

A IMPRESCINDÍVEL RELEITURA DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR: UM ESTUDO DA HOMOPARENTALIDADE EXERCIDA POR MEIO DA ADOÇÃO

RESHAPING THE FAMILY INSTITUTION: A STUDY OF HOMOPARENTALITY THROUGH ADOPTION

Agenor Gabriel Chaves Miranda¹

Marcelo Alves Vieira²

Pedro Victor Porto Ferreira³

RESUMO

O presente trabalho busca explorar o debate acerca da definição de família, apresentando suas transformações sociais e legais, possuindo como marco inicial o contexto histórico inerente ao Código Civil de 1916. As discussões se dão em torno das famílias homoafetivas e das barreiras ao seu reconhecimento como núcleo familiar legítimo. Nessa esteira, a parentalidade, filiação e adoção se apresentam como fronteiras que guiarão o estudo. Por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, o artigo trata, no âmbito do direito, a questão da parentalidade homoafetiva; que, apesar de discutida, ainda se encontra incipiente neste campo, se comparada aos debates ocorridos nas áreas da sociologia, antropologia e psicologia. Por meio disto, fica evidenciado como as famílias compostas por membros da comunidade LGBT possuem os mesmos traços essenciais de qualquer outro modelo de família; e ainda como a vedação ou proibição de famílias não-heteronormativas não encontra qualquer amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Homoparentalidade; Adoção; Famílias.

ABSTRACT

The present work seeks to explore the debate about the definition of the family, presenting its social and legal transformations and considering, as an initial framework, the historical context inherent to the Civil Code of 1916. The discussions take place around homoaffective families and the barriers to their recognition as a legitimate family. In this scenario, parenting and adoption present themselves as frontiers that will guide the research. Through the bibliographical and jurisprudential research, the article treats, in the scope of the law, the question of homoaffective parenting; which, although discussed, is still unenlightened in this

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

² Graduando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Pesquisador CAPES/CNPq.

³ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Bolsista CAPES/CNPq. Membro do Programa de Educação Tutorial (PET).

field, when compared to debates in the areas of sociology, anthropology and psychology. Through this, it will be evident how families with LGBT individuals have the same essential features as any other family; and also, how the prohibition or restriction of non-heteronormative families does not find any legal protection in the Brazilian legal system.

KEYWORDS: LGBT Parenting; Adoption; Families.

1 INTRODUÇÃO

A indagação a respeito do conceito de família não oferece, *a priori*, uma resposta simples. Nesse sentido, o núcleo familiar tradicional do direito - homem, mulher e filhos - é fortemente abalado na atual conjuntura de famílias formadas por pais homossexuais, travestis e transexuais, os quais trazem novas demandas de suma importância ao campo jurídico. Ao longo do século XX, é inegável a transformação social pelo qual passou o conceito de família, em que o amor e os laços afetivos ganharam notável importância na constituição do núcleo familiar. Nesse contexto, com a promulgação da Constituição de 1988, muitas discussões foram travadas no âmbito do Direito Constitucional e do Direito das Famílias. Questões como parentalidade, filiação, adoção e estrutura familiar tornaram-se alvo da disputa de discursos e de categorias.

Isso porque a nova carta constitucional trouxe a família como base da sociedade, sem qualquer discriminação sobre modelos de núcleo familiar, reforçando como característica do Estado a laicidade, o que alterou a lógica anteriormente observada. Logo em seguida, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002 acentuaram essa nova roupagem da concepção familiar. Dessa forma, rompe-se com o Código Civil de 1916 - marcado pelo patrimonialismo, pátrio poder e procriação - e funda-se um conceito pluralista da família, agora, caracterizada pela afetividade, responsabilidade e pelo compartilhamento de objetivos de vida em comum.

Dessa maneira, debruça-se sobre essa nova concepção familiar, tendo como enfoque o estudo da homoparentalidade e adoção. *A priori*, a partir da leitura dos diplomas legais e fundamentos sócio-legais para constituição da família, poder-se-ia inferir a ausência de qualquer óbice à adoção por casais ou indivíduos homoafetivos. Porém, são vistas decisões e fundamentações em sentido diverso, as quais limitam e impedem o exercício destes direitos. Assim, busca-se compreender quais seriam os argumentos trazidos tanto pelo Tribunais

quanto por parcela da sociedade no que se refere à impossibilidade da constituição da família homoafetiva, em especial face à adoção. Ao identificar tais alegações, comprovar-se-á que não há qualquer impedimento legal, demonstrando que estas assentam-se unicamente no preconceito e nos estereótipos em tempo algum comprovados.

2 DO DIREITO DE FAMÍLIA AO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Ainda que diante de inúmeras transformações sociais, as quais ocorreram de diversas formas em diversas searas, é irrefutável a tendência natural dos seres humanos em cultivar a vida em família. Sendo esta, por sua vez, a base fundante de inúmeras sociedades, inclusive a que estamos inseridos hoje. Paralelamente a isso, é sabido que o Estado constitui a vida em sociedade por meio do Direito; e que, como mencionado por Pontes de Miranda (1970), o legislador “carimba” os fatos cotidianos da existência, adjetivando os mesmos de jurídicos. E é nesse encontro que se dá a gênese do Direito das Famílias, fixado na dinamicidade pública-privada, em que a primeira, de forma recorrente, procura congelar a realidade existente na segunda, por intermédio da norma (DIAS, 2016a).

Esse agir jurídico-normativo necessariamente leva ao conservadorismo do núcleo familiar juridicamente regulado, que sempre estará desatualizado em relação às diversas formas de expressão da família, tendo em vista suas variações temporais, sociais e espaciais (ZAMBRANO, 2006). Tal constatação é imprescindível, pois, na sociedade ocidental, a instituição chamada de “família natural” foi conceituada como um modelo familiar nuclear: composto por um pai, uma mãe e um filho. Como bem observa Nadaud (2002), coloca-se a família como uma entidade única e constante no tempo: um prejulgamento evidentemente baseado na experiência pessoal hegemônica heterossexual.

A partir dessa noção “natural”, o Código Civil de 1916 estabeleceu a família única e estritamente como a união matrimonializada indissolúvel de um homem com uma mulher, e seus descendentes. Euclides Benedito de Oliveira sintetiza: “Legítima era apenas a família formada por meio do casamento; ilegítima, a resultante de união informal, de fato, pela convivência de fim amoroso entre homem e mulher, sem as formalidades do ‘papel passado’” (OLIVEIRA, 2006, p. 14). Era a maneira não apenas de dar continuidade à estrutura hierarquizada e patriarcal, mas também de sustentar o modelo econômico do período, em que

o crescimento da produção agropecuária só era possível por meio do constante e gradativo aumento da mão-de-obra (VECCHIATTI, 2012).

Em tal contexto, o Direito de Família⁴ revelou-se fortemente influenciado pelo Direito Canônico. Toda a doutrina de impedimentos matrimoniais foi construída à luz dos princípios ditados pelos canonistas e teólogos italianos. O Direito Canônico, em sua preocupação moralizadora, sempre vedava o que era considerado ilícito e desonesto. Por esse motivo, a possibilidade de casamento resultante de adultério era plenamente proibida. Seguindo tal influência, o Código Civil de 1916, no artigo 183, proibiu expressamente o casamento do cônjuge adúltero com o seu corrêu. Outro fato confirmador deste influxo remete-se ao Concílio de Trento - datado de 1545 a 1563 e importante regulador do casamento católico - o qual estabeleceu no seu procedimento os chamados banhos: instituto originador da obrigatoriedade de publicação das proclamas de casamento, mediante edital fixado na residência dos recém-casados; norma estabelecida no artigo 181 do Código Civil de 1916 (TAVARES, 1985).

