Maria Berenice DIAS trata a questão, faz tornar imprescindível trazer a colação, uma vez mais, seu entendimento:

“O prestígio a afetividade fez surgir uma nova figura jurídica, a filiação socioafetiva, que acabou se sobrepondo à realidade biológica. A moderna doutrina não mais define o vínculo de parentesco em função da identidade genética. Para dirimir as controvérsias que surgem em decorrência da manipulação genética prevalece a mesma orientação. Popularizaram-se os métodos reprodutivos de fecundação assistida, comercialização de óvulos ou espermatozóides, cessão e locação de útero, e todos viram a possibilidade de realizar o sonho de ter filhos. Nesse caleidoscópio de possibilidades, os vínculos de filiação não podem ser buscados nem na verdade nem na realidade biológica. A definição da paternidade está condicionada à identificação da posse do estado de filho, reconhecida como a relação afetiva, íntima e duradoura, em que uma criança é tratada como filho, por quem cumpre todos os deveres inerentes ao poder familiar: cria, ama, educa e protege. A paternidade é reconhecida pelo vínculo de afetividade, fazendo nascer a filiação socioafetiva. Ainda segundo Fachin a verdadeira paternidade não é um fato da Biologia, mas sim fato cultural, está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do esperma”.¹²⁴

Em que pese, a profunda mudança do arquétipo de família, instituído pela Constituição Federal de 1.988, a ponto de se poder visualizar a pluralidade dos arranjos familiares e de sua característica eudemonista,¹²⁵ além da vedação expressa do tratamento discriminatório com relação aos filhos, o Código Civil pátrio trata em capítulos diferentes os filhos havidos da relação do casamento (artigos 1.596 a 1.606) daqueles havidos fora do casamento (artigos 1.607 a 1.617), o que deixa evidente a reminiscência da visão sacralizada da família.

Porém, essa disposição positivada da matéria, não pode levar a um raciocínio de que a filiação decorrente do ato notarial tenha maior valor do que aquela advinda da posse do estado de filho, por nascer essa da vontade do indivíduo em dedicar afeto à outra pessoa, a quem cuida como se seu filho fosse. Ambas possuem, sem sombras de dúvidas, o mesmo valor.

A relação paterno-filial passou a ser observada e levada a efeito a partir do indivíduo, que em formação cresce em uma família que lhe permita a inclusão social,

¹²⁴ Ibid p. 107.

¹²⁵ Cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira: essa expressão quer significar a “doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana” (Novo dicionário da língua portuguesa, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 734).

quando aquele na qualidade de pai proveu sempre suas necessidades, sua manutenção e sua educação, sem, contudo, independentemente da natureza dessa família, em razão da pluralidade dos arranjos familiares reconhecidos pela Constituição Federal. É a efetividade da famosa frase ouvida com frequência: pai é quem cria.

A paternidade socioafetiva, representa a concretude na seara do Direito de Família do Princípio da Afetividade, porquanto jurisdicionaliza a paternidade aos filhos de criação, já que a similitude genética ou a derivação sanguínea por si só não é efetiva garantia do cumprimento das funções parentais, mas sim o cuidado e o desvelo dedicado aos filhos.

Conforme menciona Rodrigo da Cunha PEREIRA:

“A paternidade socioafetiva está alicerçada na posse de estado de filho, que nos remete à clássica tríade *nomem, tractus e fama*. Assim, para que haja a posse de estado, neste diapasão, é necessário que o menor carregue o nome da família, seja tratado como filho e que sua condição oriunda da filiação seja reconhecida socialmente. É este tripé que garante a experiência de família e nele o pressuposto do afeto. Afinal, quem cria um filho que não traz consigo laços biológicos pressupõe que o desejo permeou a relação. É claro que a consequência direta do desejo, neste caso é a construção do afeto. Não é mais possível ao Direito ignorar a existência da paternidade socioafetiva, embora ela ainda não esteja em regramento legislativo expresso, não obstante a incidência do art. 1.593 CCB/02. Daí a importância e sua relevância da interpretação através de princípios, mormente o princípio da afetividade, que é o veículo propulsor do reconhecimento jurídico de tal instituto. A inclusão do afeto como princípio não significa a exclusão dos laços biológicos”.¹²⁶

Cumprido ressaltar, ainda, que a aplicabilidade do princípio constitucional da pluralidade das formas de família, instituído com a Constituição de 1.988, permitiu ao Direito de Família entrar em compasso com a realidade dos fatos sociais, ao romper com o arquétipo de que o casamento era o único instituto gerador e legitimador da família brasileira.

Com isso, caiu por terra o mito de que o modelo ideal de família era aquela hierarquizada, patriarcal, impessoal e, obrigatoriamente, heterossexual, onde os interesses individuais, ou o medo do estigma social de “desquitada” ou “separado” cediam espaço à manutenção do vínculo. Fazendo com que os “cônjuges” arrastassem seus grilhões e mazelas pelo resto de suas vidas.

Destarte, diante da hermenêutica constitucional que passou a incidir sobre o Direito de Família, e, sobretudo, da aplicação do princípio da pluralidade das formas de família, tornou-se imperioso o tratamento tutelar a todo o agrupamento que, pelo afeto,

¹²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 185.

apresenta-se como família, logo a união entre pessoas do mesmo sexo não pode estar excluída do laço social, nem tão pouco, sua pretensão em adotar.

Esclarece Rodrigo da Cunha PEREIRA:

“Uma das dificuldades e resistências de se reconhecer a pluralidade e as várias possibilidades dos vínculos parentais e conjugais reside no medo de que as novas famílias signifiquem a destruição da ‘verdadeira’ família. Esse apego ao tradicionalismo, que provoca o saudável debate com a modernidade, é mais uma questão fundamental para o século XXI.”

O mesmo autor menciona linhas abaixo o diálogo mantido entre o filósofo francês Jacques Derrida, e a historiadora e psicanalista Elizabeth Roudinesco, levando à seguinte reflexão:

‘Eu não diria sem hesitar que a família é eterna. O que é inalterável, o que continuará a atravessar a História, é que exista ou haja a família, o laço social organizado em torno da procriação, (...) Pode-se fazer muitas coisas com um homem e uma mulher! Com a diferença sexual (e a homossexualidade não é a indiferença sexual) pode-se imaginar tantas configurações ditas ‘familiares’! E mesmo no que consideramos ‘nosso’ modelo mais estável e mais familiar, existem tantas subespécies! Os progressos da genética libertam ou aceleram nossa imaginação – deliciada, aterrada, ou ambos ao mesmo tempo, diante de todo tipo de coisas que não diria desconhecidas, sobretudo do inconsciente, mas ainda não gravadas pelo que poderíamos chamar, no sentido amplo de estado civil...’¹²⁷

Com efeito, o Projeto de Lei 2.285/2007, denominado Estatuto das Famílias, em trâmite pelo Congresso Nacional, desde março do mesmo ano, visa positivar um Direito de Família mais adequado às necessidades e à realidade da sociedade brasileira, uma vez que busca soluções para conflitos e demanda familiares, a partir de valores jurídicos como o afeto, o cuidado e a pluralidade, conforme se depreende de seu artigo 5º onde estabelece:

“Art. 5º Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gênero, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade”.

Ressalte-se que, quando da efetiva aprovação do referido projeto de lei, estarão revogados da Lei nº. 10.406/02, Código Civil, o Livro IV – Do Direito de Família, os artigos 732 a 745; 852 a 854; 877 e 878; 888 II e III; os artigos 1.120 a 1.124-

¹²⁷ Ibid.p. 168.

A da Lei 5.869/73, Código de Processo Civil, o Decreto Lei nº. 3.200/41 que trata do casamento entre parentes em 3º grau, a Lei nº. 5.478/68 Lei de Alimentos, os artigos 70 a 76 da Lei 6.015/73, Lei dos Registros Públicos, a Lei nº. 6.515/77, Lei do Divórcio e Lei 8.560/92, Investigação de Paternidade.

Logo, impõe-se aos operadores do direito reconhecer essa nova dimensão do Direito de Família, adequando-se ao modelo constitucional esculpido pela Constituição de 1.988, cuja estrutura é plural, fundada em princípio da dignidade humana, princípio da solidariedade, e no afeto, sendo a família uma referência de liberdade e igualdade, em busca da felicidade de seus membros.

3.3. O princípio da pluralidade das formas de família e sua classificação doutrinária

Classifica, a doutrina contemporânea, os novos arranjos familiares em três grupos: família conjugal, família parental e a família unipessoal ou *single*, de tal sorte que qualquer tipo de família possível estará necessariamente estenotipado em uma dessas três espécies.

A família conjugal pode ser definida como aquela que se estabelece a partir da relação amorosa, nela estão presentes além do afeto, o desejo e o amor sexual. Ressalte-se, todavia, que o amor conjugal embora se assente na sexualidade, não está obrigatoriamente na genitalidade.

Explica-se: um casal que, em decorrência de fatores de impotência ou frigidez causada pela idade, doença ou por razões que não se pode ou não se deve indagar, o exercício de sua sexualidade não estará necessariamente nos atos sexuais genitalizados na forma tradicional, sendo certo que, tal fato não tem o condão de anular ou invalidar o amor conjugal.

Para esta espécie de família, o fundamental é a efetiva presença dos laços de afeto entre seus membros, já que a entidade familiar esta além de um convívio superficial e desprezioso, logo o importante é “verificar se há ali um núcleo familiar compondo uma estrutura psíquica, seja com alguém de seu sexo ou de sexo oposto (...)”.

¹²⁸

Maria Berenice DIAS, com sua antevisão, pioneirismo e coragem, é assertiva:

“Abstraindo-se o sexo dos conviventes, nenhuma diferença entre as relações homo e heterossexuais, pois existe uma semelhança no essencial, a identidade de motivos entre os dois casos. Ambos são

¹²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 171-172.

vínculos que têm sua origem no afeto, havendo identidade de propósito, qual seja a concretização do ideal de felicidade de cada um ... A omissão legal não pode ensejar negativa de direitos a vínculos afetivos que não tenham a diferença do sexo como pressuposto. A dimensão metajurídica de respeito à dignidade humana impõe que se tem como protegidos pela Constituição relacionamentos afetivos independentemente da identificação do sexo do par: se formado por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens”.¹²⁹

Com efeito, um estado democrático de direito, não pode deixar ao desabrigo qualquer tipo de entidade familiar, notadamente quando tenha como fonte geradora o afeto entre duas pessoas, pelo simples fato de ter este afeto, nascido entre pessoas do mesmo sexo.

Uma outra categoria de família apresenta-se diante do reconhecimento da pluralidade dos arranjos familiares, qual seja a família parental, definida como sendo aquela formada por um grupo de pessoas unidas pelos laços de parentesco biológico ou socioafetivo.

Tem-se como espécie de família parental, a monoparental, positivada com o advento da Constituição Federal de 1988, e formada por qualquer dos pais e seus descendentes, além das comunidades compostas por irmãos que não convivem com os pais e também aquelas compostas por avós e respectivos netos. A família parental está contida ou pode ser inserida na família conjugal.

A família parental inclui entre suas espécies, a família socioafetiva, nela se insere a família substitutiva, cuja origem é a adoção, tutela ou guarda. Convém ressaltar que, a família parental, advinda da socioafetividade, é amplamente tutelada por nosso ordenamento jurídico, em face da extrema valoração do princípio da pluralidade das formas de família, conforme se verifica pela decisão abaixo:

“Negatória de paternidade. ‘Adoção à brasileira’. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência da personificação do direito civil, vê a família como instrumento da realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular ‘adoção a brasileira’ não tutelaria a dignidade da pessoa humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.”(TJPR, Ac. 108.417-9, rel. Des. Accácio Cambi, j. 12.12.2001, DJPR 4.2.2002).

¹²⁹ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 86.

Nesta categoria de família, encontram-se as denominadas famílias binucleares, usualmente formada pelo par e os filhos advindos de relações conjugais anteriores, advindo daí a figura da madrasta e do padrasto, embora inexistindo laços de consangüinidade com os descendentes de famílias anteriores, passarão a desenvolver uma vida familiar como *filhos do coração* conforme denomina Rolf Madaleno,¹³⁰ ou *irmãos de afeto*.

Finalmente, não pode passar despercebido ao ordenamento jurídico a Família unipessoal, diante da enorme quantidade de indivíduos que são levados por circunstâncias da vida ou fazem a opção de viverem sozinhos. São os solteiros por convicção, viúvos ou separados/divorciados sem filhos, celibatários etc. Vivem deslocados fisicamente dos demais entes e a eles ligados por consangüinidade ou afetividade.

Revela notar que, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê de forma específica a possibilidade de uniões ou adoções por pares homossexuais, sendo certo que, também não é possível visualizar qualquer impedimento neste sentido, posto ser o afeto a razão fundante destas famílias homoafetivas.

