

FUNDAÇÃO DE ENSINO 'EURÍPIDES SOARES DA ROCHA'
CENTRO UNIVERSITÁRIO 'EURÍPIDES DE MARÍLIA' – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

EMERSON CLAIRTON DOS SANTOS

**ADOÇÃO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: DIREITO AO AFETO
E PARENTALIDADE**

MARÍLIA
2015

EMERSON CLAIRTON DOS SANTOS

ADOÇÃO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: DIREITO AO AFETO
E PARENTALIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Construindo o saber jurídico

Orientadora:

Professora Doutora Iara de Toledo

MARÍLIA

2015

EMERSON CLAIRTON DOS SANTOS

ADOÇÃO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: DIREITO AO AFETO
E PARENTALIDADE

Banca examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Resultado:

ORIENTADORA: Professora Doutora Iara de Toledo

1º EXAMINADOR: Professor(a) Doutor(a)

2º EXAMINADOR: Professor(a) Doutor(a)

Marília, ___ de _____ de 2015.

SANTOS, Emerson Clairton.

Adoção nas relações homoafetivas: Direito ao afeto e parentalidade/ Emerson Clairton dos Santos: orientadora: Iara de Toledo. Marília, [s.n], 2015.
137 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2. Adoção Homoafetiva. 3. Afeto.
4. Parentalidade.



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000

Avaliação trienal - Reconhecido pela Portaria MEC nº 1.077, de 13 de setembro de 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestrando: Emerson Clairton dos Santos

Título: "Adoção nas relações homoafetivas: direito ao afeto e parentalidade".

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Aos vinte e oito dias do mês de setembro de dois mil e quinze, com início às 8h30min realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores: Dra. Iara Rodrigues de Toledo, orientadora (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM), Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM) e Dr. Ilton Garcia da Costa (UENP – Universidade Estadual Do Norte do Paraná - Jacarezinho/PR), arguiu o candidato, tendo o examinado sido Aprovado, com nota 9,5 (nove e meio). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

BANCA EXAMINADORA:

PROF^ª. DR^ª. IARA RODRIGUES DE TOLEDO (Orientadora) Iara R. de Toledo
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JUNIOR Teófilo
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA Ilton
(UENP – Universidade Estadual Do Norte do Paraná - Jacarezinho/PR)

MESTRANDO: EMERSON CLAIRTON DOS SANTOS Emerson

Marília, 28 de setembro de 2015.

Teófilo
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior
Vice-Coordenador do Mestrado
UNIVEM



Ao meu pai Ademir dos Santos e a minha mãe Maria de Fátima que me ensinaram e transmitiu o bem mais precioso, o caráter.

À minha esposa Heloise, que me incentivou e amparou nos momentos difíceis, meu eterno agradecimento.

Ao meu filho Kauê, que comprovam a cada dia, a existência do nosso amor...

AGRADECIMENTOS

Especialmente a Professora Doutora Iara de Toledo, que antes de orientadora, foi grande amiga, assegurando um norte de amor à pesquisa desenvolvida;

Aos professores da Fundação Eurípides que indicaram a fonte do saber, o caminho da pesquisa.

Aos colegas de classe, que pacientemente me ouviram e contribuíram para a solução dos conflitos internos travados diariamente.

À minha família, que me deu a base para a vida.

À minha esposa Juliana Heloise e meu filho Kauê, pela compreensão dos momentos privados pela pesquisa.

A minha irmã Greice, onde estiver certamente entende as minhas lágrimas de saudade.

*Conta a lenda que dormia
Uma Princesa encantada
A quem só despertaria
Um Infante, que viria
De além do muro da estrada.*

*Ele tinha que, tentado,
Vencer o mau e o bem,*

*Antes que, já libertado,
Deixasse o caminho errado
Por o que à Princesa vem.*

*A Princesa adormecida,
Se espera, dormindo espera.
Sonha em morte sua vida,
A orna-lhe a fronte esquecida,
Verde, uma grinalda de hera.*

*Longe o Infante, esforçado,
Sem saber que intuito tem,
Rompe o caminho fadado
Ele dela ignorado.
Ela para ele é ninguém.*