Além disso, tal concílio também condenou expressamente o concubinato, sem estabelecer qualquer exceção. Nesse sentido o Código de Direito Canônico até estabeleceu sanções às concubinas (Cânones 1.078, 2.357, § 2º e 2.358). A influência sobre o legislador brasileiro é clara quando se observa a nulidade de direitos da concubina em relação ao contrato de seguro de vida (art. 1.474), a vedação de contribuições financeiras do cônjuge adúltero ao seu cúmplice (art. 1.177), o estabelecimento da total incapacidade testamentária passiva da concubina (art. 1.719, inciso III e art. 1.720) e ainda a proibição expressa de reconhecimento de filhos adulterinos (TAVARES, 1985).

Em consonância à estrutura machista do período, o modelo familiar estabelecia o marido como chefe da sociedade conjugal, tomador de decisões do núcleo e superior à sua mulher e seus descendentes. Tanto que, a partir da formalização do casamento, a mulher deixava de ser plenamente capaz para atuar na vida civil, tornando-se relativamente incapaz, e tendo sua vida social e seus bens administrados pelo marido. O papel da mulher se restringia à

⁴ Importante frisar aqui o uso da expressão Direito de Família no singular. Essa escolha advém do fato de que, à época, a família era verdadeiramente vista apenas de uma maneira, possuía uma moldura única alocada na visão heteronormativa e patriarcal da sociedade. Ao longo do texto, a expressão se transformará em Direito das Famílias, no plural. Tal escolha também tem uma visão: a de apanhar todas as famílias, sem qualquer distinção ou restrição relacionada à sua forma ou componentes.

educação dos filhos e manutenção da casa, sem qualquer possibilidade de trabalho remunerado ou atividades sociais sem a companhia do seu cônjuge (VECCHIATTI, 2012).

Além de sustentar o sistema econômico do período, tal modelo ainda assegurava garantias patrimoniais ao homem, como a certeza de que seu patrimônio – que incluía necessariamente os bens da sua mulher – continuariam com seus parentes “de sangue”. A partir dessa lógica, a castidade feminina se torna condição necessária de respeitabilidade, principalmente, devido ao fato de que as limitações na ciência ainda não permitiam o exame de paternidade; conseqüentemente, apenas a virgindade no ato do casamento é que poderia assegurar a transmissão patrimonial verdadeiramente consanguínea. Este modelo evidentemente não se debruçava sobre questões de afetividade, amor ou estima no núcleo familiar (DIAS, 2016a). Como bem sintetizado por Roger Raupp Rios (2001), esse é o modelo institucional hierarquizado de família, que posiciona os interesses do Estado acima dos anseios particulares da família.

Nada obstante, tal quadro não resistiu à revolução industrial, período em que tanto o sistema econômico quanto a sociedade foram radicalmente modificados. Nesse novo contexto, o homem deixa de ser a única fonte de subsistência da família com o ingresso da mulher no mercado de trabalho⁵. O instituto da família começa a perder sua dimensão patrimonial e reprodutiva com a rápida migração do campo para a cidade. Até mesmo a convivência em espaços menores contribuiu para tal mudança de paradigma. Envolto nessas transformações é que surgem os primeiros sinais da família formada por laços afetivos de carinho e amor: a família pelo amor familiar (DIAS, 2016a) (VECCHIATTI, 2012).

As uniões de fato, ou uniões informais, encontraram campo fértil nessas circunstâncias: no transcorrer do séc. XX, cada vez mais, a sociedade abandonava as formalidades estanques do Código Civil e passava conferir valor a suas relações, ainda que à margem da lei. Tal fenômeno sinaliza fortemente o dever de renovação, imposta pelas dinâmicas sociais, ao legislador do Direito das Famílias. Isso porque se trata do ramo do Direito que interfere mais

⁵ Importante frisar nesse ponto o registro feito por Maria Aparecida Silva Bento referente ao recorte racial imprescindível ao assunto: “Neste enfoque a mulher negra é vista como sustentáculo da raça uma vez que os homens negros, excluídos da nova ordem social por estarem despreparados para assumirem o papel de trabalhadores livres, estavam sem condições de manter suas famílias, de modo que à mulher negra restou a responsabilidade pela manutenção material da família (...) no período pós abolição (...)” (BENTO, 1995, p. 480). Restando evidente a entrada das mulheres negras no mercado de trabalho informal décadas antes, no final do século XIX.

diretamente nas relações afetivas dos indivíduos e em um dos seus espaços de convivência mais íntimos. Não obstante, é fato que tal legislador não possui vontade ou sequer capacidade institucional para cumprir tamanha tarefa satisfatoriamente (VECCHIATTI, 2012).

O movimento de constante oxigenação das leis é excepcionalmente importante, principalmente na seara familiar, por se tratar de um campo impactado necessariamente pela evolução da sociedade, pelo rompimento de tradições e estabelecimento de novos paradigmas sociais. O que acontece é que, neste campo, nossa cultura legislativa é da inércia, em que a atualização normativa ignora as inúmeras mudanças empreendidas no seio social, sustentando uma conduta de apreço à lei tradicional, moralista e excludente das famílias (DIAS, 2016a).

É por esse motivo que a primeira alteração legislativa notável aconteceu apenas em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), o qual devolveu à mulher casada sua plena capacidade na vida civil e seu direito patrimonial sobre os bens adquiridos a partir do próprio trabalho. Em relação às uniões de fato – informais – o avanço veio do judiciário, apenas em 1964, com a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Nesse momento, estrutura-se um mecanismo de garantia patrimonial principalmente às mulheres, que sempre saíam de suas relações informais em total desfavor (VECCHIATTI, 2012).

A escolha pelo instituto das sociedades de fato não é por acaso. Nesse período foi comum entre os magistrados a comparação das relações não matrimoniais com as sociedades de fato do Direito Comercial, aquelas que não estavam registradas na Junta Comercial. Nessa seara já era pacífico o entendimento da possibilidade de dissolução judicial de tal sociedade justamente para vedar o enriquecimento ilícito de qualquer das partes; interpretação que foi estendida ao Direito de Família na produção da já citada súmula. A partir dessa interpretação extensiva é que foi estabelecida como tarefa da concubina provar sua contribuição monetária ao patrimônio da relação, para então receber a sua quota correspondente (VECCHIATTI, 2012).

Nada obstante, tal tarefa nem sempre se mostrava possível. Como a inserção da mulher no mercado de trabalho ainda se iniciava, boa parte das concubinas não possuía qualquer tipo de emprego, sendo reservadas a permanecerem em suas casas, cuidando da família informal.

Impossibilitando-a então de provar seu direito sobre o patrimônio conjunto porque, em regra, não havia contribuído de nenhuma maneira. Tal era o entendimento mesmo diante do fato de que, nas relações contempladas pelo Código Civil, era presumido o cabimento de 50% a cada uma das partes, mesmo que não houvesse qualquer contribuição monetária comprovada por qualquer destas (VECCHIATTI, 2012).