Destarte, as relações homoafetivas por derivarem do sentimento de afeto, solidariedade, assistência mútua e respeito, devem ser concebidas como modalidade de entidade familiar conjugal, neste sentido, confira-se a sempre lúcida e aprimorada lição de Maria Berenice DIAS:

“Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativa de um fato existente e não regulamentado no sistema jurídico. A identidade sexual não serve de justificativa para que seja buscado qualquer outro ramo do direito que não o direito das famílias. Ao fazer uso dos princípios gerais de direito, o aplicador deve abeberar-se nos princípios introduzidos pela Constituição como norteadores do Estado Democrático de Direito. Assim, quer a determinação de respeito à dignidade da pessoa humana, quer a necessidade de se obedecer ao princípio da liberdade e da igualdade impõem que as uniões homoafetivas sejam inseridas no âmbito de proteção como entidade familiar. Igualmente, quando necessário se faz a invocação dos costumes para a colmatar as lacunas da lei, imperioso que se invoquem os costumes atuais, que, cada vez mais vêm respeitando e emprestando visibilidade aos relacionamentos das pessoas do mesmo sexo”.¹³¹

¹³⁰ MADALENO, Rolf. **Filhos do Coração**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.23, p. 22-23.

¹³¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.187.

Nessa linha, evidente que o repúdio da sociedade a determinados segmentos marginalizados e excluídos acaba por amedrontar o aplicador do direito¹³², prova disso é o Projeto de Lei 1.151/95, que trata da Parceria Civil, que vaga pelo Congresso Nacional há mais de 10 anos.

Razão pela qual, espera-se um comportamento totalmente diverso do legislador em relação ao trâmite do Projeto de Lei n. 2.285/07, já denominado Estatuto das Famílias, porquanto no Capítulo IV, artigo 68, reconhece de modo expreso como entidade familiar as uniões homoafetivas:

“Artigo 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas do mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com o objetivo de constituição de família, aplicando-se no que couber, as regras concernentes à união estável”.

É sabido que, em alguns países do mundo, a união civil homoafetiva é tutelada, notadamente nos países escandinavos. A Dinamarca foi o primeiro país a positivar a união homoafetiva, permitindo através da Lei n. 372, de 1º de junho de 1989, o registro da união civil, estendendo-lhes os mesmos direitos dos parceiros em uniões heterossexuais.

A Noruega aderiu ao novo sistema com a edição da Lei nº. 40, de 30 de abril de 1993, garantindo direitos quase iguais aos concedidos aos casais heterossexuais. Diferentemente da legislação dinamarquesa, permite a participação conjunta da autoridade parental.

Na Suécia, a legalização ocorreu em 1º de janeiro de 1995, que concede aos casais homossexuais os mesmos direitos garantidos aos heterossexuais, facultando-se

¹³² Cf. Maria Berenice DIAS. “Em face do repúdio social, fruto da rejeição de origem religiosa, as uniões de pessoas do mesmo sexo receberam ao longo da história, um sem-número de rotulações pejorativas e discriminatórias. Porém, essa é uma realidade que não se pode mais fazer de conta que não existe. O fato é que as pessoas não perdem a mania de buscar a felicidade. Abandonam relacionamentos jurados como eternos, partem em busca de novos amores, ingressam em novos vínculos afetivos, mesmo afrontando o estabelecido pelo Estado como forma única de constituição da família. Mas a felicidade nem sempre se encontra no relacionamento heterossexual. A homossexualidade acompanha a história do homem. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de ser amigas de homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal. Mas tanto a orientação homossexual não é uma doença que, na Classificação Internacional das Doenças – CID, está inserida no Capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. O termo ‘homossexualismo’ foi substituído por homossexualidade, pois o sufixo ‘ismo’ significa doença, enquanto o sufixo ‘dade’ quer dizer modo de ser. A igreja fez do casamento forma de propagar a fé cristã: cresci e multiplicai-vos. A infertilidade dos vínculos homossexuais levou a Igreja a repudia-los, acabando por serem relegados à margem da sociedade. Claro que a forma de demonstrar reprovação a tudo que desagrada à maioria conservadora é condenar à invisibilidade. O legislador, com medo da reprovação de seu eleitorado, prefere não aprovar leis que concedam direitos às minorias alvo de discriminação. Assim, restam as uniões homossexuais marginalizadas e excluídas do sistema jurídico.” (Ibid. p. 182 -183)

inclusive a assinatura do sobrenome do cônjuge, sendo obrigatória a intervenção do parlamento quando da dissolução da parceria.

A parceria homossexual passou a ser reconhecida legalmente na Finlândia, em 28 de setembro de 2001. A legislação confere aos finlandeses maiores de 18 anos o direito de registrar as uniões de pessoas do mesmo sexo em cerimônias comparáveis ao casamento.

Em julho de 2002, a Alemanha permitiu o registro das uniões de pessoas do mesmo sexo junto às autoridades civis. Catalunha, Groenlândia e Islândia, possuem leis que concedem à parceria os mesmos direitos das pessoas casadas.

Com a alteração do Código Civil francês, foi criado o Pacto Civil de Solidariedade – PACS, autorizando duas pessoas do mesmo ou de sexo diferente a firmarem um contrato de “organização da vida em comum”.

Referido acordo é oponível contra terceiros, gera obrigação solidária dos contratantes, cria obrigação de auxílio mútuo, a ser livremente convencionada entre as partes. É vedada sua estipulação entre descendentes e ascendentes, bem como entre os afins em linha reta e colateral até 3º grau, por pessoas casadas ou por quem esteja vinculado por outro pacto.

Com efeito, dos 50 Estados norte-americanos, Vermont foi o primeiro a regulamentar a união civil homoafetiva. Em janeiro de 2002, o tribunal de apelação de Nova Jérsei admitiu que uma lésbica acrescentasse ao seu nome o de sua parceira.

Na América Latina, a Argentina, em 13 de dezembro de 2002, passou a garantir alguns direitos a duas pessoas independentemente do sexo ou da orientação sexual, desde que inscrita a relação de afetividade estável e pública por um período de pelo menos dois anos no Registro de Público, fica reconhecida a condição de dependente em plano de saúde, bem como pensão ao sobrevivente.

Em 27 de dezembro de 2007, o presidente do Uruguai Tabaré Vázquez, sancionou a Lei da “União Concubinária” que reconhece a união entre pessoas do mesmo sexo, conferindo aos pares homoafetivos, direito à divisão de bens, herança, pensões em caso de morte e vantagens no sistema de seguridade social do país. A lei entrou em vigor na primeira semana de 2008.

No Brasil, enquanto não aprovado o Estatuto das Famílias, Projeto de Lei n. 2.285/07, diante da ausência de legislação específica, cabe ao Poder Judiciário, a árdua tarefa de conferir guarida às uniões homoafetivas, a propósito do tema confirmam-se os seguintes arestos:

“TJRS – APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida a união

homoafetiva entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo.” (AC 70012836755. Relator: Maria Berenice Dias).

TJRS – APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto a união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida.” (Apelação Cível n. 598362655, oitava câmara cível. Relator José Ataídes Siqueira).

Não há dúvida que os homossexuais formam grande parte de nossa sociedade, e por isso, não se pode discriminar a opção desses sujeitos de direitos, no que se refere ao modo de exercer sua sexualidade, *maxime* se levarmos em consideração os novos valores paradigmáticos do Direito de Família brasileiro, quais sejam: afeto, solidariedade e igualdade.

CAPITULO IV

4. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NA FAMÍLIA PLURAL ADOTIVA

4.1. A Paternidade Sociológica

Na concepção de Aداuto SUANNES, família é “uma expressão que deve abranger pelo menos aquelas duas pessoas que se unem com o propósito de manutenção desse vínculo afetivo, independente de serem de sexo diverso, tenham ou não prole”.¹³³

Com o intuito de conferir ao referido conceito um colorido ainda maior de contemporaneidade, acrescenta-se a função de lugar para o desenvolvimento amplo da personalidade de seus membros, ou na concepção de Luiz Edson Fachin:

“[...] Mosaico de diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância. Diversidade cuja existência do outro torna possível, funda a família na realização da pessoa do indivíduo, que respeitando o outro edifica o seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consangüíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis, então, o direito ao refúgio afetivo”.¹³⁴

Assim como na família atual, o afeto na relação paterno-filial, também ocupa um papel de destaque, pois é desse novo arquétipo de construção da organização familiar, que se extrai a concepção de que a criança é um sujeito de direito. Fazendo ruir por terra, o entendimento segundo o qual os filhos serviam à economia familiar como mão de obra, sob a autoridade paterna. Efetivamente, esta concepção de paternidade não encontra mais espaço e quiçá abrigo em nosso sistema jurídico.

Tão significativo é o reconhecimento do filho como um novo sujeito de direito, como pessoa dotada de dignidade que o Capítulo VII da Constituição Federal, destinado às relações familiares, intitula-se “*da família, da criança, do adolescente e do idoso*”, devendo a família, sociedade e Estado, assegurar à criança e ao adolescente absoluta prioridade em seu desenvolvimento, nos termos do artigo 227, e seus parágrafos.

¹³³ SUANNES, Aداuto. **As uniões homossexuais e a Lei 9.278/96**. Rio de Janeiro: COAD. Ed. Especial out/nov.1999, p. 68.

¹³⁴ FACHIN, Edson Luiz. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 305-306.

Não restam dúvidas, portanto, que os conteúdos principiológicos positivados no artigo 227, parágrafos e incisos da Constituição Federal, efetivaram o reconhecimento jurídico da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. Refletindo sobre o tema, Gustavo Tepedino acrescenta: “O Estatuto da Criança e do Adolescente traz como principal novidade, [...] a caracterização do filho como alvo de tutela prioritária por parte do ordenamento, protagonista do processo educacional”.¹³⁵

Com efeito, o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos no seio família, exteriorizados em diversos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, como por exemplo, 16, 19, 45 § 2º, 53 e 161§ 2º, relativizou o conteúdo autoritário e absolutista do instituto pátrio poder.

Tanto é verdade que, a civilística contemporânea não mais se refere a esse instituto jurídico como sendo o poder dos pais sobre os filhos, mas sim, como um conjunto de deveres para com a pessoa do filho. Ao delinear os novos contornos do instituto jurídico do chamado “pátrio poder”, esclarece Luiz Edson FACHIN:

“A autoridade parental revela um conjunto de circunstâncias que vão informar as características do exercício desses direitos e a assunção de correspectivos deveres. Não se trata de ‘poder’, nem propriamente de função. Não há relação de subordinação [entre pais e filhos]. É mais um ‘direito-dever’, expressão híbrida equivocada. [...] Os filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental. Em verdade, constituem um dos sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não são sujeitos passivos, e sim no sentido de serem destinatários do exercício deste direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos pais”.¹³⁶

O novo Código Civil brasileiro, no intuito de acompanhar a evolução e revolução das relações paterno-filiais, deu nova roupagem ao referido instituto jurídico, alterando seu nome, conceito e definição, conforme se depreende dos artigos 1.630 a 1.638. Hodiernamente, o “poder familiar” está relativizado e instrumentalizado na perspectiva do melhor interesse da criança.

Neste viés, a visão hodierna de família expressa um espaço onde cada membro busca a realização de si mesmo através do outro, espaço este ocupado de forma absoluta pela família eudemonista¹³⁷, onde os laços de solidariedade decorrentes do afeto entre seus membros é seu principal componente.

¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina Jurídica da filiação**. In TEIXERIA, Sálvio de Figueiredo [org.]. Direito de família e do menor: Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 233.

¹³⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 222.

¹³⁷ Imperioso consignar-se a distinção trazida por João Batista VILLELA, no que concerne aos conceitos de eudemonista e hedonista: “Equivocar-se-ia profundamente quem tomasse a nova idade da família por uma celebração do prazer e da inconseqüência. O novo modelo, ainda em estado de formação, contém um forte apelo ao exercício da responsabilidade na sua mais radical expressão, vale dizer, aquela em que a

De tal sorte que, aos responsáveis cabe assumir, de forma plena, a educação, proteção, sustento, bem-estar, guarda e felicidade da criança, para que esta possa crescer e se desenvolver, produzindo efeitos benéficos a todo o grupo.

Com essa reordenação de valores, a paternidade afetiva deve ser considerada como a mais relevante, já que edificada por um construir diário e não por mero fator de sangue. Esta atual verdade da filiação fez com que a paternidade biológica, não mais se encontre num grau de superioridade.

Não se torna possível a compreensão de toda essa fenomenologia jurídica sem que se tenha uma visão direcionada, no sentido de que o Princípio da Afetividade encontra-se também jurisdicionalizado na paternidade. Afirmar Rodrigo da Cunha PEREIRA:

“Uma das mais relevantes conseqüências do Princípio da Afetividade encontra-se na jurisdicização da paternidade socioafetiva, que abrange os filhos de criação. Isso porque o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas sim o cuidado e o desvelo com os filhos. Como anotou João Baptista Villela, ‘a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação’. Essa é a atual verdade da filiação, muito mais relevante do que os vínculos biológicos, pois é capaz de contribuir de forma efetiva para a estruturação do sujeito. Para que um filho verdadeiramente se torne filho ele deve ser adotado pelos pais, tendo ou não vínculos de sangue que os vinculem. A filiação biológica não é nenhuma garantia da experiência da paternidade, da maternidade ou da verdadeira filiação. Portanto é insuficiente a verdade biológica, pois a filiação é uma construção que abrange muito mais do que uma semelhança entre os DNA. Afinal, o que é essencial para a formação de alguém, para que possa tornar-se sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que uma pessoa tenha, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe. A presença do pai ou da mãe biológicos não é nenhuma garantia de que a pessoa se estruturará como sujeito. O cumprimento de funções paternas e maternas, por outro lado, é o que pode garantir uma estruturação biopsíquica saudável a alguém. Por isso a família não é um dado natural, genético ou biológico, mas cultural insista-se”.¹³⁸

Neste mesmo sentido é a lição de Luiz Roberto de ASSUMPÇÃO:

instância ética não se situa fora, mas dentro da pessoa mesma e, portanto não dispensa de decidir, isto é, de percorrer o penoso caminho da autodeterminação.” (Liberdade e Família. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, v. 3, n.2, p.15).