*Mas cada um compre o Destino-
Ela dormindo encantada
Ele buscando-a sem tino
Pelo processo divino
Que faz existir a estrada.*

*E, se bem que seja obscuro
Tudo pela estrada fora
E falso, ele vem seguro,
E, vencendo estrada e muro,
Chega onde em sono ela mora.*

*E, inda tonto do que houvera,
A cabeça, em maresia,
Ergue a mão, e encontra hera,
E vê que ele mesmo era
A princesa que dormia.*

Fernando Pessoa (Eros e Psique)

SANTOS, Emerson Clairton. **Adoção nas relações homoafetivas: Direito ao afeto e parentalidade: construindo o saber jurídico**. 2015. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2015.

RESUMO

As lutas pelo reconhecimento social e jurídico da dimensão familiar das uniões homossexuais estão associadas à afirmação/negação do mito da complementariedade dos sexos e dos gêneros, uma vez que a competência moral e social para desempenhar as funções atribuídas à instituição familiar, especialmente no que diz respeito à parentalidade, tem sido restrita em caso de casal homoafetivo. O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade jurídica da adoção homoafetiva de maneira como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Com base na interpretação das leis e na metodologia hermenêutica, que corresponda à determinada interpretação da realidade, visa demonstrar que diante do reconhecimento da união homoafetivas, não existe fundamento válido que justifique o não reconhecimento do direito a adoção. Para isso se aborda os entendimentos construídos na literatura e na jurisprudência acerca das uniões de pessoas do mesmo sexo, atraídos pelo afeto, elemento caracterizador de qualquer entidade familiar, e não apenas a diversidade de sexo. O afeto é a exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das uniões homoafetivas e a privação desse direito à adoção se consubstanciam na maior afronta aos direitos humanos por ser instrumento de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Ao trabalhar com uma perspectiva principiológica, o estudo acaba por conduzir à necessidade do reconhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, da adoção por pessoas do mesmo sexo. A metodologia utilizada foi essencialmente hermenêutica, tendo por base as análises e os comentários de textos doutrinários e dispositivos normativos acerca do tema. O estudo integra a linha de pesquisa “Construção do Saber Jurídico” do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília.

Palavras-chave: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Adoção Homoafetiva. Afeto. Parentalidade.

SANTOS, Emerson Clairton. **Adoção nas relações homoafetivas: Direito ao afeto e parentalidade: construindo o saber jurídico.** 2015. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2015.

ABSTRACT

The struggles for social and legal recognition of family life of homosexual unions are associated with the assertion / negation of the myth of complementarity of the sexes and genders, since the moral and social competence to perform the functions assigned to the family institution, especially in respect to parenting, has been restricted in the event of homoafetivo couple. This paper aims to examine the legal possibility of adopting homoafetiva way based on the principle of human dignity, the principle of equality and the principle of the best interests of the child and adolescent. Based on the interpretation of laws and hermeneutic methodology, corresponding to the determined intepretação of reality, seeks to establish that before the recognition of homoafetivas union, there is no valid ground to justify the non-recognition of the right to adoption. For this approach to the understandings constructed in literature and jurisprudence about the unions of people of the same sex attracted by affection, characterizing element of any family unit, not just the diversity of sex. The affection is the externalization of being and living, so that the marginalization of homoafetivas unions and deprivation of the right to adoption are embodied in the greater affront to human rights by being an instrument of violation of the principles of human dignity and equality. When working with a principled perspective, the study ultimately leads to the need for recognition in the contemporary Brazilian legal system, the adoption by same-sex. The methodology used was essentially hermeneutic, based on the analyzes and comments of doctrinal texts and regulatory provisions on the subject. The study integrates the line of research "Construction of Legal Knowledge" Master's Program in Law of the University Center Eurípides of Marilia.

Key-words: Principle of Human Dignity. Homoafetiva adoption. Affection. Parenting.

SANTOS, Emerson Clairton. **Adoção nas relações homoafetivas: Direito ao afeto e parentalidade: construindo o saber jurídico.** 2015. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2015.