Por certo é que, de todo modo, a partir das fortes mudanças no seio da sociedade, o amor e o afeto passaram a possuir papel fundamental no rol de elementos essenciais ao núcleo familiar. A função principal da família se descola do trinômio sexo, casamento e procriação para o verdadeiro desenvolvimento de valores morais, afetivos e espirituais de seus membros, frisando sempre a assistência e crescimento mútuos. Trazendo, dessa maneira, cada vez mais seus interesses para o âmbito privado, restando os estatais em um segundo plano. A função econômica da família perde sentindo em um modelo produtivo urbano, e o que passa a ser central é a sociedade de afeto, que tem como núcleo único a felicidade. Gradativamente o entendimento da doutrina acompanhou a evolução social, passando a compreender como o casamento civil era dispensável para a composição de uma família, era o início da superação de um conceito arcaico das relações familiares (DIAS, 2016a). Assim referencia Maria Berenice Dias:

Segundo Rosana Fachin, nessa evolução, a função procriacional da família e seu papel econômico perdem terreno para dar lugar a uma 'comunhão de interesses e de vida, em que laços de afeto marcam a estabilidade da família. Os novos modelos familiares estão quase a desafiar a possibilidade de encontrar-se uma conceituação única para sua identificação. Hoje as relações de afeto caminham à frente. As premissas básicas em que sempre esteve apoiado o Direito das famílias (...) desatrelaram-se (...). (DIAS, 2016a).

O judiciário vem se pronunciando no mesmo sentido, a exemplo da decisão proferida pelo juiz Antônio Mônaco Neto, da Comarca de Salvador/BA, de abril de 2012, em que se enuncia: “A base da constituição da família deixou de ser a procriação e a geração de filhos, para se concentrar na troca de afeto e de amor”. O que concretiza fortemente a noção de que o amor, acompanhado da publicidade, durabilidade, continuidade e vontade de constituir uma família são os fatores verdadeiramente essenciais para a formação desta. Isto é verificado quando tal decisão completa: “(...) amor e afeto [são] sentimentos basilares para lastrear a vontade de formar uma entidade familiar e estabelecer objetivos em comum, além da

convivência e mútua assistência, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família”.

Esse aperfeiçoamento no conceito de família reforça a noção de que a pretensão tradicional de relações estanques entre indivíduos determinados não mais encontra lugar na sociedade. A essa altura, os indivíduos presentes nas relações informais não se sentem menos legitimados a formar uma família por causa da sua condição. O amor familiar já é elemento determinante e legitimador de uma relação pertencente ao Direito das Famílias, apesar de parte da doutrina e dos agentes do Direito não ecoarem tal entendimento (VECCHIATTI, 2012).

No artigo 226, a Constituição Federal de 1988 teve notável sucesso em suprir décadas da exclusão do Código Civil anterior. Em primeiro lugar foi fixada a igualdade entre homens e mulheres no seio da família, bem como a igualdade dos filhos. O conceito de família foi imensamente ampliado, consagrando a tese de que a capacidade procriativa da família é fator plenamente dispensável à constituição da mesma, a partir do reconhecimento amplo da família monoparental – formada por qualquer dos pais e seus descendentes (DIAS, 2016a). Nesse sentido Paulo Lôbo assinala:

O modelo igualitário da família constitucionalizada se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática, que inspiram o marco regulatório estampado nos arts. 226 e 230 da Constituição de 1988 (LÔBO, 2008).

Na mesma linha de ampliação da família, a união estável também foi elevada à condição de família constituída, protegida pelo ordenamento. Como bem assinalado pelo ministro Luiz Edson Fachin, nesse momento, com a promulgação da Constituição Federal, o Código Civil de 1916 perdeu seu papel de lei fundamental do Direito das Famílias (FACHIN, 1996).

A carta constitucional ainda trouxe avanços ao espontaneamente não conceituar a família: o artigo 226, *caput*, apenas estabelece especial proteção à mesma por ser base da sociedade brasileira. Tendo em vista que, cumpre frisar, toda e qualquer restrição de direitos se faz única e exclusivamente mediante texto normativo expresso, já se torna claro que não há restrições às famílias homoafetivas, justo porque sua proibição não se encontra em nenhum

texto normativo, seja expressa ou implicitamente. A tese de que o § 3º do mesmo artigo proíbe tal relação ignora brutalmente uma série de princípios de hermenêutica jurídica, além de ferir os pilares da igualdade, da dignidade da pessoa humana e os instrumentos de analogia e interpretação extensiva – decorrentes da isonomia e fixados por lei nos artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126º do Código de Processo Civil (VECCHIATTI, 2012).

Igualdade e dignidade da pessoa humana são dispositivos que têm como papel impossibilitar a arbitrariedade jurídica, caracterizada pela tomada de decisões pelo juiz que sejam desmotivadas lógica e juridicamente no estabelecimento do tratamento desigual. Conjuntamente a isso, o que o mecanismo da interpretação extensiva faz é visualizar a situação descrita no texto jurídico e a situação não descrita no mesmo, estendendo o tratamento legal da primeira à segunda por serem absolutamente idênticas. A analogia tem noção semelhante: apesar de o fato jurídico regulado e o outro não regulado serem aparentemente diferentes, seu elemento essencial à regulação é exatamente o mesmo, de modo que deverão incidir sobre ambos a mesma proteção da lei. Destarte, como já pacificado no presente trabalho, o entendimento de que o amor familiar foi, pela própria sociedade, estabelecido como o núcleo duro da família e que a sociedade familiar é aquela “(...) que vise a comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura”; a equiparação das famílias homoafetivas às heteroafetivas é, não apenas possível, como também plenamente legal (VECCHIATTI, 2012).

Como assinalado por Maria Berenice Dias (2016a), mesmo que o Código Civil de 2002 não tenha trazido inovações significativas ao Direito das Famílias, o estabelecimento do objeto de proteção desse ramo foi progresso essencial ao ordenamento pátrio. Tal objeto é, como já concretizado, o amor familiar que entrelaça todos os membros componentes da família; justamente porque esse é o elemento fundador da família de fato contemporânea. Nesse ponto vale posicionamento de Paulo Lôbo:

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômico-político-religioso-procriacional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais (...) A família é sempre socioafetiva, em razão de ser grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva. A

afetividade como categoria jurídica, resulta da transeficácia de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos (LÔBO, 2008).

Outro fator essencial quanto à formação da família tradicional, composta por homem, mulher e filhos, diz respeito à capacidade de procriação. Tendo em vista o reconhecimento das diversas nuances das famílias contemporâneas, questiona-se a pertinência de tal requisito. É patente que há casais heterossexuais os quais, inclusive, optam por não ter filhos e, ainda assim, permanecem categorizados como família (ZAMBRANO, 2006). Eliminado o presente quesito, abre-se a oportunidade para o reconhecimento das famílias homoafetivas. Em uma análise da jurisprudência, verifica-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respaldar a configuração do relacionamento homoafetivo, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277.

Nesta, o Supremo deu interpretação conforme à constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, interpretando a família como categoria sócio-cultural e não como uma forma ortodoxa. Enfatizou a isonomia entre casais homossexuais e heterossexuais, aludindo ao direito subjetivo à formação de um núcleo familiar, do qual goza todo indivíduo. Disse, ainda, não haver distinção entre as expressões “famílias” e “entidade familiar”. A partir deste julgado, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso de duas mulheres que conviviam em união estável para habilitá-las ao casamento. Para isso, remeteu-se ao parágrafo 3º, artigo 226, da Lei Maior: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento**” (grifo nosso).

