

CAPÍTULO II

**FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS:
O RECONHECIMENTO LEGAL
E A LEGITIMAÇÃO SOCIAL DA UNIÃO
ESTÁVEL HOMOAFETIVA, COMO ENTIDADE
FAMILIAR, E A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO
NESSE CONTEXTO.**

*Carolina Grant**

Sumário: 1. Introdução – 2. A evolução histórica da concepção de família – 3. A “repersonalização” das relações civis e o primado do afeto – 4. A possibilidade da união estável homoafetiva – 5. A prerrogativa da adoção – 6. Conclusão – 7. Referências Bibliográficas

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo propor o reconhecimento das uniões (estáveis) homoafetivas no âmbito jurídico-sociológico, legitimando, inclusive, a prerrogativa da adoção nesse contexto. O fará mediante a análise crítica da atual conjuntura jurídico-familiar no Brasil, em face de uma realidade plural, complexa e dinâmica e sob a ótica da constitucionalização do Direito, da repersonalização das relações jurídicas e do primado do afeto, em detrimento da ótica patrimonial antes predominante.

PALAVRAS-CHAVE: Direito De Família; União (Estável) Homoafetiva; Adoção.

1. INTRODUÇÃO:

Diante da preocupação relativamente recente de se aproximar a prática jurídica e o próprio conceito de *Direito* da contextualização social, surge a necessidade de se revisitar certos conceitos primordiais, que costumavam ter uma fundamentação estritamente legalista.

*. Graduada da Faculdade de Direito da UFBA (6º Semestre); Presidente do CEPEJ – Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da UFBA; Pesquisadora orientada do PIBIC-UFBA 2008.

As relações sociais, hoje, cada vez mais complexas e dinâmicas, não mais comportam concepções estagnadas, perpetuadas pela mera aplicação mecanicista e acrítica do direito positivado, e que já não correspondem à realidade atual. É preciso que se opere uma transição paradigmática, uma flexibilização da ciência jurídica, para que esta se adapte às novas necessidades e demandas sociais, através, por exemplo, de uma abordagem principiológica que privilegie o ser humano e a sua “essência”¹, em detrimento do que ele representaria, em termos formais, na realidade jurídica (enquanto mero detentor de direitos ou de patrimônio). Enfim, num contexto fértil para reflexões, em que muito se repensa a sociedade como um todo, o Direito não pode se abster de participar desse processo. Daí a necessidade de uma *Ciência Social Aplicada do Direito* e da revisão de alguns de seus conceitos fundamentais, em particular o tradicional conceito de família.

Com efeito, muito se tem discutido a respeito da necessidade de *constitucionalização do Direito Civil* e da sua *repersonalização*, a fim de que o foco das relações civis seja a pessoa humana, e não o patrimônio. O conceito tradicional de família (união entre homem e mulher com fins econômicos e procracionais), compreendido enquanto inserido na realidade em que surgiu, não mais abarca as problemáticas contemporâneas que envolvem o Direito de Família, uma vez que a pluralidade de relações familiares, hoje, engloba famílias monoparentais, matriarcais, uniões estáveis (extra-conjugais), famílias substitutivas, dentre outros conceitos que fogem ao modelo previsto, mas contêm a marca da afetividade e da subjetividade, intrínsecas às relações entre seres *humanos*, e que merecem, portanto, a tutela jurídica.

Inseridos nessa realidade familiar plurívoca, multifacetária e dinâmica, apenas apreendida pelo pensamento complexo e transdisciplinar de E. Morin (MORIN, 2008), estão os “núcleos familiares” formados por *uniões homoafetivas* (em que se discute a possibilidade da adoção), ainda não reconhecidos no âmbito jurídico-normativo (e, inclusive, abordado de forma bastante incipiente e pioneira no âmbito jurisprudencial – embora nesta seara ainda se obtenha um ou outro avanço), nem aceitos de forma pacífica e democrática pela sociedade em geral².