RESUMEN

Las luchas por el reconocimiento social y jurídico de la vida familiar de las uniones homosexuales están asociados con la afirmación / negación del mito de la complementariedad de los sexos y los géneros, ya que la competencia moral y social para llevar a cabo las funciones asignadas a la institución familiar, sobre todo en respecto a la crianza de los hijos, se ha restringido en el caso de homoafetivo pareja. Este artículo tiene como objetivo examinar la posibilidad legal de adoptar forma homoafetiva basado en el principio de la dignidad humana, el principio de igualdad y el principio del interés superior del niño y el adolescente. Sobre la base de la interpretación de las leyes y la metodología hermenéutica, que corresponde a la decidida interpretação de la realidad, pretende demostrar que antes del reconocimiento de la unión homoafetivas, no hay ninguna razón válida para justificar el no reconocimiento del derecho a la adopción. Para este enfoque de los entendimientos construidos en la literatura y la jurisprudencia sobre las uniones de personas del mismo sexo, atraídos por el afecto, elemento de cualquier unidad de la familia, no sólo la diversidad de sexo caracterizan. El afecto es la exteriorización de ser y de vivir, por lo que la marginación de homoafetivos sindicatos y la privación del derecho a la adopción se encarna en la mayor afrenta a los derechos humanos por ser un instrumento de violación de los principios de la dignidad humana y la igualdad. Cuando se trabaja con una perspectiva basada en principios, el estudio en última instancia conduce a la necesidad de reconocimiento en el ordenamiento jurídico brasileño contemporáneo, la adopción por personas del mismo sexo. La metodología utilizada fue esencialmente hermenéutica, con base en los análisis y comentarios de textos doctrinales y disposiciones reglamentarias sobre la materia. El estudio integra la línea de investigación "Construcción de Conocimiento Legal" Programa de Maestría en Derecho de la Universidad del Centro de Eurípides de Marília.

Palabras-clave: Principio de la Dignidad Humana. Adopción Homoafetiva. Afecto. Parenting.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E FUNDAMENTOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	16
1.1Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.....	16
1.1.1As três dimensões (ou gerações) dos direitos fundamentais.....	18
1.1.2 Compreensão dos direitos fundamentais.....	21
1.1.3 Discricionariedade (conveniência e oportunidade) na prestação dos direitos fundamentais.....	26
1.1.4 Dignidade da pessoa humana como garantia fundamental.....	28
1.2 A fundamentação dos Direitos da Personalidade.....	34
1.2.1 Homossexualidade.....	39
1.2.2 Liberdade sexual: direito à identidade sexual.....	44
CAPITULO 2 – AFETIVIDADE COMO BASE DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	50
2.1 Considerações iniciais.....	50
2.2 A Família e sua evolução.....	50
2.3 O Direito Civil Constitucional.....	57
2.4 A repersonalização do direito da família: princípios da solidariedade, fraternidade, felicidade e o melhor interesse da criança e do adolescente.....	62
2.5 Pluralismo familiar.....	71
2.6 A família como entidade afetiva.....	76
2.7 A família homoafetiva.....	79
CAPITULO 3 – ADOÇÃO HOMOAFETIVA.....	85
3.1 Aspectos gerais da adoção: conceito, procedimentos e requisitos.....	85
3.2 Adoção homoafetiva e planejamento familiar.....	91
3.2.1 Percepção sobre o desenvolvimento de crianças criadas por homossexuais.....	98
3.3 Direito fundamental à parentalidade.....	100
3.4 Judicialização na efetivação dos direitos homoafetivos.....	102
3.4.1 Direito à igualdade e um breve retrospecto.....	102
3.4.2 Ações afirmativas como mecanismo de inclusão social dos homoafetivos	109
3.4.3 Judicialização da política.....	115
3.4.4 Judicialização para os homoafetivos.....	117
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	121
REFERÊNCIAS.....	125

INTRODUÇÃO

Nada obstante, as relações e adoções por homossexuais se constituem numa problemática social extremamente relevante na medida em que o assunto é bastante polêmico e controverso, não só porque envolve a paternidade/maternidade homossexual, mas também porque a própria adoção tem uma história de estigmatização. A relevância do tema esta calcada na transmutação que a entidade familiar vem sofrendo. É uma realidade social, e o ordenamento jurídico em vigor, totalmente insensível às uniões entre os homossexuais, se recusa a conferir a adequada normatização e, por via reflexa, o direito à adoção, afeto e parentalidade.