Dessarte, o não reconhecimento da família formada por dois indivíduos do mesmo sexo configura restrição sem qualquer amparo em nosso ordenamento jurídico. De maneira que a discriminação praticada no judiciário brasileiro, e a na doutrina pátria, de não reconhecimento do *status* de família homoafetiva é exponencialmente ilegal e ilegítima, sem qualquer embasamento na lei brasileira ou tratados internacionais assinados e ratificados pelo Brasil; unicamente provando as heranças ainda fortemente presentes do Direito Canônico e do Código Civil de 1916, por séculos repetidamente fixadas na sociedade tradicional e ainda não totalmente dissolutas (VECCHIATTI, 2012).

3 DO RECONHECIMENTO DA PARENTALIDADE E DA FILIAÇÃO HOMOAFETIVAS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como abordado, o direito das famílias passou por uma transformação substancial nos últimos anos, apresentando consequências inclusive na sua denominação. A incidência de princípios constitucionais e a mudança do paradigma da procriação são fatores essenciais para a tutela de famílias homoafetivas pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, a Constituição de 1988 fornece um grande referencial para a proteção das relações homoparentais, refletindo os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e autonomia na seara familiar e possibilitando a equiparação dos vínculos socioafetivos (FACHIN, 2013). Nesse viés, a afetividade ganhou destaque como elemento definidor do núcleo familiar e superou a característica biológica então predominante. Assim, são apresentadas as famílias monoparentais, constituídas por apenas um responsável, e homoparentais, formadas por indivíduo ou pares homossexuais. Desaparece, portanto, a diversidade de sexos como um requisito essencial para a existência do ente familiar (DIAS, 2016b).

Nessa esteira, deve-se compreender que as relações sociais são mais dinâmicas que o próprio direito e, por isso, demandam dele apenas um reconhecimento, visto que a própria formação de famílias homoafetivas é um dado presente da realidade, encontrando-se, muitas vezes, à margem da lei. Sendo assim, verifica-se, em primeiro momento, um problema acerca da proteção do direito a essas situações (MATOS, 2006). Resolvida tal questão, parte-se para a análise da construção de alguns institutos do direito das famílias em face das relações afetivas. Nesse contexto, insere-se a discussão sobre filiação e parentalidade.

Segundo preceitua Maria Berenice Dias (2016b), o exercício da paternidade e maternidade está umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a tutelar o direito de o sujeito estabelecer vínculos parentais e constituir um núcleo familiar. A limitação à parentalidade atinge fortemente o direito de personalidade, isto é, o direito de identificar-se com os filhos. Desse modo, Dias destaca:

“(...) é possível defender a existência de um direito de personalidade ligado à noção de um interesse juridicamente tutelado à paternidade, que tem raiz de direito subjetivo essencial porque atrelado ao conceito particular de

felicidade, compreendido e derivado do princípio maior da dignidade da pessoa humana.” (DIAS, 2016b, p. 180).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 16, n.1, também consagrou o direito de homens e mulheres constituírem um núcleo familiar.

“Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

§1. O casamento não será válido senão como o livre e pleno consentimento dos nubentes.

§2. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”

A homoparentalidade, isto é, o exercício da condição paterna e materna pelos indivíduos ou pares homossexuais, apresenta várias particularidades e desafia a proteção estatal. Primeiramente, é imposta a inviabilidade da procriação como um desafio para o desenvolvimento da parentalidade e filiação por parte dos cidadãos homossexuais (ZAMBRANO, 2006). Este entendimento, contudo, não merece prosperar por dois fatores: a) a família, na visão estabelecida sob a égide da Carta de 1988, prescinde a reprodução; e b) a possibilidade de adoção e reprodução assistida por pais e mães homoafetivos. E, como bem destaca Maria Berenice Dias (2016b), a paternidade, hoje, é permeada mais pelo afeto do que pela ligação biológica.

Soma-se a isso o ainda presente estigma da promiscuidade nas relações homoafetivas. Como ressaltam Uziel et al. (2006), esta visão acentuou-se na década de 1990, em decorrência da disseminação do vírus HIV entre os indivíduos pertencentes aos grupos LGBT. Esse período foi marcado pela discriminação dos homossexuais e a excessiva patologização dos sujeitos que vivem com HIV, considerado o mal da década. O recrudescimento da doença gerou um estigma das relações homoafetivas como aquelas marcadas pela pluralidade de parceiros e o exercício constante da atividade sexual. A conjugalidade monogâmica e estável das relações homoafetivas era vista como inconcebível no imaginário popular, segundo destaca Uziel et. al (2006). Ao mesmo tempo, e até de forma contraditória, o debate sobre a institucionalização dessas relações foi inserido na esfera pública, causando discussão nas casas parlamentares. Entretanto, resiste-se, ainda, a visualizar os elos homoafetivos como estáveis e detentores dos mesmos direitos dos casais heterossexuais.

Segundo acentua Maria Berenice Dias (2016b), a sexualidade é apenas uma faceta das funções parentais, das quais também se destacam a conjugalidade e a afetividade. Desse modo, assim como as relações heterossexuais não se reduzem ao vetor da sexualidade, os vínculos homoparentais não devem ser analisadas pelo estigma da promiscuidade e instabilidade conjugal. Por fim, é constantemente apresentado um argumento de ordem legal: afirma-se que a Constituição, no §3º do artigo 226, restringiu o conceito de família à união estável entre homem e mulher. Contudo, como afirma Suzana Borges Viegas de Lima (2009), o arrolamento apresentado é meramente explicativo, não constituindo um rol taxativo a respeito do conceito familiar. Prioriza-se, assim, o desenvolvimento das relações sociais no tempo. Nessa vertente, observa-se que novos fatos são impostos ao direito, sendo necessário que este pacifique tais questões.

A esse respeito, vale ressaltar que, no movimento LGBT, não se demonstrou pacífico o pleito para a inserção - ou até mesmo equiparação - das famílias homoafetivas ao modelo tradicional. Enquanto alguns desejavam garantir a incidência das normas existentes aos relacionamentos homossexuais, outros pugnavam pela desconstrução do próprio conceito de família - entendida, nesse ponto, como patriarcal - e o afastamento da comunidade LGBT daquele referencial familiar responsável pela sua exclusão. Nada obstante a importância da segunda corrente de pensamento, é necessário destacar que a sua aplicação, por exigir uma mudança estrutural da sociedade, pode gerar efeitos contrários aos objetivos, culminando na exclusão dos indivíduos e pares homoparentais da proteção jurídica à entidade familiar e ao exercício da parentalidade (Uziel et. al, 2006).

Pode-se afirmar que a homoparentalidade adquire vários contornos na atualidade, não se restringindo às hipóteses de dois pais ou duas mães. Também é possível a adoção por apenas um pai ou uma mãe. Isto, como salientado por Ana Carla Harmatiuk Matos (2006), em diversos casos, constitui uma forma estratégica para obter a guarda da criança. Pois, evitando a exposição da vida privada, o adotante não passa pela possível rejeição por parte do Poder Judiciário. Nesse sentido, a adoção unilateral, formada por apenas um adotante, expressa uma das primeiras formas de exercício da parentalidade homossexual. A fim de não sofrer a resistência dos juízes em reconhecer a parentalidade de casais homoafetivos, apenas um indivíduo da relação se dispunha a realizar a habilitação ao processo de adoção.