-
1. O termo “essência”, neste trabalho, deve ser compreendido como as características básicas que conferem dignidade ao homem (ser humano) e o contemplam em toda a sua complexidade, e não como concepção essencialista do fenômeno humano; pressuposto indispensável para que se pense as relações familiares sob a ótica do afeto, pessoal (pessoa humana), e não sob a lógica patrimonialista.
 2. Como exemplo expressivo desse questionamento da universalidade do modelo moderno de família, no final do século XX [.] *observa-se o início da ruptura com o formalismo heterocêntrico* que restringia ao casal formado por indivíduos de sexos diferentes a

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA:

No âmbito da discussão acerca da “evolução” e das mutações que sofreu o conceito de família, numa perspectiva histórico-social, os autores Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lôbo e Luiz Mello convergem quanto à relevância da entidade familiar como o “núcleo natural e fundamental da sociedade” (Paulo Lôbo). Para Maria Berenice Dias, “[...] a família é a unidade política básica da organização social, a base sobre a qual se organiza a sociedade, daí ser chamada de sua *celula mater*” (BRUNO *apud in* DIAS, 2006, p. 61). Nesse mesmo sentido, Luiz Mello afirma que “a família é a instância fundamental da mediação entre indivíduo e sociedade”, tendo, portanto, um papel de “agente socializador”.

Nesse contexto, analisar a evolução histórica da sociedade é o mesmo que analisar as transformações da família ao longo da história.

Quando surgiu, na **antigüidade clássica**, o termo família (do latim *famulus*) servia para designar de forma expressa um novo instituto social, cuja finalidade seria a procriação, fundamentada sob a ótica econômica, que privilegia a discussão patrimonial-sucessória em detrimento de outros interesses pessoais. Tal vocábulo era também utilizado em relação às coisas, para especificar o conjunto do patrimônio, ou à totalidade dos escravos pertencentes a um senhor.

Não obstante, foi na **Idade Moderna**, com o fortalecimento da ideologia liberal burguesa e as primeiras tentativas de codificação, em especial com o Código Civil francês de 1804, que se consolidou o modelo “ideal”³ de família, baseado na concepção de “amor romântico”⁴ e na finalidade procriativa-patrimonial (ou seja, na finalidade política, econômica e reli-

legitimidade para instituir relações amorosas, matrimoniais e familiares. *Sem dúvida, esse processo ainda se encontra imerso em acaloradas lutas acerca da possibilidade de aceitação social do amor, do casamento, da família na esfera da homossexualidade, embora gays e lésbicas já tenham aportado na arena política, nos cinco continentes do planeta, reivindicando o reconhecimento social e jurídico de suas parcerias afetivo-sexuais estáveis.* (MELLO, 2005, p. 40 – grifo nosso).

3. [...] um modelo ideal – formado por um homem provedor e uma mulher afetuosa que se amam, que são casados civil e religiosamente, em primeiras e indissolúveis núpcias, que são fiéis afetivo-sexualmente, que têm pelo menos dois filhos, de preferência um casal, e que coabitam. Tal modelo tende a atuar como referência de família feliz e de utopia de ordenação de vida doméstica para todos e como parâmetro a partir do qual as outras formas de vivência familiar são definidas como desviantes, incompletas, desorganizadas, desordenadas ou mesmo ilegítimas. (MELLO, 2005, p. 34-35).
4. [...] amor romântico, o qual está simbolicamente expresso no mito da complementaridade irrestrita e indissolúvel entre um único homem e uma única mulher que se casam (GIDDENS, 1993). Reconhecendo-se como ‘almas gêmeas’ [...]. (MELLO, 2005, p. 37).

giosa, sob fundamento biológico). As bases desse modelo já haviam sido lançadas no imaginário social pela religião católica, que previa a união eterna entre pessoas de sexos distintos para concretizar a “função primordial da vida”, a sua continuidade por meio da perpetuação da espécie. Com efeito, a família passou a ser uma entidade sacralizada e atrelada ao pressuposto do casamento entre um *homem* e uma *mulher*; isto é, qualquer modelo divergente desse padrão seria relegado à marginalização social e, inclusive, jurídica, não merecendo o *status* de família e a tutela de seus interesses pelo Estado.