¹³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 184.

“A paternidade sociológica assenta-se no afeto cultivado dia a dia, alimentado no cuidado recíproco, no companheirismo, na cooperação, na amizade e na cumplicidade. Nesse ínterim o afeto está presente nas relações familiares, tanto na relação entre homem e mulher (plano horizontal) como na relação paterno-filial (plano vertical, como, por exemplo, a existente entre padrasto e enteado), todos unidos pelo sentimento, na felicidade e no prazer de estarem juntos. Na família atual, o afeto é a razão de sua própria existência, o elemento responsável e indispensável para sua formação, visibilidade e continuidade. [...] A paternidade, neste caso, é verificada pela manifestação espontânea dos pais sociológicos, que, por opção, efetivamente mantêm uma relação paterno-filial ao desempenhar um papel protetor, educador e emocional, devendo por isso ser considerados como os verdadeiros pais em casos de conflitos de paternidade”.¹³⁹

Evidente que, não se pretende com o critério de filiação sócio-afetiva, ignorar outros dois tipos de parentescos contemplados no atual Código Civil, quais sejam os decorrentes da consangüinidade e afinidade, mas tão somente, demonstrar a existência de um critério novo para a identificação dos vínculos de parentalidade, preconizado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, o qual se constitui no mais puro elemento exigido para a configuração das relações paterno-filial.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, estabeleceu o ponto de equilíbrio indispensável no tratamento da matéria:

“DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. PECULIARIDADES. A ‘adoção a brasileira’, inserida no contexto da socioafetividade, caracterizada pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor.- O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.- O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc.III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. – Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. – A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais

¹³⁹ ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.53.

registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados ao afetos. – Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em um lar ‘adotivo’, e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. – Nas questões em que presentes a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso Especial provido.” (REsp 833.712; Proc. 2006/0070609-4; RS; Terceira Turma; Rel^a. Min. Fátima Nancy Andrighi; julg. 17/05/2007; DJU 04/06/07; p. 34)

Destarte, ainda que a verdade afetiva mereça ser prestigiada, não pode obstaculizar a pretensão ao descobrimento da verdade genética. Porém, se comprovada a posse de estado de filho, ou dito de outra forma, o estado de filho afetivo, não há como aniquilar o elo estabelecido pela filiação socioafetiva, devendo o Poder Judiciário *in casu*, respeitar a verdade da vida.

Neste sentido, confira-se, a propósito, os seguintes arestos:

“Ação de anulação de registro de nascimento movida por irmãos do falecido pai. No conflito entre a verdade biológica e a verdade socioafetiva, deve esta prevalecer, sempre que resultar da espontânea materialização da posse de estado de filho. O falecido pai do demandado registrou-o, de modo livre, como filho, dando-lhe, enquanto viveu, tal tratamento, soando até mesmo imoral a pretensão dos irmãos dele (tios do réu) de, após seu falecimento, e flagrantemente visando apenas mesquinhos interesses patrimoniais, pretender desconstituir tal vínculo. Desaconselham os embargos.” (TJRS, 4º. G.C. Cív., EI 70004514964, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 11.10.2002)

“Investigatória de paternidade cumulada com petição de herança – Sentença desconstituída. O direito à apuração do verdadeiro estado de filiação biológico torna imprescritível a investigatória de paternidade, permitindo conhecimento da real origem da pessoa, sem que isso guarde relação com sua idade. A certeza, porém, de filiação socioafetiva entre investigante e seu pai registral afasta a possibilidade de alteração do assento do nascimento do apelante, bem como qualquer pretensão de cunho patrimonial. A instrução deverá prosseguir unicamente com o fito de esclarecer a questão de origem biológica. Deram provimento à apelação, por maioria.” (TJRS, 7ª C.

Cív., AC 70009550500, rel. Dra. Walda Maria Melo Pierrô, j. 23.02.2005)

“Investigação de paternidade – imprescritibilidade – Filiação socioafetiva e biológica – Efeitos – Validade da sentença. Não há falar em nulidade da sentença por ter ocorrido sucinta fundamentação da decisão, a qual afastou as preliminares argüidas quando decidiu pela procedência da ação. Desnecessário ter ávido processo prévio para a anulação do registro de nascimento da recorrida. Prescrição. Proibindo a norma constitucional (art.227, § 6º) qualquer designação discriminatória relativa à filiação, não pode conceber a existência de prazo prescricional para a averiguação da verdade biológica do filho que possua pai registral, constituindo direito fundamental a dignidade da sua pessoa. Mérito. Da filiação socioafetiva. Reconhecida a filiação socioafetiva, a investigação de paternidade procedente não desconstitui o registro paterno, pois a prevalência da socioafetividade faz com que o conhecimento da paternidade biológica não gere seqüela patrimonial. Afastada a mercantilização do afeto. Verba sucumbencial redimensionada. Apelo parcialmente provido. Por maioria.”(TJRS, 8ª C. Cív., AC 70004510483, rel. Des. Rui Portanova, j. 31.10.2002)

Conclui-se de tudo que até aqui se expôs que, o reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, conforme, aliás, expressamente dispõe o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo certo, porém que, o fato de se encontrar positivado em diploma pertinente aos direitos de crianças e adolescentes, não significa que não possa ser aplicado a todos, tendo em vista tratar-se o direito à identidade genética de um direito fundamental.

Não se pode esquecer ainda que, as novas concepções da família conferiram visibilidade ao afeto no contexto da relação familiar, assim como na definição dos elos da parentalidade, com isso, passou-se a conferir maior valor ao vínculo de afetividade em detrimento à verdade real.

Diante desse novo arquétipo, passou a doutrina a vislumbrar a possibilidade de pedido do estabelecimento da filiação, tendo como suporte fático a posse do estado de filho, ou dito de outra forma, ou revés de se buscar a identificação de quem é o pai ou de quem é a mãe, passou-se a atentar para quem é o “pai de verdade”, devendo este ser entendido como aquele que o ama como seu filho e é amado como tal.

Esta tese, inclusive, vem sendo acolhida em sede jurisprudencial:

“Ação declaratória – Adoção informal – Pretensão ao reconhecimento – Paternidade afetiva – Posse do estado de filho – Princípio da aparência – Estado de filho afetivo – Investigação de paternidade socioafetiva – Princípio da solidariedade humana e dignidade da pessoa humana – Ativismo judicial – Juiz de família – Declaração de paternidade – Registro. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que

não acontece, às vezes, com quem é a fonte giratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa desapareço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a “posse do estado de filho” que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o ‘estado de filho afetivo’, que, além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atenção do juiz de família impõem, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e de todos os seus conseqüentários. Apelação provida, por maioria.” (TJRS, 7ª C. Cív., AC 70008795775, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 23.04.2004)

Outro aspecto relevante das demandas que, envolvem tanto a pretensão ao reconhecimento, como de rejeição da paternidade, é a questão da coisa julgada, que impede o próprio Judiciário de se manifestar acerca daquilo que já foi decidido¹⁴⁰. Esta função negativa da coisa julgada pode levar à falsa conclusão de que, uma vez afirmada ou negada a paternidade em juízo, a verdade jurídica deve prevalecer diante da verdade genética.

Tratando do tema, discorre Maria Berenice DIAS, sempre com brilho:

“Entretanto entre a verdade jurídica, ditada por sentença que se baseou em meros indícios, e a verdade genética não há como titubear. Afirmada ou negada a paternidade na via judicial, sem que tenha havido prova da paternidade biológica, impõem-se autorizar tanto o filho, quanto ao pai que voltem a justiça para o estabelecimento da **verdade real**. Essa nova orientação, que passou a ser chamada de **relativização da coisa julgada**, não goza de unanimidade, mas é

¹⁴⁰ Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. “A coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas geradas pela coisa julgada material traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão. Alegada a existência de coisa julgada, cabe ao Magistrado, exercendo seu poder-dever de abstenção, não apreciar o mérito e extinguir o processo proferindo sentença processual sem exercer qualquer juízo de valor acerca do conteúdo da sentença. É a função *negativa* da coisa julgada, de que há pouco se falou.” (**O dogma da Coisa Julgada – hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 21-22).

referendada pela jurisprudência amplamente majoritária, sendo aplaudida pela doutrina. Ainda que a verdade afetiva mereça sempre ser prestigiada, porque a tudo se sobrepõe, não pode servir de obstáculo à pretensão de descobrir a **verdade genética**, não revelada em demanda anterior. Como a **posse de estado de filho**, geradora da filiação socioafetiva necessita de comprovação não cabe negar quer o uso da ação investigatória, quer o da negatória da paternidade. Tanto o filho como o pai, assim identificados judicialmente, podem retornar a juízo, sendo descabido extinguir o processo pelo reconhecimento da **coisa julgada**. A verdade biológica não foi alvo de apreciação judicial. Como a ação é imprescritível, a qualquer tempo o filho pode ingressar em juízo com a **nova ação de investigação**, já que a primeira não foi acolhida por ausência de prova da paternidade. Porém o pai, que assim foi reconhecido, ainda, que sem a prova genética, não pode buscar em juízo a verdade real da inexistência do vínculo biológico. Irá esbarrar na coisa julgada. A imprescritibilidade da ação investigatória, que pode até ultrapassar a coisa julgada, é concebida para a constituição do estado de filiação. Não dispõe desta mesma dimensão a possibilidade de impugnar direito de outrem (...).¹⁴¹

De outro lado, não se pode perder de mira que, a pretexto de preservar o núcleo familiar, bem como, a paz social, o novel Código Civil, achou por bem prestigiar a relação de paternidade derivada por presunção legal, consoante se infere de seu artigo 1.597. De tal sorte que, pela presunção “*pater is est quem nuptiae demonstrant*” prevalece a paternidade fictícia sobre a verdade biológica, em que pese os avanços da engenharia genética.

Finalmente, embora omissa a legislação no que concerne a ação de investigação de maternidade, diante da presunção *mater semper certa est* determinada pela gravidez e pelo parto, o certo é que, em face das modernas técnicas de reprodução assistida, não se pode negar a possibilidade jurídica de se questionar a maternidade, basta citar como exemplo a gestação por substituição, mais conhecida como “barriga de aluguel”.

4.2. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Diante da concepção da criança como sujeito de direito e a valorização jurídica do afeto na estrutura familiar, decorre o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, segundo o qual, por se encontrar o menor numa situação de fragilidade, por conta de seu processo de amadurecimento e formação da personalidade, merece destaque especial no ambiente familiar.

Tanto é assim que, o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 41 § 1º) e a vigente codificação civil (art. 1.626), permitem a adoção pelo cônjuge ou pelo

¹⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 4ª ed. ver. e ampl.: São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 349.

concubino ou companheiro do pai ou da mãe da criança e do adolescente, que esteja inserido numa família originariamente monoparental.

Esclarece Viviane GIRARDI:

“A lei tem como finalidade nessas adoções da criança que já tenha uma mãe ou um pai juridicamente estabelecido, possibilitar eu a criança estabeleça vínculos jurídicos e, portanto, legais, com o marido/esposa ou companheiro (a) de seu pai ou de sua mãe, pois certamente o vínculo afetivo e emocional já se encontra consolidado em tais situações de fato. Da mesma forma, além de conceder a tutela jurídica a esse vínculo emocional, essas adoções aumentam a gama de direitos e também de proteção legal dos adotandos na medida em que, ao ser tomado como filho jurídico, a criança ao receber o segundo pai ou a segunda mãe, também recebe um feixe de novas relações parentais que são estabelecidas automaticamente com os parentes do adotante”.¹⁴²

Assim, viu-se o direito compelido a criar instrumentos que permitam viabilizar este intento, sendo de total pertinência as palavras de Rosana Amara Girardi FACHIN:

“De acordo com a Constituição, o modelo institucional de família é atenuado para residir na relação entre pais e filhos o poder paternal, que está centrado na idéia de proteção. A paridade de direitos e deveres tanto do pai quanto da mãe está em assegurar aos filhos todos os cuidados necessários para o desenvolvimento de suas potencialidades para a educação, formação moral e profissional”.¹⁴³

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente está ainda a garantir ao menor, sua permanência ao longo de seu desenvolvimento no lar conjugal, de onde deve receber gestos de amor e atenção, reveladores de toda alegria que sua presença possa representar, os quais também irão servir de alicerce de seu sistema de valores e de seu proceder com os demais.

Com efeito, o Estatuto da criança e do Adolescente, em seu artigo 19, positivou esta cultura idealizada para a infância, ao assegurar como direito da criança e do adolescente, a convivência familiar e comunitária no seio de sua família, o que sinaliza que os demais direitos da criança e do adolescente serão certamente efetivados.

O direito à convivência familiar e comunitária, também consagrado na Constituição Federal, mais precisamente no caput do artigo 227, “impõe-nos duas ordens

¹⁴² GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ed. 2005, p. 128.