Tal situação, evidentemente, não atende ao melhor interesse da criança e gera determinadas controvérsias. Conforme realça Maria Berenice Dias (2016b), a criança, uma vez introduzida no lar adotivo, passa a conviver com o companheiro do adotante e, por conseguinte, a desenvolver laços afetivos, formando a paternidade socioafetiva e o parentesco por afinidade. Entretanto, caso haja a morte do companheiro não registrado como adotante ou a separação, o filho, apesar do elo desenvolvido, não tem direito a perceber os alimentos, direitos sucessórios e previdenciários daquele. E, mais, na hipótese de falecimento do adotante, a criança será considerada órfã, ainda que tenha desenvolvido vínculos com o companheiro do pai registrado.

Alfim, presente as considerações, cabe o atendimento ao melhor interesse da criança. Como será abordado adiante, este representa uma cláusula que permeia as relações parentais no direito civil. Assim, o não reconhecimento da afetividade representa uma dupla violação, pois restringe a igualdade de direitos e a autonomia de vontade do sujeito e impede o gozo de direitos pela criança, privada de ter uma família, sendo tal fato considerado um dos principais problemas da adoção no Brasil. Isso pode ser percebido, como mencionado, em casos de adoções monoparentais realizadas para superar a resistência do Judiciário ao reconhecimento dos laços homoafetivos, visto que o registro da criança ocorre tão somente no nome de um pai ou mãe (DIAS, 2016b).

4 A INTEGRAL POSSIBILIDADE JURÍDICO-PSICOSSOCIAL DA ADOÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PARENTALIDADE

Tendo em vista o exposto, é possível visualizar que discussão sobre a adoção passa anteriormente pela análise sobre o direito fundamental à parentalidade. Como já mencionado no artigo, é inegável a influência da família nos pilares da história da sociedade, sofrendo modificações na sua estrutura ao longo do tempo. Sendo observada, ao longo do seu desenvolvimento, uma exclusão sistemática de diversos modelos familiares, tendo enfoque especial neste texto as famílias homoafetivas. Com a Constituição de 1988 o afeto, o amor, a construção conjunta de projetos de vida tornou-se fatores caracterizadores dos núcleos familiares. Nesse contexto, a parentalidade ganha um aspecto central, não mais vinculada à mera transmissão de patrimônio ou a criação de mais mão de obra, mas sim como elemento

materializador do amor e da felicidade formadores do ambiente familiar.

Como já citado, a proibição do exercício deste direito à parentalidade a um grupo de pessoas é violador de princípios, como a dignidade da pessoa humana e igualdade. Isso porque nega de maneira discriminatória e arbitrária a vontade livre, a capacidade do indivíduo de se autodeterminar, em conformidade com a representação de certas leis (BARROSO, 2010), além do mais, impede a plena instituição do conceito pluralista de família.

No que se refere aos casais e indivíduos homossexuais, a adoção revela-se como uma das alternativas para concretização do direito fundamental à parentalidade. Ela consiste num molde de filiação fundado na afetividade, tratando-se de um parentesco eletivo, ou seja, decorre da vontade afetiva que desencadeia efeitos jurídico-familiares. A sua respectiva disciplina legal é encontrada na Constituição, no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e na Lei 12.010/2009 (Lei da Adoção), diplomas importantes, uma vez que balizam a discussão sobre família, proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente.

A principal discussão jurídica e legal sobre o tema referia-se ao disposto no artigo 1.622 do Código Civil e o §2º do artigo 42 do ECA, os quais determinam a necessidade de a adoção conjunta ser realizada por duas pessoas unidas pelo vínculo do casamento ou que formem união estável. No primeiro momento, não se reconhecia oficialmente a união homossexual como estável, assim muitas decisões versavam sobre a impossibilidade da adoção conjunta, mas os julgados do STJ⁶ e STF⁷ que atribuíram os efeitos da união estável à união homoafetiva derrubaram este primeiro entrave. Além do mais, a adoção se fará tendo em vista, principalmente, os interesses do adotado, em conformidade ao já citado princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Isso significa que será observada a estabilidade do lar em questão, as possibilidades de receber assistência econômica e, sobretudo, afetiva: um núcleo de amor, cuidado, convivência e responsabilidade.

⁶ REsp 820.475/RJ, REsp 238.715/RS e REsp 395.904/RS. Nesse sentido o STJ reconheceu a possibilidade jurídica da União Estável por analogia. Assim, o Tribunal afirmou que observados os requisitos legais do artigo 1.723 do CC de 2002 deve ser aplicado o regime da União Estável. Vale ressaltar que, no ano de 2010, duas decisões do STJ afastaram o reconhecimento da união estável, tratando a união homoafetiva como sociedades de fato REsp 633.713/RS e REsp 704.803/RS. Contudo, posteriormente o STJ fixa o entendimento jurisprudencial pela possibilidade jurídica da União Estável.

⁷ Em 2011, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277, reconheceu que a união homoafetiva é entidade familiar, logo deve receber proteção do regime jurídico da União Estável. Decisão, a qual possuía eficácia *Erga omnes* e efeito vinculante.

Outro aspecto é o direito que toda criança e todo adolescente têm de ser adotado, caso não possuam pais biológicos ou quando estes não forem aptos a exercer essa função. Tal entendimento decorre do disposto no artigo 227 da CF/1988 e do artigo 19 do ECA. Assim, o Estado deve garantir uma criação condigna que lhe garanta o desenvolvimento de todas as suas aptidões. Sabe-se que os orfanatos estatais não possuem a capacidade de garantir tais circunstâncias, como atestam Maria Tereza Maldonado e Adolf Guggenbuhl-Craig:

“(...) Bebês criados em orfanatos em geral recebem estimulação deficiente em termos de contato humano; muitas pessoas cuidam dos nenês de modo impessoal, não falam nem brincam com eles e os alimentam mecanicamente. A imensa maioria dos bebês criados nessas condições cresce com problemas emocionais graves em geral caracterizados por uma recusa ao contato com pessoas, completa apatia e incapacidade de formar vínculos afetivos” (MALDONADO, Maria Teresa, p.64, 1996)

“(...) Estas fantasias criativas, ou circum-ambulação imaginativa do parceiro, são da maior importância em qualquer relacionamento humano. (...) Todo mundo tem necessidade de fantasiar sobre si mesmo, de circundar e despertar seu próprio potencial de forma mitológica ou como num conto de fada. Uma das tragédias da vida de crianças de orfanato é que ninguém tece tais fantasias em torno delas, de modo que quase nunca seu potencial é despertado. Essas crianças poderão tornar-se adultos bem comportados, mas psiquicamente só estão vivas pela metade” (GUGGENBUHL-CRAIG, Adolf, pp. 54-56, 1978).

A discussão sobre a possibilidade da adoção por casais homoafetivos não é encontrada apenas no cenário contemporâneo. Em 1998, a jurisprudência brasileira já havia se manifestado sobre o assunto. Neste caso, ocorrido no Rio de Janeiro, um professor homossexual realizou pedido de adoção de criança com 10 anos de idade, sendo deferido na primeira instância. Entretanto, o Ministério Público recorreu com base unicamente na sexualidade do adotante, a qual, segundo o *parquet*, impediria o pleno desenvolvimento infantil e colocaria a criança em risco. Tais alegações não foram acatadas, negando-se o provimento do recurso no Segundo Grau da jurisdição, como pode ser observado na ementa abaixo:

ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. ALEGAÇÃO DE SER HOMOSSEXUAL O ADOTANTE. DEFERIMENTO DO PEDIDO. Recurso do Ministério Público. 1. **Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. [...] 3. A afirmação**

de homossexualidade do adotado, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho (sic) à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Apelo improvido. (Apelação Cível 1998.001.14332, Rel. Des. Jorge Magalhães, Julgamento: 23/03/1999, 9. Cível, TJRJ. *grifo nosso*).