Este foi o modelo normatizado pelo **Código Civil brasileiro de 1916**, o qual se engendrou no contexto do Brasil rural, em que a concepção de família compreendia uma verdadeira “unidade de produção”, nas palavras de Maria Berenice Dias. Isto é, tratava-se de uma entidade patrimonializada, com amplo incentivo à procriação (uma vez que seus membros representavam força de trabalho) e caráter patriarcal hierarquizante. Logo, pode-se perceber que o foco central das relações jurídicas normatizadas no CC/16 era o *patrimônio*.

3. A “REPERSONALIZAÇÃO” DAS RELAÇÕES CIVIS E O PRIMADO DO AFETO:

É diante do contexto traçado no tópico anterior que se insere a crítica de Paulo Lôbo ao paradigma patrimonial, ao propor a “*repersonalização das relações civis*”, na medida em que, hoje, há o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional da família para uma nova função, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. A repersonalização representa, ainda:

A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade. Essa mudança de rumos é inevitável. (LÔBO, 2004).

Enfim, na tentativa de inserir na esfera jurídica as transformações sociais, fala-se em repersonalização das relações civis. Tal fenômeno jurídico leva à reflexão sobre o próprio conceito de família, o qual, por sua vez, tem sofrido um longo e intenso processo de mutação, não só na esfera legislativa-constitucional, mas, também, no tocante à hermenêutica jurisprudencial.

Para Paulo Lôbo, “a família atual parte de princípios básicos, de conteúdo mutante segundo as vicissitudes históricas, culturais e políticas: a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade. Sem eles, é impossível compreendê-la”. Seguindo essa mesma linha, afirma Maria B. Dias

que “[...] a proteção da família somente se justifica para que se implemente a tutela avançada da pessoa humana, efetivando, no plano concreto, real, a dignidade afirmada abstratamente”. Por fim, tanto Maria B. Dias quanto Luiz Mello citam as palavras de Michelle Perrot (PERROT, 1993, p.81): “O que se gostaria de conservar da família no terceiro milênio são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. [...]”.

Ou seja, a **família moderna** engloba muito mais a *realização pessoal*, sob a ótica do princípio da *dignidade da pessoa humana*, o *afeto* e a *solidariedade* do que as relações consanguíneas (paradigma-critério biológico) e os efeitos patrimoniais/ sucessórios. Na busca pela felicidade de cada um de seus membros, a família realiza a sua *função social*, aproximando a instituição jurídica (ficção jurídica) da instituição social.

As críticas à monogamia, à coabitação, à indissolubilidade, à exclusividade, à complementaridade e à compulsória reprodução biológica como fatores essenciais à constituição da família, levaram à dissociação entre *reprodução*, *sexualidade* e *conjugalidade*, uma vez que a entidade familiar tem sido influenciada pelas transformações sociais, políticas, culturais e econômicas da sociedade brasileira.

Quanto a essa questão, afirma Maria Berenice Dias:

As premissas básicas em que sempre esteve apoiado o Direito de Família – *sexo, casamento e reprodução* –, conforme bem observa Rodrigo da Cunha Pereira (PEREIRA, 2000, p. 62), desatrelaram-se. Tornou-se possível uma coisa sem a outra e cada vez é mais comum relacionamentos sexuais sem a oficialidade do casamento. Também a evolução da engenharia genética permite a reprodução sem a ocorrência de contato sexual, o que leva à necessidade de buscar um novo conceito de família que não mais tenha tais pressupostos como elementos caracterizadores. (DIAS, 2006, p. 64-65, grifo nosso).