¹⁴³ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Da Filiação**. In Cunha Pereira, Rodrigo da; Dias, Maria Berenice [Coords.]. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 111.

de reflexões: a) convivência familiar e comunitária saudáveis à criança e ao adolescente e b) a proibição do abandono familiar e social da criança e do adolescente, chaga social esta com a qual o Brasil parece ter se acostumado a conviver”.¹⁴⁴

O princípio do melhor interesse da criança, extraído do direito anglo-saxão, ou seja, *the best interest of child*, serve de critério para a decisão do juízo e passa, necessariamente, pela constatação da situação real da criança e do adolescente que se encontram envolvidos em caso de adoção, aferido por meio do estudo social e parecer psicológicos, realizados pelo corpo técnico do juízo.

Em que pese o lado sombrio da realidade brasileira, diante do fato irretorquível de que, muitas crianças nunca desfrutaram de qualquer convivência familiar e, outras tantas viveram excluídas e abandonadas, a Constituição Federal de 1.988, escreve e a Lei 8.060/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, reescreve ser dever do Estado e direito da criança e do adolescente o direito à convivência familiar e comunitária.

4.3. A realidade da criança e do adolescente no Brasil

Temos no Brasil cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nestes “depósitos de refugio humano”, que se consubstanciam em verdadeiros espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos, visto estarem fora da faixa de adoção provável.

Não se pode deixar de inserir neste contexto, as crianças e adolescentes em situação de rua, utilizando seu espaço para obtenção de recursos para sua subsistência. A saída destas crianças e adolescentes para a rua deve-se, na maioria das vezes, a questões financeiras e ou à violência familiar. Ressalte-se, contudo que, esta violência persiste no contexto da rua.

Em 27 de abril de 2.003, o jornal Correio Brasiliense, publicou matéria de onde se constata os alarmantes índices sobre o número de crianças abandonadas no Brasil. Segundo o referido periódico, 25 mil crianças viviam em albergues, 200 mil eram órfãs entre 4 e 18 anos, que aguardavam adoção, esclarece a matéria ainda que, somente 10% dos brasileiros aceitam adotar crianças com mais de 10 anos de idade, sendo que, 50% das crianças que aguardam adoção já possuem mais de 7 anos de idade.

De outro lado, dispensa-se qualquer embasamento científico diante da realidade evidente, a afirmação no sentido de que essas crianças e adolescentes possuem como características a ausência de expectativa de vida, baixa auto-estima e condições familiares extremamente empobrecidas, com histórico de drogadição.

¹⁴⁴ GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 105.

Isto está a demonstrar que, as crianças e adolescentes de nosso país já não possuem características suficientes para serem enquadrados na categoria de humanos, confrontando de forma radical, com a idéia de que essas crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento e, portanto, sujeitos de direitos. Não se pode mais, diante das enormes proporções que o tema alcançou continuar a dar visibilidade, porém, “manter longe dos olhos” da sociedade este problema social.

O abandono e o descaso com nossas crianças que diuturnamente encontramos nas ruas, avenidas e semáforos de nossas cidades, transformam-nas em “matéria-prima” de fácil acesso e adquirida a preço vil, pelo crime organizado e o tráfico internacional de entorpecentes, transformando o futuro dessas crianças e adolescentes num movimento de mão única, irreversível e irrevogável, a morte ou a cadeia.

Felizes aquelas que, possuem a sorte de se encontrarem entre as estatísticas da primeira hipótese.

Indagado, certa feita sobre como teria obtido a bela harmonia de suas esculturas, Michelangelo teria respondido: “É simples. É só você pegar um bloco de mármore e cortar todos os pedaços supérfluos.”¹⁴⁵ O crime organizado é inconcebível sem o “refúgio humano”.

Para Jason ALBERGARIA, o artigo 19 do ECA, tem por base o sexto princípio enunciado pela Assembléia Geral da Declaração dos Direitos da Criança, ao mencionar:

“A criança, para o harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, tem necessidade de amor e de compreensão. Deve crescer sob a salvaguarda e responsabilidade dos pais, numa atmosfera de afeição e segurança, material e moral; a criança de tenra idade, salvo circunstância excepcional, não deve ser separada da mãe. A sociedade e o Estado têm o dever de tomar particular cuidado das crianças sem família ou das que não tem meios de existência suficientes. É desejável que sejam concedidas às famílias numerosas subsídios do Estado ou outros para a manutenção das crianças”.¹⁴⁶

Destarte, a convivência familiar saudável permite a inserção da criança nos mais heterogêneos espaços sociais, sem a perda do referencial e do lugar de filho por ela, criança ou adolescente ocupado, ou dito de outra forma, a socialização da criança e do adolescente permite-lhes o crescimento e o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade.

¹⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p.31.

¹⁴⁶ ALBERGARIA, Jason. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro, 1991, p. 41.

Na concepção de Viviane Girardi, “significa, ainda, que a criança e o adolescente receberão atendimento de suas necessidades físicas e emocionais de forma personalizada e que sobre ela, criança ou adolescente, paira um ambiente de expectativa, o que proporciona ao seu desenvolvimento psíquico uma sensação de segurança e de perspectiva do futuro”.¹⁴⁷

Com efeito, o abandono emocional vivido pelos “meninos de rua” ou por aqueles institucionalizados nos chamados “lares ou unidades de abrigos”, deixa uma indelével marca em suas vidas.

O estigma de uma vivência sem referenciais familiares, sem a intimidade de uma vida pessoal, sem ninguém para estancar-lhes o pranto na hora da dor ou do medo, entregá-los ao desprezo público ao completarem 18 anos, o que certamente os transformará em uma estatística, estabelece a seguinte premissa: **“a cada refúgio humano seu depósito de lixo”**.

A psicóloga paranaense Lídia Natália Dobrianskyj Weber, confere embasamento científico às afirmações contidas no parágrafo acima ao relatar:

“Pesquisas [...] revelam que a maioria dessas crianças chega às instituições através de suas próprias famílias, geralmente monoparentais (nas quais só a mãe está presente) e desfavorecidas economicamente. A maioria, a partir do momento em que chega às instituições, não recebe mais visitas de sua família e passa a fazer parte de um contingente especial da população: os filhos de ninguém. As famílias, que em princípio pensam em utilizar a instituição como um colégio interno, desaparecem. As famílias, no entanto, continuam detentoras do pátrio poder e as crianças nem sequer têm o direito de serem colocadas em uma família substituta. [...] Porque as crianças crescem nesses abrigos? Ninguém duvida que é uma violência a destituição do pátrio poder, mas não é uma violência uma criança crescer sem referência familiar?”.¹⁴⁸

Esse contexto é reproduzido nas palavras do psicólogo João Seabra DINIZ:

“[...] Com efeito, a vida em internatos, ou numa colocação familiar, mesmo quando tudo se processa de forma positiva, deixa sempre o menor numa situação de assistido, privado dos direitos concretos e da real inserção numa família que são prerrogativas do adotado legalmente. A própria precariedade destas situações, que implicam uma ligação afetiva que a todo momento pode ser interrompida,

¹⁴⁷ Ibid.p. 108.

¹⁴⁸ WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. **Quero que alguém me chame de filho: ou do direito à convivência familiar e comunitária**. In COUTO, Sergio [Coord.]. Nova realidade do direito de família. Rio de Janeiro, 1998, p. 101, t.I.

condiciona fortemente como não poderia deixar de ser, o investimento afetivo que os adultos fazem na criança e conseqüentemente as reações desta ao ambiente humano que a rodeia”.¹⁴⁹

A partir dessa realidade, pode-se constatar que, por melhor que seja o estabelecimento, nada se compara a uma família, pois qualquer instituição proporcionará à criança laços efêmeros e por demais frágeis, em razão da impessoalidade dos contatos com seus servidores, posto que insuficientes para um desenvolvimento harmonioso e equilibrado de sua personalidade.

Tem-se, pois que, o abandono é a cicatriz imutável, que cinge a personalidade das crianças e adolescentes institucionalizados ou abandonados pelas ruas deste miserável país chamado Brasil.

Razão pela qual, não se pode deixar de considerar a minuciosa pesquisa a respeito do tema referente ao abandono e às crianças institucionalizadas, realizada no estado do Paraná, pelas psicólogas Lídia Natália Dobrianskyj WEBER e Lucia Helena Milazzo KOSSOBUDZKI, que afirmam:

“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 de sua 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 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 dos 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 que os dezoito anos na instituição, vivendo numa realidade totalmente artificial e afetivamente carente, e em seguida, deverá deixar a instituição e procurar um emprego. Sair para a vida. Quais são as chances desse ser humano, não mais uma criança, o que talvez nunca tenha sido, e ainda não um adulto, o que poderá nunca ser?”¹⁵⁰

¹⁴⁹ DINIZ, João Seabra. **Adoção para uma visão global**. In: FREIRE, Fernando [org.]. Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção. Curitiba: Terres dês Hommes, 1991, v. 2, p.15.

¹⁵⁰ WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj; KOSSOBUDZKI, Lucia Helena Milazzo. **Abandono e institucionalização de crianças no Paraná**. In: FREIRE, Fernando [org.]. Adoção e abandono. Curitiba: Terres dês Hommes, 1991, p. 32-33.

Convém observar que, todas essas crianças espancadas, negligenciadas, vítimas de abuso sexual, maltratadas por surras, deixadas sem ter o que comer ou que beber, amarradas tantas vezes ao pé da cama, que se encontram institucionalizadas ou perambulando pelas ruas, numa constante luta pela sobrevivência, são vítimas de suas próprias famílias biológicas, as quais obviamente são compostas por pares heterossexuais, que de uma forma ou de outra, satisfizeram todos os “caprichos” do legislador, quando de sua união.

4.4. O instituto da adoção: do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002

Em apertada síntese histórica, a adoção foi por demais utilizada entre os povos orientais, esteve também presente na Grécia onde exerceu uma destacada função política e social. Contudo, foi no direito romano que recebeu compilação e sistematização jurídica, Maria Stella Villela Souto Lopes RODRIGUES, explica:

“É que os romanos consideravam vergonhoso uma pessoa ‘*sui iuris*’ morrer sem deixar descendentes. Passou, assim, a adoção a representar o meio de aquisição desses descendentes, ao mesmo tempo em que possibilitava aos latinos e peregrinos o ‘*status civitatis*’, sendo, por igual, meio de se ingressar pessoa da plebe no patriciado”.¹⁵¹

Mesmo após a invasão do Império romano pelos bárbaros, o instituto da adoção permaneceu inserido no contexto social, motivado, porém, pelo desejo de um guerreiro perpetuar seus feitos de guerra e das armas na pessoa do adotado. No direito germânico, a adoção tinha por finalidade suprir a falta de testamento.

Como alhures aventado, o direito canônico somente valorizava a família cristã porque advinda do matrimônio religioso, o que explica de certa forma seu desprezo pelo instituto jurídico da adoção, tanto que o referido instituto chegou a desaparecer na Idade Média, período que se registrou o auge do domínio clérico.

Conforme esclarece Viviane GIRARDI a “imposição religiosa determinava o dever de procriação, pois a filiação não estava ligada aos desejos e questões pessoais dos membros da família, mas sim circunscrita à função da perpetuidade do culto e da religião doméstica”.¹⁵²

Neste contexto, a filiação natural cumpria e desempenhava um papel de destaque na continuidade patrimonial, moral e religiosa da Família, além de estar encarregada de garantir a felicidade do homem no pós-morte, como afirma Fustel de COULANGES:

¹⁵¹ RODRIGUES, Maria Stella Souto Lopes. **A adoção na Constituição Federal – O ECA e os estrangeiros**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 8.

¹⁵² Ibid. p. 114.

“[...] julgavam [os povos antigos, gregos, romanos, hindus] que a felicidade do morto não dependia da conduta do homem durante a vida, mas daquela de seus descendentes em relação a ele, depois de sua morte. Por isso, cada pai espera de sua posteridade aquela série de banquetes fúnebres que assegurasse aos seus mane repouso e felicidade. [...] Daí derivou a regra, de deverem, todas as famílias, perpetuarem-se para todo o sempre. Os mortos precisariam que sua descendência nunca se extinguisse”.¹⁵³

Destarte, verifica-se que a filiação natural tinha como traço característico na família antiga o dever de perpetuar sua existência, porquanto a pior desgraça que poderia recair sobre a família seria a interrupção da linhagem, o que geraria a quebra dos laços religiosos, em face do esquecimento dos seus ancestrais, de tal sorte que, a função do filho era simbolizar a continuidade da família.

Na busca desenfreada da filiação natural, e, por conseguinte, para evitar-se o perecimento da linhagem, permitia-se o divórcio na hipótese da esposa ser estéril, bem como, o dever desta manter relações sexuais com parentes de seu esposo para, ao gerar filhos deste, atribuir à paternidade como sendo do marido.

Conclui-se, pois, do acima exposto que, o direito antigo privilegiava com maior intensidade os laços advindos da religiosidade do que os vínculos naturais, “tanto que havia a figura da emancipação que, diferentemente do direito atual, não implicava o acesso ao estado da capacidade civil, mas sim a ruptura completa dos laços e vínculos de um filho – que seria o emancipado – com sua família de origem”.¹⁵⁴

Em conseqüência dessa análise, tem-se a explicação para o fato de que, a adoção somente seria justificada diante da necessidade última de se evitar o desaparecimento de determinado culto religioso numa determinada família, bem como, a quem comprovadamente não pudesse gerar seus próprios filhos, garantindo-se, com isso, a perenidade da linhagem.