Ainda sobre o tema, no ano de 2006, foi registrada a primeira adoção formada por duas pessoas do mesmo sexo, ou seja, a possibilidade da adoção conjunta. Neste caso paradigmático, um casal de lésbicas, que mantinham uma relação estável desde 1998, postulou a adoção de dois menores, os quais já eram filhos adotivos de uma das companheiras. O resultado do julgamento da apelação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é fundamental, pois, além de confirmar o pedido feito pelas autoras, fez constar no registro de nascimento das crianças os nomes de ambas as mulheres. Como já defendido por Maria Berenice Dias, a Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) não proíbe a inclusão dos nomes dos pais ou das mães no registro, assim, não pode ser óbice à adoção (DIAS, 2016a). Reforça-se, por oportuno, que tal decisão foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial no ano de 2009. A ementa do TJ-RS pode ser verificada em seguida:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. [...] Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). [...]. (TJRGS, Apelação Cível. Sétima Câmara Cível nº 70013801592, origem comarca de Bagé, Rel. Des. Luis Felipe Brasil Santos, julgado em 5 de abril de 2006).

Por fim, no ano de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, afirmou que a mera referência ao princípio do interesse superior da criança sem qualquer prova da existência de prejuízos concretos às crianças ou aos adolescentes resultantes da conduta do possível adotante por conta da sua orientação sexual não pode ser uma base válida para negar a guarda ou tutela a pares ou indivíduos

homoafetivos. Dessa forma, é necessário um risco real e provado e não meramente especulativo.

“A Corte Interamericana observa que embora o ‘interesse superior da criança’ seja, em abstrato, um fim legítimo, a mera referência ao mesmo sem provar, concretamente, os riscos ou danos que poderiam decorrer da orientação sexual da mãe para as filhas não pode servir de medida idônea para a restrição de um direito protegido como o de poder exercer todos os direitos humanos sem discriminação alguma pela orientação sexual da pessoa”, pois “*O interesse superior da criança não pode ser utilizado para amparar a discriminação contra a mãe ou o pai pela orientação sexual de qualquer deles*. Desse modo, o julgador não pode tomar em consideração esta condição social como elemento para decidir sobre a guarda ou custódia (...) **Uma determinação a partir de presunções infundadas e estereotipadas sobre a capacidade e idoneidade parental de poder garantir e promover o bem-estar e desenvolvimento da criança não é adequada para garantir o fim legítimo de proteger o interesse superior da criança**. A Corte considera que não são admissíveis as considerações baseadas em estereótipos sobre a orientação sexual, a saber, pré-concepções sobre os atributos, as condutas ou características das pessoas homossexuais ou o impacto que estes presumivelmente possam ter sobre as filhas e os filhos” (Tradução feita por Paulo Vecchiatti, p. 485, *grifo nosso*)

Outras importantes observações são feitas no cenário internacional. De acordo com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Laskey, Jaggard Vs. Reino Unido*, tanto a orientação sexual quanto seu exercício são aspectos relevantes da vida privada. Dessa forma, a proteção contra os atos discriminatórios não deve ser visualizada apenas nas situações de tratamento pejorativo e preconceituoso, mas também, como observa Paulo Vecchiatti (2012), no momento em que essas pessoas decidem desenvolver, participar e adotar atos e fatos privados já conhecidos, mas que *a priori* seriam visualizados apenas para heterossexuais, como a união estável e a adoção.

Sobre tal observação, é preciso lembrar que a doutrina reconhece a chamada eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, consistindo na aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, isto é, cabe assegurar a observância do regular cumprimento dessas normas e princípios constitucionais, inclusive na seara privada. Nesse contexto, deve-se o respeito à identidade social, o desenvolvimento e autonomia pessoal, a qual inclui o direito de manter relações homoafetivas. Destarte, a orientação sexual é um componente essencial da identidade, autodeterminação, liberdade e existência, trata-se de um fato da vida privada que se estende ao público, jamais justificante do impedimento de um livre exercício

de ações e convicções previstas no ordenamento jurídico, dentre elas, a adoção.

O estudo da jurisprudência demonstra que muito dos argumentos utilizados pela parte contrária ao processo de adoção por casais ou pessoas homossexuais são desenvolvidos sob o puro preconceito e estereótipos, sem qualquer amparo legal ou preocupação real com a criança. É verdade que esse mesmo estudo também mostra resultados positivos sobre o posicionamento das cortes brasileiras. Conquistas como a união estável, o casamento e o posicionamento favorável à adoção na maioria dos casos são importantes, mas não significam a pacificação de todas as discussões sobre as “novas” famílias, sendo preciso lembrar que ainda nos encontramos numa sociedade lesbohomobitransfóbica e patriarcal.

Durante todo processo que resultou na possibilidade da união estável e da adoção, inúmeros foram os percalços encontrados por homossexuais para terem como reconhecidos seus direitos e garantias fundamentais. Embora não seja o tema principal do presente artigo, decisões anteriores sobre a união estável demonstram o pensamento jurídico de diversos tribunais e magistrados, que têm como base a necessidade da diversidade de sexos para uniões adultas⁸, a impossibilidade jurídica do pedido porque casais homossexuais não poderiam procriar⁹, interpretação literal da lei e do instituto jurídico¹⁰. Estes acórdãos revelam-se importantes para se observar qual foi a postura do judiciário durante muito tempo sobre as famílias homoafetivas; opiniões, infelizmente, ainda defendidas por setores da sociedade, dentre eles, juristas, políticos e cidadãos comuns.

Como bem observa Adilson José Moreira (2010), estas decisões instituíram a heterossexualidade como uma forma de identidade normativa, definindo qual o modelo de

⁸ STJ, Recurso Especial no 323.370, Órgão Julgador: 3ª Turma, Relator: Barros Monteiro, DJ 02/10/2006 (afirma que questões relacionadas com uniões homoafetivas devem ser analisadas pelas varas cíveis porque essas uniões não podem ser consideradas como entidades familiares em função da definição legislativa da união estável que pressupõe a diversidade de sexos); TJMT, Conflito de Competência no 2003.00.2.009683-5; Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relator: Fernando Habibe, 10/12/2003 (afirma que as uniões entre pessoas do mesmo sexo não podem ser reconhecidas como uniões estáveis porque a definição legal dessa instituição pressupõe a dualidade de sexos).

⁹ TJPB, Apelação Cível no 200.2004.018714-4/001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Antônio Elias de Queiroga, DJ 08/05/2008 (argumentando que uniões homoafetivas não podem ser classificadas como uniões estáveis devido à impossibilidade jurídica de tal pedido).

¹⁰ TJMG, Apelação Cível no 2.000.00.465188-5/000(1), Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível, Relator: Pereira da Silva, 20.02.2007 (afirma que a definição legislativa da união estável requer uma interpretação literal da legislação regulando essa instituição). TJRN, Apelação Cível no 02.001241-1, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Caio Alencar, 21/08/2002 (afirma que a exclusão dos casais homossexuais da união estável não viola o princípio da igualdade porque os casais homossexuais não podem fazer parte dessa instituição na forma como ela está definida).

família a ser protegido pelo Estado. Verifica-se a compreensão do espaço familiar pautado em papéis naturais ocupados por homens e mulheres, o que torna a heterossexualidade um requisito para o acesso a direitos e uma característica imprescindível para se configurar enquanto sujeito de direito, buscando a construção de uma identidade universal. Destarte, este discurso jurídico cumpre o papel da reprodução do poder patriarcal, ao defender um modelo de família fundado na divisão de papéis sexuais, homem e mulher, e na hierarquia entre os sexos.