Isto é, com a separação entre conjugalidade, reprodução e sexualidade, os papéis conjugal e parental⁵ também se dissociaram. É possível haver casais matrimonializados ou provenientes de uniões estáveis sem filhos (por opção ou infertilidade) – fato que não desconstitui a família; pais que vivem com seus filhos (biológicos ou adotados) sem, no entanto, coabitarem

5. “[...] O papel conjugal, o único que se atribui aos sujeitos quando a família é constituída por um casal sem filhos, está associado ao compartilhamento de tarefas e ao atendimento das necessidades e desejos dos cônjuges, não abarcando as funções reprodutoras e de socialização de crianças. [...] Já o papel parental prescinde da conjugalidade, uma vez que pode ocorrer, por exemplo, no âmbito da monoparentalidade. [...]”. (MELLO, 2005, p. 34).

(família monoparental); e, ainda, existe a possibilidade de se constituir uma família sem nunca ter havido o contato sexual com o sexo oposto, por meio da adoção legal ou via inseminação artificial.

4. A POSSIBILIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA:

Com efeito, diante do panorama exposto, cabe a seguinte indagação: é possível reconhecer a união (estável) homoafetiva como entidade familiar? E, sendo esta reconhecida na realidade jurídica (uma vez que já se faz presente e consolidada na realidade social, apenas em busca de maior reconhecimento e respeito), é possível conceder-lhe a prerrogativa da adoção?

O primeiro ponto que deve ser analisado para responder a esta questão, tendo como base a autora M. B. Dias, diz respeito ao direito (livre e democrático) à sexualidade. Segundo M. B. Dias,

[...] [é] imperioso reconhecer que a garantia do livre exercício da sexualidade integra as *três gerações* de direitos, porque está relacionada com os postulados fundamentais da liberdade individual [liberdade sexual e direito de tratamento igualitário, independente da orientação sexual], da igualdade social e da solidariedade humana [na realização do princípio da dignidade da pessoa humana]. (DIAS, 2006, p. 74).

Além de configurar, portanto, como um direito subjetivo de ordem *individual, categorial e difuso*, o direito à sexualidade é também albergado pelo *Princípio da Isonomia* (inciso IV do art. 3º; inciso I do art. 5º e inciso XXX do art. 7º, CF.) e pelo *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana* (art. 1º, inciso III, CF.). Tais princípios constitucionais, pilares de todo o ordenamento jurídico, vedam qualquer ato discriminatório em função do sexo. Logo, o direito à identidade sexual, o que inclui a identidade *homossexual*, representa um direito fundamental do indivíduo constitucionalmente tutelado, recaindo qualquer ação que promova o tratamento diferenciado entre heterossexuais e homossexuais em inconstitucionalidade; em grave atentado à Lei Maior.

Resta indubitável, portanto, a comprovação de que há respaldo jurídico à livre orientação sexual, estando esta, inclusive, contida no rol dos direitos personalíssimos e sob a ótica da liberdade de expressão, dentre mais uma gama de argumentos. Não obstante, o que permanece questionável é a situação legal do *casal* homossexual (do par homoafetivo). Este, ao longo dos últimos anos, já foi enquadrado sob a proteção do Direito do Trabalho, do Direito Comercial e o entendimento maior que se tem hoje, no intuito de se evitar maiores injustiças (mais ainda muito longe do ideal), é de que a união homoafetiva configura uma *sociedade de fato*, com o claro interesse

na proteção das relações patrimoniais/obrigacionais. Contudo, mais que uma união *de fato*, uma *sociedade de fato*, a união homoafetiva representa uma união *de afeto*, uma vez que já há muito foi rompido o monopólio das relações de afeto pelo “amor romântico” da ideologia burguesa, trazendo o sociólogo A. Giddens (citado por Luiz Mello) as expressões “amor confluyente”, “relacionamento puro” para especificar a possibilidade de relações de afeto e amor entre dois indivíduos do mesmo sexo.

Nesse contexto, se, de acordo com M. B. Dias, Paulo Lôbo e Luiz Mello, as novas famílias tuteladas pela **Constituição Federal de 1988 e pelo Novo Código Civil de 2002/03** (sob o paradigma da repersonalização) englobam muito mais as relações afetivas que as patrimoniais, por que não estender a proteção estatal, a tutela jurídica, às “famílias homoafetivas”?