Com a chegada do direito civil clássico, o instituto jurídico da adoção, apresenta-se para o direito como uma ficção legal, que permite a formação dos vínculos entre pais e filhos, não levando em consideração o fato natural da procriação.¹⁵⁵

¹⁵³ FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis. **A cidade antiga**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 53.

¹⁵⁴ GIRARDI, Viviane, ob. cit. p. 115.

¹⁵⁵ Cf. Antunes VARELA: “É, no entanto, inexacta a idéia de que, pelo simples facto de não ter um suporte *biológico* na raiz, como a filiação, adopção assenta numa ficção legal. Ela não procede de um vínculo *biológico*, mas nasce de uma realidade *sociológica, psicológica e afectiva*, que merece em termos incontestáveis a tutela da lei, desde que não sacrifique os interesses superiores da família natural” [...]. (Direito de Família. 3. ed. Lisboa: Perony, 1993, v. 1, p. 95). Este é também o entendimento de Luiz Edson FACHIN: “Dizer da adoção no espelho jurídico como ato solene apto a estabelecer o vínculo da filiação é compreender menos. Aprender o mai é relegar a idéia segundo a qual o adotivo vem na condição de filho

Vislumbra-se, pois, ainda nesta concepção, resquícios da antiga concepção do instituto da adoção, porquanto não se encontra voltado, ainda totalmente voltado para os interesses da criança e do adolescente, como determinado pelo direito civil contemporâneo.

Nesta linha de raciocínio, passa-se a analisar as especificidades do instituto da adoção a luz do Código Civil de 1.916, onde a matéria era tratada no Capítulo V, Título V – Das relações de parentescos e distribuída entre os artigos 368 a 378, não possuindo qualquer sistematização.

Visava precipuamente os interesses dos adotantes, era levada a efeito por meio de escritura pública, limitando o vínculo de parentesco entre o adotante e o adotado, sendo certo, ainda, que, somente podia adotar quem não tivesse filhos. Mantinham-se algumas raízes com o direito romano, como por exemplo, a manutenção de vínculos jurídicos entre o adotado e sua família consanguínea.

A lei 3.133/57, além de conferir nova redação aos artigos 368, 369, 372, 374 e 377, do revogado Código Civil, e dispor acerca dos apelidos do adotado, alterou a estrutura tradicional do instituto da adoção, na medida em que lhe conferiu um sentido de pessoalidade e finalidade assistencial, passando-se, com isso, a tutelar os interesses do adotado, e não mais do adotante. Abandonou-se a concepção de “dar filhos a quem a natureza os negou”.¹⁵⁶

Sobreveio nos anos 60, a Lei n. 4.655/65, que introduziu em nosso tecido jurídico o instituto da legitimação adotiva, por meio da qual se positivou a adoção de criança *exposta*, ou seja, filhos de pais desconhecidos ou que hajam declarado por escrito que pode ser dado, bem como do menor abandonado até 7 anos de idade, ou cujos os pais tenham sido destituídos do pátrio poder.

A nova modalidade de adoção (legitimação adotiva), somente era permitida a quem fosse realmente casado e dependia de decisão judicial, era irrevogável, fazendo cessar o vínculo de parentesco com a família natural, com exceção dos impedimentos matrimoniais.

Esclarece Antonio Cezar Lima da FONCESCA que, a rigor, “com a legitimação adotiva misturam-se características de adoção e da legitimação,

e assim é aceito por alguém que lhe é estranho. Nada disso. É na adoção que os laços de afetos se visibilizam desde logo, sensorialmente, superlativando na base do amor verdadeiro quem nutre entre si pais e filhos.” (Elementos críticos do direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 216).

¹⁵⁶ Cf. Silvio Rodrigues: “A primeira importante modificação trazida pelo legislador, no campo da adoção, ocorreu com a Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1.957. Tal lei, reestruturou 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 filho 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 adotado.” (Direito Civil: direito de família, 17 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 6. p. 340)

estabelecendo-se um liame de parentesco de primeiro grau em linha reta entre adotante e adotado, sendo igual ao que liga pai ao filho natural”.¹⁵⁷

O Código de Menores, Lei n. 6.697/79, revogou expressamente a Lei n. 4.655/65, e estabeleceu à época duas espécies de adoção: a simples, prevista nos artigos 27 e 28 e a plena contida nos artigos 29 a 37. A adoção simples era destinada a menor em situação irregular (art. 2º), bem como, aos maiores de idade, efetivava-se pela lei civil, com as modificações instituídas pelo Código de Menores.

A adoção plena, por sua vez, atribuía a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer laço com os pais ou parentes biológicos, conforme previsto no artigo 29 do Código de Menores, estendendo o vínculo de parentesco à família dos adotantes, de tal sorte que, o nome dos ascendentes passou a constar no registro de nascimento do adotado, independentemente do consentimento expresso dos avós.

Esclarece Silvio RODRIGUES:

“[...] as adoções eram diversas e na realidade o eram. A adoção simples, disciplinada pelo Código Civil, criava um parentesco civil entre adotante e 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 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 e avós paternos substituídos, de modo que, para o mundo, aquele parentesco passa a ser o único existente”.¹⁵⁸

A adoção plena passou a ser interpretada pela doutrina como uma versão “moderna” da legitimação adotiva, sendo certo que, a adoção civil ou comum era tida prevista no Código Civil de 1.916, como a adoção tradicional.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227 parágrafo 6º, estabeleceu um novo arquétipo para a adoção, proibindo quaisquer discriminações relativas à filiação, ou seja, vedaram-se distinções entre os filhos, legítimos ou ilegítimos, naturais ou adotivos.

Mesmo que, se trate de adoção de maiores ou levada a efeito antes da vigência da norma constitucional, o princípio da igualdade existente nas relações de família, introduzido pela norma constitucional de 1.988, impõe a completa e absoluta

¹⁵⁷ FONSECA, Antonio Cezar Lima de. **O Código Civil e o novo Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.004, p. 97.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 341.

igualdade jurídica no tratamento a ser conferido aos filhos, quer sejam biológicos quer sejam adotivos.

Em 13 de julho de 1990, surge em nosso cenário jurídico o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90 - (ECA), abolindo a distinção entre adoção simples e adoção plena, revogando o Código de Menores, passando a regular a adoção dos menores de 18 anos, assegurando-lhes todos os direitos, inclusive sucessórios.

O Estatuto como norma infraconstitucional seguiu não só a orientação principiológica da Constituição Federal, bem como da comunidade internacional, dentre os quais a Declaração dos Direitos da Criança e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, no que se refere à infância e à juventude, reconhecendo as crianças e adolescentes, como titulares de interesses juridicamente protegidos.

Para Tânia da Silva PEREIRA, ao se erigir a criança e o adolescente como sujeito de direitos “significa para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos”.¹⁵⁹

Convém ressaltar ainda que, o Estatuto da Criança e do adolescente incorporou em seu corpo normativo a Doutrina Jurídica da Proteção Integral à criança e ao adolescente, conforme se infere de seu artigo 1º, recomendada pelos organismos internacionais como sendo a mais adequada para tratar do mundo infanto-juvenil.

Diante desse panorama, o Código Civil de 1916, remanesceu regulando a adoção dos maiores de idade, que podia ser efetivada por meio de escritura pública, trazendo distinções quanto à matéria sucessória, pois o adotado somente teria direito à herança se o adotante não tivesse prole biológica.

Destarte, o surgimento de filhos depois da adoção, tinha como consequência o fato de o filho adotado somente perceber a metade do quinhão a que fazia jus o filho “legítimo”. Ressalte-se, porém, que, estes dispositivos foram tidos como inconstitucionais pela jurisprudência a partir da vigência da Constituição Federal.

Com a Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil, a adoção passou a ser disciplinada no Capítulo IV, do Subtítulo II – Das relações de parentesco -, no Título I – Do Direito Pessoal -, consoante se verifica dos artigos 1.618 a 1.629.

O atual Código prevê o sistema de adoção plena, mantendo a orientação estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Hodiernamente, tanto a adoção de adultos como a de adolescentes e crianças revestem-se das mesmas características,

¹⁵⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: da teoria à prática**. [Coord.] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A família na travessia do milênio. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

sendo certo, ainda que, em todas as situações a adoção está sujeita ao devido processo judicial.

Desde logo, convém ressaltar que, o instituto da adoção nos moldes estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 2002, finca suas bases legais em normas constitucionais de características de direito público e programático (art. 227 *caput*, parágrafos e incisos) e em critérios jurídicos não-legais, notadamente o do melhor interesse da criança.

Todavia, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em nosso sistema “de centro de gravidade autônomo, na medida em que se trata de um microssistema. De tal sorte que, entre a legislação específica e as disposições da lei mais geral, é mister reconhecer a prevalência das regras especiais, pois estas atendem, de forma criteriosa, ao melhor interesse de quem necessita de proteção integral”.¹⁶⁰

Assim sendo, em se tratando de matéria de adoção de crianças e adolescentes, prevalecem os direitos assegurados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicando-se subsidiariamente o Código Civil, quando não for incompatível com a lei especial.

A propósito, confirmam-se os ensinamentos de Maria Berenice DIAS:

“Assim, em se tratando de adoção de crianças e adolescentes remanescem as disposições atinentes ao estágio de convivência (ECA 46) e à vedação de adoção por procuração (ECA 39 parágrafo único). No que concerne a adoção de adultos não são aplicáveis os referidos preceitos legais. A omissão da lei civil evidencia ser dispensável o estágio de convivência sendo possível a adoção mediante procuração com poderes especiais. Contudo, como se trata de direito personalíssimo, que diz com o estado da pessoa, indispensável a inequívoca manifestação de vontade de adotante e de adotado para a efetivação da medida por procuração, quer para adotar, quer para ser adotado”.¹⁶¹

Outro aspecto a ser considerado, é o de que a adoção não pode mais ser vista a partir de sua concepção tradicional, em que prevalecia sua natureza contratual, e que significava a busca de uma criança para uma família. A adoção deixou de ser classificada como uma paternidade de segunda classe.

Ora, o estado de filiação decorre de um fato jurídico, qual seja o nascimento, ou de um ato jurídico, adoção. Logo, trata-se a adoção de um ato jurídico em sentido estrito, cuja efetividade está condicionada à chancela judicial, que estabelece um

¹⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 427 – 428.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 428.

vínculo fictício de paternidade – maternidade – filiação entre pessoas estranhas, equivalente ao resultante da filiação biológica.¹⁶²

Trata-se de modalidade de filiação “construída no amor”, na feliz expressão de Luiz Edson FACHIN¹⁶³, gerando vínculo de parentesco por opção, consagrando a paternidade socioafetiva, sedimentada em laços sociológicos, como a solidariedade, afeto e a busca da felicidade do adotante e do adotado.

4.5. A união homoafetiva e o mito da adoção: possibilidade jurídica

Com efeito, o simples cogitar da possibilidade jurídica de se deferir a pares homossexuais, que vivam em união homoafetiva, a adoção de crianças e adolescentes, por si só, já é fato gerador de inúmeros questionamentos por parte dos vários segmentos da sociedade brasileira, notadamente o religioso.

A Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice DIAS, também opina neste mesmo sentido:

“A mais tormentosa questão que se coloca – e que mais tem dividido as opiniões, mesmo entre os que vêem as relações homossexuais como uma expressão da afetividade - é a que diz respeito à adoção por parceiros do mesmo sexo. A intensa reação contra o deferimento da adoção para homossexuais apenas reflete a face mais aguda do preconceito. Como as relações sociais são marcadas pela heterossexualidade, é enorme a resistência pela crença de haver um dano potencial futuro por ausência de referências comportamentais. Assim, haveria a possibilidade de ocorrer seqüelas de ordem psicológica ao adotado. Também há o mito de que os filhos de homossexuais teriam a tendência de tornarem-se homossexuais”.¹⁶⁴

¹⁶² Cf. Antonio Cezar Lima da Fonseca: “Discutiu-se muito a respeito da natureza jurídica da adoção, que tem-se *amoldado aos tempos, evoluindo com o passar dos anos*. Admitia-se o instituto ora como *negócio unilateral e solene* ora como *instituto de ordem pública*, entendendo-se que a adoção prevista no CC/16, *realçava a natureza negocial do instituto, como contrato de Direito de Família* e na adoção estatutária haveria um *ato jurídico com marcante interesse público* ou um *instituto de ordem pública*. Firmou-se o entendimento, porém, de que se trata de um *ato complexo*, ou seja, um *ato jurídico em sentido estrito* que se desenvolve em duas etapas, *sendo que, na primeira, temos uma emissão volitiva, que não é bastante, e que se concretiza na segunda, quando, após processo regular, a pretensão é acolhida, e o juiz exara a sentença constitutiva*. Pela adoção constitui-se a situação de filho, o qual *pode exigir todos os direitos que lhe são pertinentes*. Há transferência do poder familiar aos pais adotivos, que passam a exercer-los em sua plenitude. Agora, com a edição do novo Código Civil, exigidos processo judicial (art. 1.623, caput), sentença (art. 1.621, § 2º) e assistência efetiva do Poder Público (art.1623, parágrafo único) mais se comprova o acerto de que estamos diante de um *ato complexo*. (O Código Civil e o novo Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 99)

¹⁶³ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 219.