Ao longo de todo o trabalho, procurou-se demonstrar o dogmatismo redundante em negar a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo. Com base constitucional e social, a manutenção deste entendimento jurídico viola amplamente os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

No primeiro capítulo, uma análise a respeito de uma nova universalidade dos direitos fundamentais, que se assenta não apenas na titularidade de um indivíduo, mas na condição de pessoa pertencente ao gênero humano, e é com esse olhar que se permite o ingresso de “novos direitos” calcados na dignidade da pessoa humana como qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e para tanto necessitou buscar na Filosofia e, principalmente, nas interpretações filosóficas o contorno dado ao tema em questão.

A preocupação atual volta-se para o respeito aos direitos humanos em função da particularidade individuais e coletivas dos diferentes grupamentos, os quais se distinguem por fatores tais como a origem, o sexo, a opção sexual, a raça, etc.

Mostra-se de fundamental importância analisar os direitos da personalidade. São direitos destinados a dar conteúdo à personalidade e responsável por assegurar a existência humana de forma digna.

Nesse sentido, especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, em consonância com os demais princípios constitucionais, que assegura a tutela da personalidade em seus mais variados aspectos, em especial, em relação ao livre exercício da sexualidade, por trata-se de direito inerente à própria condição humana, e corolário também dos princípios da igualdade e da liberdade.

O livre exercício da sexualidade faz parte da própria concepção de dignidade da pessoa humana. É intrínseco ao indivíduo, sua manifestação está relacionado ao

desenvolvimento da própria personalidade. É interessante registrar que embora o termo homossexualidade seja de recente criação, há relatos de práticas a ela análogas em sociedade antiga. Dados secundários, relacionando informações levantadas por alguns autores que se têm debruçado sobre a questão, a fim de que se fundamente a hipótese de que a prática da homossexualidade foi muito comum até a determinada época, quando se estabeleceu que somente fosse admitida como comportamento não desviante relação afetivo-carnal entre um homem e uma mulher. A partir desse momento, a tônica da sexualidade ter-se-ia atrelada, provavelmente de modo impositivo, a um modelo de heterossexualidade, classificando-se como anormal ou imoral toda conduta destoante, o que dificulta a constituição familiar entre pessoas do mesmo sexo, privando tais minorias de direitos advindos desses relacionamentos, que normalmente são assegurados aos heterossexuais.

No segundo capítulo, foi realizado um estudo sobre a evolução da família e à influência de fatores religiosos e sexuais na sua formação, bem como modificação da instituição codificada para a constitucionalizada.

Insta convir que a Constituição Federal de 1988, confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. Nessas condições, a Constituição Federal de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos.

No terceiro capítulo, é tratada a questão da adoção homoafetiva. Ao se tratar do assunto relativo à possibilidade jurídica da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, surgem inúmeros questionamentos. Entende-se, no entanto, que esses questionamentos e hipóteses de não concessão de tais adoções, unicamente por conta de orientação sexual do(s) adotante(s).

O quarto capítulo tratará sobre a legitimidade do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais dos homoafetivos. Nesse contexto, embora o Estado adote uma constituição social, com um extenso rol de Direitos Fundamentais, na qual o constituinte outorgou ao Legislativo e ao Executivo a missão de socializar o direito, visível a omissão do Estado e das suas dificuldades efetivar os princípios constitucionais exigíveis, que, em razão desses fatores, abre-se espaço ao Poder Judiciário atuar, quando provocado.

O Estado Democrático de Direito possibilita uma nova forma de ver a

igualdade, afastando a discriminação, que em razão de orientação sexual tem seu direito em geral violado. A liberdade sexual e o direito à vida familiar não pode ser aniquilado com suporte em valores morais e religiosos. Imperiosas ações afirmativas, na perspectiva de assegurar os direitos fundamentais dos homossexuais, sendo eles o direito a orientação sexual, de não ser discriminado e tratamento igualitário.