Em linha contrária a esta, defendida pelos autores citados, se dirige o texto constitucional na forma como vem sendo interpretado o **art. 226**, que representou um passo à frente no tocante às relações extramatrimoniais, mas ainda continua arraigado à possibilidade de união apenas entre um *homem* e uma *mulher*, ao reconhecer a união estável como entidade familiar somente nestas condições (art. 226, §3º⁶). A forma como se tem compreendido este artigo constitucional estaria incorrendo em grave ofensa ao princípio da isonomia, propondo diferenciação de tratamento quanto a heterossexuais e homossexuais. Com efeito, para corrigir esse erro causador de usurpação de direitos e de grandes injustiças no cenário social dinâmico e complexo, **o ideal, proposto por M. B. Dias, seria considerar a união estável como gênero que comportasse duas espécies: a heterossexual e a homossexual.**

Sobre esse assunto, vale citar as próprias palavras esclarecedoras de M. B. Dias:

Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertençam. A única diferença que essa convivência guarda é a inexistência da possibilidade de gerar filhos. Tal circunstância, por óbvio [e pelo que acima foi exposto no que diz respeito à desvinculação entre conjugalidade, reprodução e sexualidade], não serve como fundamento para a diferenciação levada a efeito. (DIAS, 2006, p. 78-79).

6. **Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...].
§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é **reconhecida a união estável entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

5. A PRERROGATIVA DA ADOÇÃO:

Falar em “família homoafetiva” é também falar em adoção. Com efeito, um dos pontos mais polêmicos que integram o debate sobre o reconhecimento legal das famílias oriundas de uniões homoafetivas é o que se refere ao direito à adoção por casais homossexuais. A divergência de opiniões acerca do tema é bastante acirrada e, em geral, a resistência apresentada é pautada em concepções preconceituosas e crenças infundadas.

Apesar de, na legislação brasileira, não existir nenhum dispositivo negando ou autorizando expressamente a adoção por companheiros do mesmo sexo (há, na verdade, a possibilidade prevista de adoção por maior, capaz, independentemente de sua orientação sexual, sendo comum adoções por um dos companheiros do par homoafetivo, embora ambos exerçam os papéis de pais da criança, com o mesmo grau de afeto e cuidados), é possível vislumbrar essa faculdade mediante uma análise de cunho zetético do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Constituição Federal; embora boa parte da doutrina insista em negar tal possibilidade.

Segundo o **ECA**, a concessão do direito de adotar não trava nenhuma relação de dependência com a orientação sexual do pretendo adotante, como já exposto. A única restrição objetiva se refere à idade: “Podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil (**art. 42**)”. Outro fator a ser ressaltado encontra-se no **art. 43**, o qual busca estabelecer o bem-estar do menor como critério prevalente para o processo de deferimento da adoção, sendo injustificável, portanto, vedar o acesso de uma criança a um lar quando ficar provada a existência de reais vantagens (econômicas, sociais e, acima de tudo, afetivas) para a mesma. No **âmbito constitucional**, ainda, cabe destacar o **art. 227**, através do qual é possível depreender, como dever do Estado, a garantia aos infantes do direito à dignidade, ao respeito e à liberdade; direitos que, considerando a realidade social brasileira, dificilmente serão alcançados nas ruas ou em orfanatos desassistidos pelo poder público.

Entre aqueles que se levantam contra a adoção por parceiros homossexuais, o argumento mais utilizado gira em torno da possibilidade de a criança adotada desenvolver danos psicológicos, decorrentes da ausência de referências comportamentais de ambos os sexos. Tal cogitação, no entanto, revela-se inconsistente quando confrontada com os resultados de estudos realizados com crianças que convivem com pais do mesmo sexo⁷.

7. 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. (DIAS, 2006, p.113).

Também se costuma apresentar como empecilho a questão da impossibilidade de se registrar, na certidão de nascimento do adotado, o nome de dois pais ou de duas mães. Nesse caso, é preciso atentar para o caráter de ficção jurídica que envolve a adoção. Ou seja, o vínculo parental, nela existente, não corresponde à realidade biológica (nem precisaria, uma vez que já se verificou a atual desvinculação dos papéis conjugal, parental ou procracional). Sendo assim, nenhuma obrigatoriedade deve existir acerca da heterossexualidade do casal adotante, a pretexto de tornar verossímil a possibilidade de se ter um filho.