¹⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 3ª ed., ver., atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, ed. 2006, p. 107.

Destarte, verifica-se que a fundamentação para se negar a possibilidade da adoção para aquelas pessoas que vivem em união homoafetiva, se baseia única e exclusivamente, ainda que de forma indireta, na discriminação diante da orientação sexual daquele que a postula. Logo, destituída de qualquer fundamentação legal ou científica.

Esta tomada de posição levada a cabo em relação aos homossexuais, malfez não apenas seu direito constitucional à cidadania, sem falar na ofensa ao direito personalíssimo à paternidade ou maternidade, mas também, e principalmente, no direito da criança e do adolescente que se encontra sem família e sem qualquer perspectiva de sobrevivência social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua em seu artigo 43 que, a adoção “*será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando*”, não há dúvida alguma de que a inclusão de uma criança ou adolescente, que vive em total abandono, numa entidade familiar homoafetiva lhe será muito mais benéfica, do que sua permanência nas ruas ou instituições, onde seu destino estará traçado às vezes pela sorte, outras vezes pelo acaso.

Eduardo CAMBI e Álvaro dos Santos MACIEL, afirmam:

“A conjugação do amor com a justiça está refletida no valor da *solidariedade* que, ao lado do afeto, está no núcleo da família *eudemonista* pós moderna. Por esta concepção, a família deve ser concebida como o lugar mais importante para a realização do ser humano, porque é, principalmente dentro do grupo familiar, que os eventos da vida individual, que parecem pertencer a natureza, recebem o seu significado e através desses significados passam a fazer parte da experiência individual da pessoa como o nascer, o morrer, o envelhecer, a sexualidade e a procriação”.¹⁶⁵

De outro lado, a recalcitrância de parte dos operadores do direito, em não conceber as entidades familiares homoafetivas o direito à adoção, é incompreensível e porque não dizer inconcebível em face de nosso ordenamento jurídico, não fossem o preconceito e o caráter excludente de nossas elites, que projetam o direito para a defesa de sua propriedade e de seus privilégios.

Com efeito, numa análise ainda que superficial e despreziosa do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, extrai-se a possibilidade de uma pessoa homossexual, maior de 21 anos, independente de seu estado civil, adotar, visto que o sistema legal, não determina que a opção heterossexual do(a) adotante seja pressuposto para a adoção.

¹⁶⁵CAMBI, Eduardo e MACIEL Álvaro dos Santos. **Preenchimento Judicial de Lacuna Jurídica: Alteração do Registro Civil de crianças e adolescentes para a inclusão do sobrenome dos pais de criação (sócio-afetivos) independentemente de adoção.** Revista Jurídica Argumenta, n. 07, 2007, p. 21.

Diante disso, não é difícil de se imaginar que, uma pessoa homossexual pleiteie e obtenha a adoção, trazendo a criança ou adolescente para conviver com seu parceiro ou parceira, com quem mantém uma união homoafetiva estável.

Com isso, o adotado somente poderá buscar eventuais direitos, como por exemplo, alimentos ou sucessórios, em face do adotante, sendo juridicamente impossível ao adotado, obter qualquer direito daquele que também o reconhece como pai ou mãe. O que evidentemente trará prejuízos ao menor, notadamente quanto aos aspectos patrimoniais.

O sentimento humanista do magistrado da 1ª Vara da Infância e Juventude do Estado do Rio de Janeiro lhe permitiu considerar “pessoa” todo e qualquer ser humano criado por Deus, independente de seu gênero, já que somos todos iguais pelo fato de sermos pessoa, razão pela qual, vem sistematicamente habilitando os homossexuais que assim manifestam sua opção no cadastro de adotantes, bem como, lhes deferindo pedido de adoção, sendo suas decisões, inclusive confirmada em segunda instância.

Neste mesmo diapasão, registre-se, dentre outras já existentes, a decisão do juiz da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Taubaté, no Estado de São Paulo, que conferiu a adoção a uma mulher homossexual, sendo a sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Vê-se, pois que, a adoção de uma criança e adolescente por uma pessoa homossexual, não encontra nenhum impedimento na lei brasileira, na medida em que, repita-se, a opção sexual do adotante não é pressuposto para o deferimento do pedido. E nem poderia ser diferente, pois o indeferimento do pedido de adoção tendo por conta a orientação homossexual do adotante consubstancia-se numa discriminação proibida expressamente na Constituição Federal, por ofender o princípio da igualdade.

De outro lado, a idéia de família concebida por nossos legisladores e aplicadores da lei sofre de um mal crônico - a forte influência do casal imaginário, do amor cortês entre um homem e uma mulher - a qual tem servido de fundamento para não se acolher a pretensão à paternidade socioafetiva quando requerida por entidades familiares homoafetivas.

Imperioso se faz despertá-los deste romanesco sonho quixotiano, retirar-lhes o véu da ignorância e, lhes apresentar não só uma nova realidade social brasileira, mas de toda humanidade, qual seja, o fato de que a convivência de crianças e adolescentes em lares de casais homoafetivos é uma realidade bastante freqüente.

Não se pode mais lutar contra imaginários moinhos de ventos.

O pensamento de Luiz Edson FAQUIN, demonstra a existência dessa subjetividade como um dos elementos presentes nas decisões judiciais, ao afirmar que: “Reproduzindo ou criando nos pronunciamentos sua própria moldura de família, os

juízos que sobre ela recaem revelam, pela palavra de quem ‘diz o direito’, aceitação ou a rejeição das transformações sociais que repercutem sobre a estrutura familiar”.¹⁶⁶

Embora, não se tenha medido estatisticamente o número de crianças e de adolescentes que vivem no seio de uma entidade familiar homoafetiva, estima-se que nos Estados Unidos da América, este percentual seja em torno de 22%. De tal sorte que, nada permite imaginar que diversos sejam os números em nosso país.

O despojamento da subjetividade dos operadores do direito é o “calcanhar de Aquiles”, para se conferir efetividade aos novos paradigmas sociais, para se extrair o novo do velho, o melhor do pior, a inclusão no lugar da exclusão, esta transmutação não estará completa enquanto estiver em seu contexto o preconceito, ou o medo em inovar.

Neste sentido, o pensamento de Zygmunt BAUMAN:

“A mente moderna nasceu juntamente com a idéia de que o *mundo pode ser transformado*. A modernidade refere-se à rejeição do mundo tal como ele tem sido até agora e à decisão de transformá-lo. A moderna forma de ser consiste na mudança compulsiva, obsessiva: na refutação do que ‘meramente é’ em nome do que poderia – e no mesmo sentido deveria – ser posto em seu lugar. O mundo moderno é um mundo que contém um desejo e uma determinação: desafiar sua *mêmeté* (como diria Paul Ricoer) – sua mesmidade. O desejo de fazer diferente do que se é, de se refazer, e de continuar se refazendo. A condição moderna é estar em movimento. A opção é modernizar-se ou perecer”.¹⁶⁷

Com essas observações, passa-se a discorrer acerca da problemática das adoções conjuntas por homossexuais, diante do contexto do Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição de 1.988, deixando desde já consignado, a inexistência de norma vedando ou mesmo autorizando a adoção por entidades familiares homoafetivas.

É certo ainda que, nenhuma desigualdade estabelecida em face da preferência sexual de alguém, tenha o condão de ensejar a exclusão ao direito à paternidade, sob pena de infringir-se o mais sagrado dos cânones do respeito à dignidade humana, que se resume no princípio da igualdade e na proibição de tratamento discriminatório de qualquer ordem.

Ao se afirmar que, o homem é a imagem e a semelhança de Deus, o antropocentrismo jurídico passou a considerar a pessoa humana como sujeito portador de valores, independentemente de sua posição econômica, origem, gênero ou nacionalidade, reforçando ainda mais, a necessidade de cada pessoa ser tratada como ser único, autônomo e acalorado por motivações específicas.

¹⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 73.

¹⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**: Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 33-34.

Confira-se, uma vez mais, a lição de Eduardo CAMBI e Álvaro dos Santos MACIEL:

“Pelo antropocentrismo jurídico, a pessoa humana é o pilar axiológico do direito, sendo anterior ao próprio Estado. Assim, os direitos da personalidade não dependem de consagração legislativa, estando na própria constituição material do Estado Democrático de Direito e, por isso, existem mesmo para reconhecer, no Direito Brasileiro, um *direito geral da personalidade*, o qual não se resume à síntese dos artigos 11 a 21 do Código Civil. A *constitucionalização dos direitos da personalidade* proporciona uma leitura ampliada, tomada como ponto de partida o artigo 1º, inc. III da CF, e ganhando amplitude com o vasto elenco do artigo 5º especialmente com válvulas de aberturas contidas nos seus parágrafos 1º e 3º (este adicionado pela Emenda Constitucional 45/2004)”.¹⁶⁸

Ademais, entende a doutrina, ser possível conferir-se uma interpretação ampliada do artigo 226 § 3º da Constituição Federal, para além das espécies ali contempladas, tendo em vista ser a norma constitucional composta por regras e princípios, logo dotada de flexibilidade, o que permite reconhecer a união homoafetiva como espécie de entidade familiar, decorrendo daí o permissivo para a adoção.

Consigne-se, nesta oportunidade, a citação de Viviane GIRARDI:

“Os doutrinadores que comungam dessa corrente de pensamento entendem ser possível a incidência da norma para além de sua mera literalidade e concebem suas bases teóricas na perspectiva do direito civil constitucionalizado. Ou seja, orientam-se e concebem a incidência da base principiológica da Constituição, muito especialmente o princípio da dignidade da pessoa e da igualdade, sobre a normativa ordinária para dar novo sentido aos conceitos jurídicos de natureza infraconstitucional”.¹⁶⁹

Dentre os que admitem a possibilidade de uma interpretação do art.226, § 3º da CF/88, para além das espécies expressamente nele consignadas, encontra-se o jurista Paulo Luiz Neto LÔBO, que ensina:

“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 anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-1969), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob tutela constitucional “a

¹⁶⁸ Ibid., p. 18.

¹⁶⁹ GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por pares homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 123-133.

família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução ‘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, restringido direitos subjetivos. [...] O *caput* do art. 226 e, conseqüentemente, a cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”.¹⁷⁰

A viabilidade do exercício do direito à paternidade por pares homoafetivos, não encontra nenhum óbice no âmbito dos direitos fundamentais, ao revés, encontra-se garantido pelos princípios da igualdade, do pluralismo das famílias e da não-discriminação, sendo um direito inerente a todo ser humano, inspirado no respeito à dignidade humana.

Pode parecer para alguns que, o artigo 1.622 “caput”, do Código Civil, ao estabelecer que ninguém possa ser adotado por duas pessoas se estas não forem marido e mulher, seria o entrave legal, a pretensão ao acolhimento da adoção por pares homossexuais.

Nada mais equivocado.

A Constituição de 1.988, como já aventado, autoriza o reconhecimento de outras formas de arranjos familiares, ademais, a jurisprudência de nossos tribunais vem reconhecendo, possuir a união homossexual, característica de entidade familiar, como sendo uma união estável.

Sem que se leve em consideração, ainda, o fato de que os próprios artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil possibilitam que companheiros ou concubinos adotem, não estabelecendo a necessidade da diversidade de sexos entre os adotantes.

Destarte, partindo do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família, deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer a essas pessoas o direito de adotar em conjunto.

Assim, o direito à paternidade ou maternidade, envolvendo entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo, não pode sofrer qualquer tipo de objeção, senão as mesmas impostas aos casais heterossexuais, já que, qualquer

¹⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. III Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte, 2002, p. 95.

discrepância fundada na opção sexual dos adotantes converge para a afigura do preconceito social, que não pode ser erigido à categoria de fator legal, para lhes extirpar o direito à adoção reservado a todos os demais cidadãos.

De outro lado, não se pode perder de mira, o nítido conteúdo de inclusão social, contido no instituto da adoção, para tanto, confira-se o pensamento de Fernando FREIRE, para quem a adoção representa:

“(…) uma resposta às necessidades não satisfeitas pela ordem natural dos acontecimentos, uma vez que oferece a criança órfã e abandonada, uma possibilidade de ter pais e ambiente familiar indispensáveis para seu desenvolvimento. A adoção não é mais um instrumento exclusivamente jurídico, mas um recurso de profundas manifestações éticas e sociais. De todos os sistemas alternativos de proteção às criança e adolescentes abandonados, a adoção é o único que cumpre com todas as funções da relação filial. É o único sistema que colabora amplamente na internalização do sentimento de auto-estima, chave para o processo de desenvolvimento de uma personalidade sadia e construtiva”.¹⁷¹

É exatamente por isso que Maria Regina Fay de AZAMBUJA salienta que, a “adoção, como forma de colocação em família substituta, surge como a possibilidade de reconstrução do direito à convivência familiar. Ligar o abandono à adoção é uma possibilidade de vida para o adotante e para o adotado”¹⁷², pois confere a ambos a possibilidade de reconstrução dos laços afetivos de família.