É a partir da compreensão desses símbolos, códigos, significados presentes no atual sistema social e cultural que se pode visualizar os empecilhos encontrados na consolidação da homoparentalidade e da pluralidade familiar. São representações políticas e discursivas, que quando descritas fixam os critérios de um padrão; uma norma, na qual apenas algumas características socioculturais são protegidas e valorizadas. Como atestado por Butler, o que não for reconhecido dentro desse sistema será excluído e estigmatizado (BUTLER, 2003). Nessa esteira, famílias homoparentais e a possibilidade da adoção pelas mesmas são vistas sob olhar do mais puro preconceito. São verificados inúmeros argumentos ligados ao senso comum, mitos sociais sobre as consequências dessa forma de parentalidade sobre as crianças adotadas, os quais jamais obtiveram qualquer comprovação.

Dentre eles, o primeiro a ser analisado é a subjetiva opinião de que a homossexualidade dos pais adotivos prejudicaria o livre desenvolvimento do menor, o qual seria influenciado a “tornar-se” homossexual. Um prejuízo decorrente da ausência de uma figura paterna ou materna. Não é difícil perceber a inexistência de justificativa lógica para este argumento, pois ignora e não explica a existência de filhos homossexuais criados em família heteroafetivas; filhos heterossexuais em famílias monoparentais, as quais não contam ou com a figura materna ou paterna; e os filhos heterossexuais em casais homoafetivos. Trata-se de tese totalmente infundada e equivocada.

O brilhante magistrado Roger Raupp Rios, traz conclusões que elucidam as impropriedades e preconceitos de argumentos levantados contra a adoção por homossexuais:

De fato, nas disputas judiciais envolvendo a temática de nosso estudo, tem-se alegado contra a possibilidade de adoção por homossexuais argumentos de variada matiz, tais como (1) perigo potencial de a criança sofrer violência sexual, (2) o risco de influenciar-se a orientação sexual da criança pela do adotante (3) a incapacidade de homossexuais serem bons

país e (4) a possível dificuldade de inserção social da criança em virtude da orientação sexual do adotante.

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

Com relação à influência da orientação sexual do adotante na definição da identidade sexual da criança, estudos têm mostrado que filhos de pais homossexuais não têm probabilidade maior de se tornarem homossexuais que os filhos de pais heterossexuais (...) [o mesmo relatório aponta para diversos estudos, como “Children in Lesbian and Single-Parents Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal”, que, em tradução livre, significa “Crianças em Lares Lésbicas e de Pais Solteiros: Avaliação Psicossocial e Psiquiátrica”].

Acerca da incapacidade de homossexuais exercerem com habilidade e sucesso a paternidade, existem também vários estudos comprovando o erro na suposição que gays e lésbicas seriam pais inadequados ou seriam incapazes de bem desempenhar essas funções [como o de Harris e Turner, “Gay and Lesbian Parents”, que significa “Pais Gays e Lésbicas”]. (...) Por fim, a ideia de que a orientação sexual do adotante acarretaria dificuldades insuperáveis à criança quando de sua inserção foi referida acima, quando se mencionaram os estudos de Kevin F. McNeill, que demonstram *inexistir diferenças significativas quanto à inserção na comunidade e a orientação sexual dos pais* [estudo “Lack of Differences Between Gay/Lesbian and Heterosexual Parents: A Review of Literature”; “A Ausência de Diferenças entre Pais Gays/Lésbicas e Heterossexuais: Uma Retrospectiva da Literatura]. (RIOS, Roger, pp.141-143, 2001, *grifos nossos*)

Nesse contexto, opositores utilizam-se do pressuposto de que haveria uma insuficiência de estudos sobre as famílias homoparentais para defender o impedimento da adoção e da guarda de crianças. Entretanto, ignoram-se as pesquisas realizadas a fim de atestar a irracionalidade destes temores. São trabalhos desenvolvidos principalmente na área da psicologia, com resultados sólidos e expressivos, tratando da comparação entre o desenvolvimento psicossocial infantil em núcleos familiares homo e heterossexuais, porém desconsiderados por operadores do Direito e por grande parcela da sociedade.

Nesse sentido, cita-se um dos mais importantes e recentes estudos: *The Lack of Differences Between Gay/Lesbian and Heterosexual Parents: A Review of the literature* de Kevin F. McNeill, o qual traz os resultados encontrados em diversas pesquisas sobre o assunto, nas quais fica evidente a completa ausência de prejuízos a crianças e adolescentes

pelo simples fato de serem criados (as) por casais homoafetivos. A título de exemplo:

(i) sobre casais homoafetivos formados por lésbicas: Strong & Schinfeld – 1984, Harris & Turner – 1986, Shavelson, Biaggio, Cross, & Lehman – 1980, Pagelow – 1980, Kweskin & Cook – 1982, Green, Mandel, Hotvedt, Gray, & Smith – 1986, Peters & Cantrell – 1991, Patterson – 1995a, McNeill, Rienzi, & Kposowa – 1998; (ii) sobre casais homoafetivos formados por gays: Miller – 1979, Mallen – 1983, Skeen & Robinson – 1984, Bigner & Jacobsen – 1989a, Bigner & Jacobsen – 1989b, Bigner & Jacobsen – 1992, Crosbie-Burnett & Helmbrect – 1993, Bailey, Bobrow, Wolfe, & Mikach – 1995; (iii) sobre desenvolvimento de crianças de pais homossexuais e heterossexuais: Weeks, Derdeyn, & Langman – 1975, Miller – 1979, Kirkpatrick, Smith, & Roy – 1981, Hoefffer – 1981, Miller, Jacobsen, & Bigner – 1982, Golombok, Spencer, & Rutter – 1983, Harris & Turner – 1986, Pennington – 1987, Bozett – 1988, Huggins – 1989, Bailey, Bobrow, Wolfe, & Mikach – 1995, Flaks, Ficher, Masterpasqua, & Joseph – 1995, Patterson – 1995c, Tasker & Golombok – 1995, Patterson & Mason, Chan, Raboy, & Patterson. Todos eles concluíram pela ausência de diferenças nas pessoas criadas por casais homoafetivos em relação àquelas criadas por casais heteroafetivos por conta unicamente do fato de terem sido criadas por um casal homoafetivo. (VECCHIATTI, Paulo, p.492-493, 2012, grifos nossos)

Como bem observa Zambrano (2008), o conjunto de pesquisas aponta em uma direção semelhante, de modo que seus resultados deram suporte para manifestação oficial de diversas entidades norte-americanas de profissionais da Psicologia, Antropologia e Direito, as quais defenderam a liberação da adoção por homossexuais. É verdade que existe a discussão sobre a vasta gama metodológica utilizada em cada uma das pesquisas, mas o que deve ser visualizado não é o resultado isolado, mas sim o plano factual gerado pelo acúmulo de todas as constatações. Frisa-se, então, o reconhecimento do modelo pluralista de família, como bem observa Paulo Vecchiatti:

“Tais observações demonstram que o Direito, por meio do Legislativo e do Judiciário, tendo a isonomia e a dignidade da pessoa humana como bases, deve acompanhar o fato social independentemente do que pensa ou deixa de pensar parte da sociedade a respeito do tema (ainda que seja majoritária esta parte), donde fica evidente que o preconceito social contra a homossexualidade não pode ser usado como justificativa para proibir a adoção por casais homoafetivos.” (VECCHIATTI, 2012, p. 481)