Enfim, é necessário enxergar a adoção sob um novo viés, que não lhe atribua apenas os caracteres de uma instituição jurídico-positivada, mas que vá além e lhe conceda uma interpretação capaz de abranger as questões psicossociais, subjetivas e, acima de tudo, afetivas que lhe circundam. Nesse contexto, impedir que uma criança seja adotada conjuntamente por companheiros homossexuais representa uma medida prejudicial aos seus direitos. Isso pode ser verificado, por exemplo, na medida em que o adotado fica impedido de usufruir de benefícios previdenciários e sucessórios com relação àquele que também considera, em termos práticos e reais, como pai ou mãe (o parceiro de seu pai ou mãe legal) e que sempre o tratou como a um verdadeiro filho(a).

6. CONCLUSÃO:

Diante de tudo o que foi dito, pode-se perceber uma verdadeira *omissão* por parte do legislador quanto ao reconhecimento da realidade homoafetiva perante o ordenamento jurídico, no que diz respeito à consideração como entidade familiar e ao direito de adoção. Há um silêncio da lei, propício à usurpação de direitos e à promoção de desigualdades e preconceitos arcaicos, incompatíveis com o atual modelo de Estado, que se diz *democrático e de direito*, e de sociedade que se quer aberta, justa, livre e plural⁸. Tal silêncio figura como um verdadeiro *silêncio eloquente*, uma omissão

8. O preâmbulo de nossa Carta Magna de 1988 já prevê estas idéias e valores como aqueles a nortear o seu texto e, conseqüentemente, todo o ordenamento jurídico e a concepção que se tem de Direito ao expressar o que segue: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social** e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. (Constituição Federal de 1988, preâmbulo, grifo nosso).

intencional, capaz de ocultar aquilo que Luis Alberto Warat convencionou chamar de *sentido comum teórico*, isto é, uma série de convenções e crenças que permeiam o imaginário jurídico e contribuem para a perpetuação de (pre)conceitos tradicionalistas, moralistas, evidenciando, de forma clara, que por trás da pretendida neutralidade jurídica há nada mais, nada menos, que ideologias e mistificações culturais. Esta é a única explicação para o fato de não se ter enquadrado, ainda, os direitos do par homoafetivo na legislação própria que é a do Direito de Família⁹.

Assim sendo, como não pode deixar de julgar, mesmo diante da omissão do legislador, o magistrado deve fazer uso da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito, hoje princípios constitucionais, para não deixar o caso concreto sem a devida (justa e democrática) resposta. É justamente na seara da **jurisprudência** que se tem dado os maiores avanços e conquistas com relação à tutela dos direitos dos pares homoafetivos, e que se tem operado as tentativas mais eficazes de aproximar a realidade jurídica da dinâmica esfera social. Exemplos disso foram as decisões pioneiras do TJ-RS, concedendo a guarda de duas crianças a um par homoafetivo composto por duas mulheres, e da 2ª Vara da Infância e Juventude de Catanduva-SP, que concedeu a guarda da garota Theodora ao par homoafetivo Vasco Pereira da Gama Filho e Dorival Pereira de Carvalho Júnior.

No acórdão referente à apelação cível nº. **70013801592** – caso da adoção pelo par feminino do Rio Grande do Sul – pode-se ler:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo

9. Na base de todo fato social existe um interesse merecedor de tutela, interesse que independe da orientação sexual de seus titulares. Em um estado democrático de direito, todos têm direito à vida, à liberdade e à proteção, e o Estado tem o dever de garantir o respeito à dignidade, à integridade física e à propriedade de todos. Enquanto por injustificável omissão do legislador, não forem disciplinada as novas estruturas familiares que florescem independentemente da identificação do sexo do par, ninguém, muito menos os operadores do Direito, podem fechar os olhos a essas realidades. Em nome de uma postura conservadora, deixar de atribuir efeitos jurídicos às relações que, muito mais que uma sociedade de fato, constituem uma sociedade de afeto, revela atitude preconceituosa e discriminatória, indigna de quem se fez juiz. (DIAS, 2006, p. 13).