Assevera Clinton Guimarães dos SANTOS:

“O ‘ambiente familiar adequado’ é uma expressão incapaz de permitir um conceito de sentido unívoco e que, de tão aberta, vai apenas sinalizando uma opinião do juiz, sem segurança jurídica qualquer. Sob o meu ponto de vista, o ambiente familiar adequado é o ambiente acolhedor, no qual as pessoas revelam-se emocionalmente entrosadas e sobretudo dispostas a oferecer o melhor abrigo possível ao adotando, com espírito de sua inclusão. Ainda mais, se esse espírito depende apenas em parte de estruturas financeiras ou materiais, ou de condições físicas dos adotantes, posto que a melhor escolha não pode subordinar-se a critérios subjetivos, e muitas vezes autoritários, o que depõe contra o espírito e a letra da lei”.¹⁷³

¹⁷¹ FREIRE, Fernando. **Abandono e Adoção II**. Curitiba: Terre des Hommes, 1991. p. 07.

¹⁷² AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Breve revisão da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral e do Novo Código Civil**. Revista do Ministério Público, Porto Alegre, n. 49, p. 275-289, jan./mar.2003, p. 279.

¹⁷³ Apud BAHIA, Cláudio José Amaral. **Da necessidade de Efetivação da Proteção Constitucional à Homossexualidade**. Dissertação entregue como exigência para obtenção do título de mestre em direito sobre a orientação do Prof. Dr. André Ramos Tavares, ano 2002.

Entretanto, na América Latina, onde a tradição católico-cristã tem considerável influência, campanhas lançadas pelo Vaticano a partir de documentos redigidos pelo então Cardeal alemão, agora papa Bento XVI, Joseph Ratzinger, concitando todos os políticos e parlamentares católicos a se manifestarem contra leis que permitam a união homoafetiva ou a adoção por entidades familiares compostas por pares homoafetivos, contribuem de forma significativa para a manutenção do preconceito e discriminação.

Com efeito, outro argumento que serve de obstáculo ao reconhecimento do direito à adoção por pares homossexuais é o fato de, a criança conviver e apresentar-se diante da sociedade como tendo dois pais ou duas mães, notadamente por estarem estereotipados por imagens de homens efeminados ou de mulheres masculinizadas.

Assim, estaria no artigo 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o veto à adoção por casais homossexuais, já que a convivência poderia gerar conseqüências de ordem comportamental na identidade sexual da criança ou adolescente, ensejando a “incompatibilidade com natureza da medida”.

Nada mais equivocado.

Lídia Natália Dobrianskyj WEBER, a fim de comprovar a ausência de problemas às crianças ou adolescentes adotados por homossexuais, em função da orientação sexual dos pais, traz alguns dados relevantes ao afirmar que:

“Ricketts & Achtenberg (1989) realizaram um estudo com vários casos de 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 somente um deles, o mais importante é como essa família vive.

McIntyre (1994) faz uma análise de pais e mães e os sistemas legais de custódia. Este autor afirma que a pesquisa sobre as crianças serem criadas por pais homossexuais documenta que pais do mesmo sexo são tão afetivos 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 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 casal tradicional.

Samuels (1990) destaca que, mais importante do que orientação sexual dos pais adotivos, o aspecto principal é a habilidade dos pais em

proporcionar para a criança um ambiente carinhoso, educativo e estável”.¹⁷⁴

O fato de os adotantes serem homossexuais em nada influencia a personalidade do adotado, conforme também revelam estudos apresentados por Maria Berenice DIAS:

“Na Califórnia, desde meados de 1970, vem sendo estudada a prole de famílias não-convencionais, filhos de quem vive em comunidade ou em casamentos abertos, bem como crianças criadas por mães lésbicas ou pais *gays*. Concluíram os pesquisadores que filhos com pais do mesmo sexo demonstram o mesmo nível de ajustamento encontrado entre crianças que convivem com pais dos dois sexos. Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças. As meninas são tão femininas quanto as outras, e os meninos tão masculinos quanto os demais. Também não foi detectada qualquer tendência importante no sentido de que os filhos de pais homossexuais venham a se tornar homossexuais. Estudos que datam de 1976 constataram que as mães lésbicas são tão aptas no desempenho dos papéis maternos quanto as heterossexuais. Por meio de brinquedos típicos de cada sexo, procuram fazer com que os filhos convivam com figuras masculinas com as quais possam se identificar. Não há mostras de que as mães prefiram que os filhos se tornem homossexuais, não havendo sido encontradas evidências de investidas incestuosas para com os filhos. Iguamente não foram detectadas diferenças de identidade de gênero, no comportamento do papel sexual ou na orientação sexual da prole. Todas as crianças pesquisadas relataram que estavam satisfeitas por serem do sexo eu eram, e nenhuma preferia ser do sexo oposto. O estudo concluiu: A criação em lares formados por lésbicas não leva, por si só a um desenvolvimento psicossocial ou constitui um fator de risco psiquiátrico”.¹⁷⁵

Na universidade de Valência, na Espanha, o estudo de Navarro, Llobell e Bort, apontam na mesma senda: “Los resultados ofrecen de forma unânime datos que son coherentes con el postulado de la parentalidad com un proceso bidireccional padres-hijos que no está relacionado com lá orientación sexual de los padres. Educar y criar a los hijos de forma saludable lo realizan de forma semejante los padres homosexuales y padres heterossexuales”.¹⁷⁶

¹⁷⁴ WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. **Pais e filhos por adoção no Brasil: características, expectativas e sentimentos**. 2ª tir., Curitiba: Juruá, 2002, p. 80-81.

¹⁷⁵ Apud. DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – O preconceito & a Justiça**. 3ª ed., ver., atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 112-113.

¹⁷⁶ Em tradução livre: Os resultados oferecem de forma unânime dados que são coerentes com o postulado da parentalidade como um processo bidireccional que não está relacionado com a orientação sexual dos pais. Educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais. Frias NAVARRO, Pacual LLOBELL e Monterde BORT, Hijos de padres homosexuales: qué les deiferencia.

Com se vê, os estudos especializados não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, ao contrário, alcançam os mesmos benefícios dados às crianças que são adotadas por famílias substitutas de formato tradicional, logo, o que mais importa é a qualidade do vínculo e do afeto que garante o meio familiar do que a opção sexual de seus componentes.

Como enfatiza Rosane Rodrigues da SILVA: “dizer que uma criança pode ficar traumatizada psicologicamente, numa entidade homossexual é ignorar que este trauma pode ser ainda maior se o abandono a levar à fome, à exploração sexual, à ausência total de perspectiva para o futuro”.¹⁷⁷

O preconceito torna-se ainda mais evidente, no que concerne a adoção por pares homoafetivos, ao afirmar-se que, essas adoções funcionariam como instrumento facilitador de abuso sexual, ou dito de outra forma, nas adoções por pares homoafetivos, carrega consigo o pressuposto incontestável, de que as crianças e adolescentes certamente seriam vítimas de crimes sexuais por parte de seus pais socioafetivos.

No entanto, não existem evidências de qualquer natureza de que os pais homossexuais abusem de seus filhos com mais frequência do que o fazem pais heterossexuais, já se passou da hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica e, se adotar uma postura firme e efetiva aos direitos das crianças e dos adolescentes e dos homossexuais.

Como as proferidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que, condenou em 22 de janeiro de 2.008 o Estado Francês ao pagamento de uma indenização, no valor de 10 mil Euros, com base no artigo 14º da Convenção Européia dos Direitos Humanos, por ter recusado a uma homossexual o direito de adotar uma criança.

A autora da ação, uma professora francesa, de 45 anos, vive com outra mulher desde 1.990. Alegou a Requerente, que fôra tratada de forma “diferente” pelo serviço de adoção da França, segunda ela, essa diferença de tratamento se deu em razão de sua orientação sexual, o que constitui uma discriminação à luz da convenção.

Votaram a favor da condenação os juízes de Portugal, Grécia, Suécia, Holanda, Reino Unido, Dinamarca, Bélgica, Áustria e Sérvia. Contra, votaram os juízes francês, esloveno, cipriota, turco, geórgio, lituano e de San Marino.¹⁷⁸

¹⁷⁷ SILVA, Rosane Rodrigues da. **A união entre pessoas do mesmo sexo: uma relação marginal às portas da esfera jurídica**. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo [org.]. O Direito de Família: descobrindo novos caminhos. São Leopoldo: 2001, p.198.

¹⁷⁸ Disponível em http://conjur.estadao.com.br/static/text/63243?display_mode=printe, acessado em 28/01/2008.

No sul da Espanha, um juiz da Região de Murcia, foi suspenso do Conselho do Poder Judicial (CGPJ) por não ter reconhecido a um casal de lésbicas o direito de uma delas adotar legalmente a filha biológica da parceira. O referido juiz escreveu que “a condição de homossexual prejudica os menores e aumenta sensivelmente o risco de que eles também se tornem homossexuais”.¹⁷⁹

No Brasil, não se tem notícias da punição de qualquer membro do Poder Judiciário que tenha deixado de reconhecer aos pares homossexuais, o direito à adoção, o que se consubstancia num ato de extrema vergonha diante dos princípios constitucionais.

Porém, o Projeto de Lei n. 2.285/07, de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, do Partido dos Trabalhadores, do Estado da Bahia, se torna em mais uma esperança para as crianças e adolescentes deste país, bem como, em instrumento de efetivação dos direitos personalíssimos dos parceiros homossexuais.

Com efeito, o referido Projeto de Lei, quando sancionado, reconhecerá em seu Capítulo V, não só as uniões homoafetivas como espécie de entidade familiar, como também, assegurará o direito à adoção, conforme preceituado em seu artigo 68:

“Artigo 68 - É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas do mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

I – guarda e convivência com os filhos;

II – a adoção de filhos;

III – direito previdenciário;

IV – direito à herança”.

Porém, aguarda-se, sinceramente, que as extravagâncias da latinidade, ou o medo de nossos congressistas em desagradar seus eleitores mais conservadores, não confira ao referido Projeto de Lei, a mesma senda destinada ao Projeto de Lei, 1.151/95, da deputada Marta Suplicy, que objetiva disciplinar a “união civil entre pessoas do mesmo sexo”, qual seja, o fundo de uma gaveta qualquer da Câmara dos Deputados.

Com efeito, o Estado não pode negar as adoções às pessoas homossexuais que vivam conjuntamente, de forma a caracterizar verdadeira entidade familiar, ou dito de outra forma, uma união estável no tempo, notória, pública, que exteriorize entre seus membros solidariedade, afetividade e mútua assistência.

¹⁷⁹ Disponível em <http://www.ibdefam.org.br/?noticias¬icias=2162>, acessado em 07/032008

O pluralismo, os princípios da igualdade, da não-discriminação, do respeito à dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, interpretado em face das normas constitucionais e infraconstitucionais, estão a conferir aos pares homossexuais, legitimidade à adoção, notadamente em um país miserável como o nosso, pois retira o menor da marginalidade, dando-lhe um lar cercado de afeto e atenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito que dois homens ou duas mulheres têm de se unirem e adotarem uma criança ou adolescente, abandonados ou institucionalizados, é um direito fundamental humano elementar, comparado ao direito de ir e vir, o direito à saúde, educação, ou seja, o direito de ser cidadão.

A recalcitrância dos operadores do direito, somente concebida diante de um preconceito excludente, jamais poderá ter o condão de impedir a busca da felicidade de milhares de crianças que vivem em completo abandono ou o direito a paternidade de pessoas que sentem atração pelo mesmo sexo.

Efetivamente, não assiste ao legislador o “direito” de positivar o amor e classificá-lo em masculino e feminino, para só depois conferir-lhe ou negar-lhe eficácia jurídica a sua exteriorização.

Não se pode mais ignorar que, nos moldes constitucionais, a família brasileira apresenta-se plural, eudemonista, distante anos luz do arquétipo patriarcal, hierarquizado e impessoal, positivada durante anos pelo Código Civil de 1.916.

Esses novos valores permitem reconhecer a existência em nossa sociedade do surgimento de novos arranjos familiares, porquanto se encontra presente no cenário contemporâneo, além do casamento, a união estável, a união livre, e a monoparentalidade, todas sedimentadas no valor socioafetivo.

Não se pode olvidar, a existência na sociedade contemporânea das uniões homoafetivas, bem como, o fato de guardar este tipo de união, grandes semelhanças com a união estável, prevista no artigo 226, § 3º da CF., justamente por se encontrar consubstanciada também no afeto e no propósito de constituir família, de tal sorte que, é perfeitamente possível conferir-se às uniões homoafetivas conseqüências jurídicas idênticas às da união estável.

Ademais, o princípio do melhor interesse da criança vigora em nosso ordenamento jurídico, conforme se depreende do artigo 5º, § 2ª da CF/88, e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, sendo assim, a adoção está voltada, precipuamente, para o bem-estar do menor, sendo certo que, a adoção por pares homoafetivos pode perfeitamente cumprir esta finalidade.

O paradigma: família patriarcal, desigualdade dos cônjuges e dos filhos, classificação destes, tendo por critério a legitimidade da família por meio do casamento, bem como, a subsistência dos poderes marital e paternal, não podem mais servir de arquétipo à família moderna e plural em face das mudanças operadas na sociedade brasileira.