5 CONCLUSÃO

Como extensivamente evidenciado, as contundentes heranças do Direito Canônico e do Código Civil de 1916, por um longo período, se reverberaram no momento da restrição de

direitos e garantias aos indivíduos alheios à heteronormatividade intrínseca àqueles códigos. Apesar da revogação dos diplomas mencionados, e do progressivo avanço da sociedade no sentido de levar a família muito além do trinômio sexo-casamento-procriação, a negação das famílias homoafetivas ainda se mostra presente no direito pátrio. Dessarte, por meio do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002, do ECA, da Lei de Adoção (nº 12.010) e ainda os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, bem como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, sobeja concretizado que o não reconhecimento da família formada por dois indivíduos do mesmo sexo configura restrição de direitos sem qualquer amparo em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a parentalidade e a filiação de indivíduos ou casais homoafetivos decorrem do próprio reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento jurídico brasileiro. Entende-se que o elo estabelecido entre pais e filhos é um direito fundamental de ambos, tendo em vista a autodeterminação garantida aos cidadãos para a formação do núcleo familiar e a constituição do projeto de vida. Nessa vertente, a homoparentalidade pode ser expressa de várias formas, entre as quais encontram-se a monoparentalidade. Esta é vista, inclusive, como uma alternativa à relutância do Poder Judiciário quanto ao reconhecimento dos vínculos afetivos, o que compele os adotantes a tomar medidas muitas vezes não adequadas ao atendimento do melhor interesse da criança. Para a superação destes obstáculos, é necessário que haja a compreensão de que as relações homoparentais, assim como as heterossexuais, devem ser analisadas sob as facetas da conjugalidade, afetividade e sexualidade. Não se pode, portanto, utilizar a atividade sexual como maneira de limitar direitos fundamentais dos sujeitos homoafetivos.

Por fim, por meio dos estudos psicossociais e da aplicação dos princípios constitucionais da isonomia, dignidade da pessoa humana e proteção integral da criança e do adolescente sem discriminação arbitrária, fixam-se os balizadores essenciais para as constatações realizadas. Destarte, sustentar a união homoafetiva como não possuidora do status de entidade familiar, negando aos seus membros a possibilidade de exercitar os sentimentos de maternidade ou paternidade, bem como impedir aos infantes o direito de ter uma família, demonstra discriminação ilegítima, ou, no mínimo, falta de informações adequadas sobre o atual estágio do conhecimento científico e social na temática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BENTO, Maria Aparecida Silva. A mulher negra no mercado de trabalho. Estudos Feministas, Florianópolis, 3, p. 479-488, dezembro, 1995.

BRASIL. 5ª Vara de Famílias, Sucessores, Órfãos, Interditos e Ausentes de Salvador/BA. Número do processo não informado. C. M. D. L., P. A. P. S. e M. C. A. P. S. Juiz de Direito: Antônio Mônaco Neto. 12 de abril de 2012. Disponível em: <https://goo.gl/qJC2KE>. Acesso em 13 de março de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 820.475/RJ, 4ª T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, DJ 02/09/2008. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 323.370, Órgão Julgador: 3ª Turma, Relator Min. Barros Monteiro, DJ 02/10/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 395.904/RS, Relator Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6º Turma, DJ 06/02/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 633.713/RS, Rel. Des. Convocado Min. Vasco Della Giustina, DJ 16/12/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 704.803/RS, Rel. Des. Convocado Min. Vasco Della Giustina, DJ 16/12/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 238.715, RS, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 02.10.06

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data da Publicação: 14 de outubro de 2011, DJe 198.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. Data de Julgamento: 24 de abril de 2009. Data de Publicação: 07 de maio de 2009, DJe 83.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. In: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Apelação Cível no 200.2004.018714-4/001, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator: Antônio Elias de

Queiroga, DJ 08/05/2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível no 2.000.00.465188-5/000(1), Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível, Relator: Pereira da Silva, 20.02.2007.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0013458-56.1998.8.19.0000(1998.001.14332), Rel. Des. Jorge Magalhães, Julgamento: 23/03/1999.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0013458-56.1998.8.19.0000(1998.001.14332), Rel. Des. Jorge Magalhães, Julgamento: 23/03/1999.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Apelação Cível no 02.001241-1, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Caio Alencar, 21/08/2002.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Sétima Câmara Cível nº 70013801592, origem comarca de Bagé, Rel. Des. Luis Felipe Brasil Santos, julgado em 5/04/2006.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Sétima Câmara Cível nº 70013801592, origem comarca de Bagé, Rel. Des. Luis Felipe Brasil Santos, julgado em 5/04/2006.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Conflito de Competência no 2003.00.2.009683-5; Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível, Relator: Fernando Habibe, 10/12/2003.

BUTLER, J. Problemas do Gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003. 236 p.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.

_____. Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBT. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016b.

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

FACHIN, Melina Girardi. O direito homoafetivo à luz dos princípios constitucionais: a policromia da fotografia da família contemporânea na moldura constitucional. In: Ferraz, Carolina Valença (Org.). Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUGGENBUHL-CRAIG, Adolf. O abuso do poder na psicoterapia – e na medicina, serviço social, sacerdócio e magistério. Trad. Roberto Gambini. Rio de Janeiro, Achiamé, 1978. 144 p.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. Por um estatuto jurídico das homoafetivas: uma perspectiva civil-constitucional. In: Frederico Henrique Viegas de Lima. (Org.). Direito Civil Contemporâneo. 1ªed. Brasília: GranCursos/Encanto das Letras, 2009, p.365-361.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MALDONADO, Maria Teresa. Como cuidar de bebês e crianças pequenas, 3.ª Edição, 1996. 121 p.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e homossexualidade. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 5., 2006. Anais. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

McNEIL, Kevin. The Lack of Differences Between Gay/Lesbian and Heterossexual Parents: A Review of the literature. Estudo disponível no endereço: <<http://www.ibiblio.org/gaylaw/issue6/Mcneill.htm>> . Acessado em 16/03/2017.

MOREIRA, Adilson. A construção jurídica da heterossexualidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a.47, n.188, p.45-68, out./dez. 2010.

NADAUD, Stéphane. Homoparentalité: une nouvelle chance pour la famille? Paris: Fayard, 2002.

OLIVEIRA (União estável e seus reflexos no Direito Penal, p. 14) apud DIAS, Maria Berenice, União Homossexual - O Preconceito & a Justiça, 3ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 01 de abril de 2017.

PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974.

RIOS, Roger Raupp. A Homossexualidade no Direito, 1.ª Edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 272p.

TAVARES, Osvaldo Hamilton. A influência do Direito Canônico no Código Civil brasileiro. Justitia, São Paulo, 47, 132, p. 49-56, dezembro, 1985.

UZIEL, Anna Paula et al. Parentalidade e conjugalidade: aparições no movimento homossexual. Horizontes antropológicos. [online]. 2006, vol.12, n.26, pp.203-227.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012.

ZAMBRANO, Elizabeth. “Nós também somos família”: Estudo sobre a parentalidade

homossexual, travesti e transexual. 2008. 236 p.. Monografia (Especialização em Antropologia Social)- Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

_____, Elizabeth. Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. Revista Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, a.12, n.16, p.123-147, jul./dez. 2006.