e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. **É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.**

E ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens [indivíduos] de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar 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 gêneros.** E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Outro fato notório e recente (agosto de 2008), ainda no âmbito jurisprudencial, foi a **decisão do STJ** sobre a **possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da união estável homoafetiva**. O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) veiculou a notícia¹⁰ nos seguintes termos:

Por 3 votos a 2, a Quarta Turma do STJ admitiu a **possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da união estável entre homossexuais** e determinou que a Justiça Fluminense retome o julgamento da ação envolvendo o agrônomo brasileiro Antônio Carlos Silva e o canadense Brent James Townsend, que foi extinta sem análise do mérito. **Foi a primeira vez que o STJ analisou os direitos de um casal homossexual com o entendimento de Direito de Família e não do Direito Patrimonial.**

Com o voto desempate do ministro Luís Felipe Salomão, a Turma, por maioria, afastou o impedimento jurídico para que o mérito do pedido de reconhecimento seja analisado em primeira instância. Luís Felipe Salomão acompanhou o entendimento do relator ressaltando, em seu voto, que a impossibilidade jurídica de um pedido só ocorre quando há expressa proibição legal e, no caso em questão, não existe nenhuma vedação para o

10. Ver matéria na íntegra em: <http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=2636>.

prosseguimento da demanda que busca o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. [...]. (IBDFAM, grifo nosso).

Essa decisão, embora não verse sobre a procedência ou não do pedido, mas apenas sobre a sua possibilidade jurídica, representa significativo avanço em termos de consolidação jurisprudencial a partir do momento em que lima controvérsias que possibilitavam o não-conhecimento do pleito fundado no argumento acrítico, reducionista e nitidamente formalista e dogmático de que, uma vez considerada a união estável pela Constituição Federal de 1988 como “união entre homem e mulher”, por impossibilidade jurídica do pedido, não se poderia analisar nem apreciar o mérito de ação destinada a pleitear o reconhecimento da união homoafetiva (união estável entre pares homossexuais).

Agora, ao menos o direito à análise de mérito se tem garantido aos pares homoafetivos; resta esperar que esta apreciação se dê com base nos princípios e valores ora expostos, sob a ótica atual do Direito de Família (em que pese o afeto e não as relações obrigacionais ou patrimoniais exclusivamente).

O **IBDFAM** – Instituto Brasileiro de Direito de Família, através das contribuições e construções doutrinárias de seus membros, tem defendido e propagado justamente essa nova ótica interpretativa do Direito de Família, através, principalmente, dos seus eventos promovidos, mas, sobretudo, através da elaboração do “**Estatuto das Famílias**”¹¹ – projeto enviado ao Congresso Nacional, como forma de atualizar a legislação nacional sobre Direito de Família e adequá-la à plural, complexa e dinâmica realidade social brasileira, para abarcar, dentre outros, a possibilidade de união estável homoafetiva e considerar a prerrogativa de adoção para esta nova entidade familiar.

Sobre as inovações propostas pelo Estatuto, afirmou Sylvia Mendonça Amaral, em ocasião da divulgação inicial do projeto:

O Direito de Família deve sofrer importantes transformações nos próximos dias. Um projeto elaborado pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), chamado de “Estatuto das Famílias”, será apresentado ao Congresso Nacional. O principal tema discutido neste novo documento é o reconhecimento das inúmeras formas de família hoje existentes em nossa sociedade: as formadas por casais e seus filhos, por um dos pais e seus filhos, por casais homossexuais e outras diversas formações não previstas em lei. (AMARAL, 2007).

11. O **Estatuto das Famílias** (Projeto de Lei nº 2285/2007) pode ser encontrado, na integra, através do site oficial do IBDFAM: www.ibdfam.org.br.