Não se pode negar que, a partir da Constituição de 1.988, operou-se uma verdadeira “revolução copernicana” no ordenamento jurídico brasileiro, inaugurando um novo paradigma familiar, inteiramente remodelado pelas mudanças experimentadas na sociedade brasileira, que a partir de então, consolidou uma comunhão de vida alicerçada na afetividade, na igualdade de direitos, na liberdade de constituição, igualdade dos filhos e, principalmente, na dignidade da pessoa humana.

A Constituição atribui a todas as entidades familiares a mesma dignidade e a mesma igualdade em merecimento de tutela, ou seja, inexiste hierarquia entre elas, logo, além do casamento, a Lei Maior sistematiza regras específicas no que se refere a união estável, família parental, na qual se inclui a família monoparental, não havendo razão lógica ou jurídica para não tutelar a união homoafetiva como uma de suas espécies de família.

Ademais, no estágio sócio-cultural que a sociedade brasileira hodierna vive não há mais como retroceder na caminhada, no sentido de pleno reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Portanto, mister se faz em se reconhecer também, o direito à paternidade ou maternidade por meio do instituto da adoção a esta espécie de entidade familiar.

Tanto é verdade que, a jurisprudência brasileira vem preenchendo o vazio normativo no sentido de, atribuir efeitos pessoais e familiares às relações entre pessoas do mesmo sexo. Aliás, ignorar esta realidade importa em se negar direitos às minorias, incompatível com o estado democrático de direito.

De outro lado, a negativa do direito à adoção por pares homossexuais é o mesmo que impedir às crianças o direito de terem pais e, com eles, constituírem uma família, onde estes pequenos e desprotegidos seres humanos, cujo destino não lhes sorriu com a sorte, serão amados e possuirão um verdadeiro lar.

Revela notar ainda que, a homossexualidade de há muito deixou de caracterizar uma doença, passando a ser visualizada como um modo de vida, além do que, se tratar de exteriorização da personalidade humana e forma legítima do exercício da sexualidade. Não se pode perder de mira ainda, o fato de que, os estudiosos são categóricos em afirmar a inexistência de qualquer prejuízo à criança no que se refere a sua formação psicológica.

Neste contexto, e diante de uma concepção crítica da dogmática, defendeu-se que, o sistema utilizado no Brasil para a elaboração de regras gerais de comportamento, posto via poder estatal, é um sistema que fomenta a exclusão social, porquanto, impede a participação das minorias sociais.

Por isso, a caracterização do exercício do direito à paternidade por sociedade homoafetiva possui natureza jurídica de direitos de personalidade, porquanto, compreendido como a emanção da personalidade humana a ser postulada em face do estado por se considerar essencial à auto-realização pessoal.

Para tanto, o princípio da dignidade da pessoa humana foi considerado como valor máximo da República, o que, por via de consequência, afasta toda e qualquer convicção fundada em preceitos norteadores dos Estados Totalitários. Logo, a dignidade humana foi inserida como elemento intrínseco e indissociável de todo e qualquer ser humano.

Com base ainda, na forma plural de família, bem como, de liberdade e de igualdade inseridos pela nova ordem constitucional, concluiu-se pela possibilidade de se classificar como entidade familiar as uniões homoafetivas, notadamente, pelo fato de que, à semelhança das demais formas de organizações familiares, o afeto é a base de sua sustentabilidade.

Ademais, a família contemporânea além de ter no afeto seu alicerce constitutivo, apresenta-se como um local a permitir o desenvolvimento da felicidade de seus membros, bem como, se consubstanciar no *locus* ideal para a efetivação do princípio do melhor interesse da criança.

A parti de uma análise do Estatuto da Criança e do Adolescente pode se constatar que, a pessoa da criança e do adolescente é tratada como sujeito de direito em face das relações familiares, com isso, desvinculou-se do entendimento no sentido de se considerar a criança e o adolescente institucionalizada ou abandonada, como realização egoísta do direito à paternidade.

Assim, deve o Estatuto da Criança e do Adolescente, no que tange à adoção, ser considerado em face de nosso ordenamento jurídico, como instrumento de inclusão social, ou dito de outra forma, uma via adequada para que as crianças e os adolescentes institucionalizados ou abandonados tenham acesso digno à saúde, educação, cultura, lazer, amor, ou seja, uma vida concreta.

Ao se investigar os pressupostos jurídicos impostos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a concessão da adoção de uma criança ou de um adolescente, concluiu-se ser perfeitamente admissível diante de nosso ordenamento jurídico, a adoção por homem ou mulher homossexual solteiro.

Logo, não se encontra qualquer argumento científico ou jurídico a impedir a adoção conjunta pelo par homossexual, em face da utilização sistemática dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais e, da orientação doutrinária, sem mencionar os vários precedentes jurisprudenciais.

Não se pode perder de mira que, o Direito tem a missão de acompanhar a evolução social e, não ficar à espera da lei, imóvel diante de uma realidade concreta que se lhe apresenta. Desta forma, o fenômeno social sempre se antecipa ao jurídico, e a jurisprudência à lei, à semelhança como ocorreu com a união estável.

Por mais que a sociedade esteja, ou se apresente resistente em não receber novos paradigmas, ao mesmo tempo que testemunha o fim de outros, o certo

é que, esta tendência não deve jamais impedir o magistrado de resolver as questões que são trazidas pela sociedade.

Porém, ao analisar estes “novos conflitos de interesses”, deve o operador do direito, ser coerente e fiel aos princípios constitucionais, notadamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, abandonando qualquer subjetividade ligada ao preconceito ou convicção filosófica e religiosa.

De toda a sorte, o deferimento da adoção conferida à entidade familiar homoafetiva, irá cumprir a finalidade a que se propõe o instituto – constituir efetivo benefício para o adotado e servir de instrumento efetivo de inclusão social – razão pela qual, deve ser positivada, o mais breve possível, pondo de uma vez por todas um fim às constantes ofensas aos direitos fundamentais, enquanto isso não ocorrer caberá ao Poder Judiciário, sua devida proteção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2004.

AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

ALBERGARIA, Jason. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro, 1991.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2.003.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed., Rio de Janeiro: LCT, 2006.

ASSUMPCÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Breve revisão da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral e do Novo Código Civil**. Porto Alegre: Revista do Ministério Público, n. 49, jan./mar.2003.

BAHIA, Cláudio José Amaral. **Da necessidade de Efetivação da Proteção Constitucional à Homossexualidade**. Dissertação entregue como exigência para obtenção do título de mestre em direito sobre a orientação do Prof. Dr. André Ramos Tavares, ano 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Jus Navegandi, Teresina, n. 851, a. 9, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acessado em 25/10/2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma Breve História do Mundo**. 2. ed., São Paulo: Fundamento Educacional, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBI Eduardo e MACIEL Álvaro dos Santos. **Preenchimento Judicial de Lacuna Jurídica: Alteração do Registro Civil de crianças e adolescentes para a inclusão do sobrenome dos pais de criação (sócio-afetivos) independentemente de adoção**. Revista Jurídica Argumenta, n. 07, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil: uma visão crítica**. 1. ed., 2ª t., Curitiba: Juruá, 2003.

Constituição Federal de 1988, art. 1º- III. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva Civil-Constitucional. IN. RTDC, v.1.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar Só – Tutela Penal da Intimidade**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA, Judith Martins. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Família e Sucessões**. Revista do Advogado, Ano XXVII, maio de 2007, n. 91.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ, João Seabra. **Adoção para uma visão global**. In: FREIRE, Fernando [org.]. Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção. Curitiba: Terres dês Hommes, 1991, v. 2.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000.

E. Zietelman, Lüken im Recht, (1903) e D. Donati. II problema delle ordinamento guiridico (1910) apud N. Bobbio. **Teoria do Ordenamento Jurídico, (1950)**. Brasília - São Paulo: UNB-Polis, 1989.

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

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Da Filiação**. In Cunha Pereira, Rodrigo da; Dias, Maria Berenice [Coords.]. *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. 2. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

FONSECA, Antonio Cezar Lima de. **O Código Civil e o novo Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FREIRE, Fernando. **Abandono e Adoção II**. Curitiba: Terre des Hommes, 1991.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Laurentino. **1808 - Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador: Progresso 1958.

GUIMARÃES, Luis Augusto de Freitas. **Sobre a homossexualidade na Grécia Antiga**. Disponível em: <http://nethistória.com/index.php?pagina=ver_texto&título_id=72>. Acessado em 15.09.06

HENTZ, André Soares. **O sistema das cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e o princípio da função social do contrato**. Jus Navegandi, Teresina, a.8, n.317,20 mai. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5219>>. Acessado em 25/10/2005.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos Humanos: uma nova idéia muitas vozes**. 3. ed., Aparecida /SP: Santuário, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes, in Os Pensadores – Kant (II)**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE SAMPAIO, José Adércio. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. 1. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1988.

LÉRIAS, Reinéro Antônio. **Ética, Moral, Ciência e Direitos Humanos**. Argumenta Revista Jurídica, nº. 7, p. 112, 2007. (ISSN 1676-2800)

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. In: *O direito de família e a Constituição de 1988*, Carlos Alberto Bittar [org.]. São Paulo: Saraiva, 1989.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Boletim Instituto Brasileiro de Direito de Família**. N. 46, setembro/outubro de 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. III Congresso de Direito de Família. Belo Horizonte, 2002.

LORENZETTI, Luis Ricardo. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUDWUIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MADALENO, Rolf. **Filhos do Coração**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.23.

Manual elementar de Direito Civil. 2. ed., ver., at., em conformidade com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v.5.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, vol. I: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. 1. ed., 3ª tir., Curitiba: Juruá, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **O direito como sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro**. Revista dos Tribunais, ano 87, v. 753, julho/1998.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 1. ed., São Paulo, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e direito Civil: tendências. Direito, Estado e Sociedade.** v. 15, ago-dez, Rio de Janeiro, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O direito civil constitucional. In: 1988-1998: uma década de constituição.** CAMARGO, Margarida Maria Lacombe [org.], Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NETO, Hora João. **Os princípios do novo Código Civil e o direito das obrigações.** Jus Navegandi, Teresina, a. 9, n. 681, 17 de mai. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6737>>. Acessado em 25/10/2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: da teoria à prática.** [Coord.] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A família na travessia do milênio. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMOS, Saulo. **Código da Vida.** São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes.

RIBEIRO, Deco. **Para os pais.** Disponível em: <<http://www.e-jovem.com/tema02.htm>>. Acessado em 27/12/07.

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

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Humberto. **O amor entre os iguais.** 1. ed., São Paulo: Mhytos, 2004.

RODRIGUES, Maria Stella Souto Lopes. **A adoção na Constituição Federal – O ECA e os estrangeiros.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família.** 17. ed., at., São Paulo: Saraiva, 1991, v.6.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais do sistema geracional ao sistema unitário - uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEIERSTAD, Asne. **O livreiro de Cabul**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Rosane Rodrigues da. **A união entre pessoas do mesmo sexo: uma relação marginal às portas da esfera jurídica**. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo [org.] O Direito de Família: descobrindo novos caminhos. São Leopoldo: 2001.

SUANNES, Adauto. **As uniões homossexuais e a Lei 9.278/96**. Rio de Janeiro: COAD. Ed. Especial out/nov.1999.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina Jurídica da filiação**. In TEIXERIA, Sálvio de Figueiredo [org.]. Direito de família e do menor. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas Metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Terra Notícias. Casal Gay é repreendido por beijo em shopping. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0.,0125943-EI306,00html>. Acessado em 14/11/2005.

TOURAINÉ, Alain. **Um Novo Paradigma Para compreender o mundo de hoje**. 2. ed., Petrópolis: Vozes, 2006.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

VALDES, Francisco. **Queers, sissies, dykes, and tomboys: deconstructing the conflation of sex, gender, and sexual orientation.** Euro-American law and society. California Law review, v. 83, p 3-33, 1995.

VARELA, Antunes. **Direito de Família.** 3. ed., Lisboa: Perony, 1993, v.1.

VILLELA, João Baptista. **Família Hoje.** In BARRETO, Vicente [org.] A Nova Família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1.997.

VILLELA, João Batista. **Repensando o Direito de Família.** In: Repensando o Direito de Família - Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM/OAB-MG. Belo Horizonte, 1998.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, v.3, n.2.

WEBER, Lídia Natália Dobrianskj. **Quero que alguém me chame de filho: ou do direito à convivência familiar e comunitária.** In COUTO, Sergio [Coord.]. Nova realidade do direito de família. Rio de Janeiro, 1998.

WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. **Pais e filhos por adoção no Brasil: características, expectativas e sentimentos.** 2ª tir. , Curitiba: Juruá, 2002.

WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj; KOSSOBUDZKI, Lucia Helena Milazzo. **Abandono e institucionalização de crianças no Paraná.** In: FREIRE, Fernando [org.]. Adoção e abandono. Curitiba: Terres dês hommes.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada, hipóteses da relativização.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ESCLARECIMENTO

Esclarece-se que, o anexo onde se encontra o Estatuto das Famílias – Projeto de Lei n. 2.285/07, que propõe uma revisão sistemática do Livro IV da Parte Especial do vigente Código Civil, por questões técnicas tornou-se impossível adequá-lo às normas específicas exigidas quando da elaboração estrutural do presente trabalho, razão pela qual sua fonte de letra e espaçamentos não correspondem às exigências da ABNT.