Dentre as disposições preliminares do projeto, sobre a União Homoafetiva, tem-se que:

O estágio cultural que a sociedade brasileira vive, na atualidade, encaminha-se para o pleno reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. A norma do art. 226 da Constituição é de inclusão – diferentemente das normas de exclusão das Constituições pré-1988 –, abrangendo generosamente os arranjos familiares existentes na sociedade, ainda que diferentes do modelo matrimonial.

A explicitação do casamento, da união estável e da família monoparental não exclui as demais que se constituem como comunhão de vida afetiva, com finalidade de família, de modo público e contínuo. Em momento algum a Constituição veda o relacionamento de pessoas do mesmo sexo. A jurisprudência brasileira tem procurado preencher o vazio normativo infraconstitucional, atribuindo 13 efeitos pessoais e familiares às relações entre essas pessoas. Ignorar essa realidade é negar direitos às minorias, incompatível com o Estado Democrático. **Tratar essas relações cuja natureza familiar salta aos olhos como meras sociedades de fato, como se as pessoas fossem sócios de uma sociedade de fins lucrativos, é violência que se perpetra contra o princípio da dignidade das pessoas humanas, consagrado no art. 1º, III, da Constituição.** Se esses cidadãos brasileiros trabalham, pagam impostos, contribuem para o progresso do país, é inconcebível interditar-lhes direitos assegurados a todos, em razão de suas orientações sexuais. (Estatuto das Famílias, 2007, p. 12-13, grifo nosso).

E, no bojo do projeto, consta o seguinte dispositivo:

CAPÍTULO IV DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de 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.

Dessa forma, o IBDFAM (os seus membros/colaboradores) e a jurisprudência nacional têm contribuído, ainda que de forma pioneira ou incipiente, para a aproximação entre esfera jurídica e realidade social, dirimindo as disparidades existentes entre ambas e que qualificam o “ide-

alismo jurídico” criticado por Michel Miaille, em sua obra “Introdução Crítica ao Direito”.

Por fim, é possível afirmar que a sociedade contemporânea, como já previa Edgar Morin, só pode ser compreendida sob a ótica da complexidade, como já dito, e aí se enquadra o conceito mutante de família, incapaz de restringir-se às rígidas e estreitas molduras da atual legislação e da forma como esta é interpretada. Nesse contexto, insere-se a **necessidade iminente de reconhecimento legal da união estável homoafetiva e da prerrogativa de adoção para estas novas famílias, além do maior reconhecimento e respeito social, como já se sugeriu**. Afinal, de acordo com o pensamento de Luiz Mello, citando Hite:

Toda família é ‘normal’ – não importa se estão presentes pai ou mãe, ou ambos, se existem ou não crianças. Uma família pode ser formada por qualquer combinação de pessoas, heterossexuais ou homossexuais, que partilhem suas vidas de um modo íntimo (não necessariamente sexual). [sob o primado maior do elo da afetividade]. (MELLO, 2005, p. 39).

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Sylvia Mendonça. O novo Direito de Família. **IBDFAM** [on line]. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=333>>. Acesso em: 28 set 2008.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Constituição Federal]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao>. Acesso em: 07 abril 2008.
- BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. [Estatuto da Criança e do Adolescente]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 abril 2008.
- BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Código Civil de 2002]. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 07 abril 2008.
- DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a justiça!**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O Preconceito & A Justiça**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1993.

- IBDFAM. **Estatuto das Famílias**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=338>>. Acesso em: 28 set 2008.
- IBDFAM. **STJ reconhece possibilidade jurídica de discutir ação sobre união homoafetiva**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=2636>>. Acesso em: 28 set 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Jus Navigandi**. [on line]. 10.05.2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 07 abril 2008.
- MELLO, Luiz. **Novas Famílias**. Petrópolis: Garamond, 2005.
- MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5ª ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. In Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível**. Processo nº.70013801592. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. 05 abr. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php> Acesso em: 10 abril 2008.
- SILVA JR., Enézio de Deus da. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**, v. II: Epistemologia Jurídica da Modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.