A realidade social vem demonstrando também que nas famílias constituídas por casais homoafetivos e filhos, encontra-se presente forte e estáveis vínculos afetivos. Afetos estes, como valor jurídico, princípio implícito do Direito de Família é o que dá base à família.

A norma constitucional se propôs a viabilizar a plena realização das mais diversas necessidades do ser humano. Valendo-se dessa prerrogativa, os homoafetivos e os casais formados por pares homoafetivos vêm buscando e obtendo tratamento no contexto jurídico, esculpido na Constituição, direitos fundamentais tais como os direitos de liberdade e igualdade, que têm uma correspondência direta e mediata com a realização do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, falar em dignidade da pessoa humana, significa e importa, antes de tudo, afirmar que todos, sem discriminação têm direito à família, pautadas no afeto, solidariedade, fraternidade e felicidade entre seus membros, cuidado recíproco e a promoção do amor, incluindo o direito a parentalidade.

Note-se que ausência de lei nunca foi e nunca será motivo de se fazer justiça. Basear-se-á na suposta omissão do legislador para deixar de reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar e, por via reflexa, não lhe permitir o direito à paternidade por meio do instituto da adoção é uma dupla discriminação. Diante disso, buscou-se avançar no tema da Judicialização, uma vez que o Poder Judiciário é chamado a pronunciar-se onde o funcionalismo do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório.

Diante de todo exposto no presente trabalho, com base, ainda, na forma plural de família, conclui-se pela possibilidade de classificar como entidade familiar as uniões homoafetivas, e, com isso, conferir-lhes o direito adoção, face aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança e do adolescente.

CAPÍTULO 1 - DIREITOS FUNDAMENTAIS E FUNDAMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Historicamente, embora seja possível encontrarmos fontes mais remotas de preocupação com os direitos do homem, foi a partir da oposição social ao Absolutismo Monárquico, no século XVIII, que se pode observar a evolução das preocupações de se teorizar acerca dos direitos que merecem proteção especial do Estado.

De acordo com Brega Filho¹, o Código de Hamurabi (1690 a. C.) já consagrava um “[...] rol de direitos comuns a todos os homens, entre eles a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, prevendo a supremacia da lei em relação aos governantes”.

Ainda segundo o autor, na Grécia já havia manifestação sobre a necessidade de assegurar a igualdade e a liberdade do homem. Os interditos romanos são uma das expressões da preocupação de se tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais.

As expressões direitos humanos e direitos fundamentais fazem parte de um grupo de direitos indispensáveis à proteção da dignidade da pessoa humana, merecem uma abordagem inicial, por atenção à doutrina especializada e para evitarmos confusões no desenvolvimento do raciocínio proposto, mas antes, necessário realizarmos uma breve distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, visto não serem vocábulos sinônimos. O primeiro refere-se aos direitos reconhecidos aos homens pela lei fundamental de cada país; já os direitos humanos possuem íntima relação com documentos internacionais, direitos reconhecidos a todos os povos e em todos os tempos, independentemente do ordenamento jurídico constitucional a que se vincule o indivíduo.

Na relação entre direito positivo e o natural, segundo Coelho² o direito natural “[...] deve ser considerado o fundamento do primeiro, que assim não pode deixar de refleti-lo, sobretudo para que prevaleça o valor da justiça”. Ainda, segundo o autor, “o direito natural é considerado um mero referencial, pois não é de obrigatoriedade

¹ BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 03-05.

² COELHO, Fábio Alexandre. **Curso de rápido de hermenêutica jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2014, p. 195.

jurídica”³.

Em linhas gerais, Ingo Wolfgang Sarlet⁴ ensina:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídica que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Por certo que a diferenciação adotada por Sarlet e outros doutrinadores deve ser levada em consideração, posto que os direitos humanos trazem noções gerais de proteção ao ser humano, que devem ser adaptadas e implementadas nos textos normativos de todos os Estados, a fim de que possa garantir-se amplo acesso aos direitos básicos de todo e qualquer indivíduo.

Salienta, ainda, Sarlet⁵ que:

A efetivação dos direitos humanos encontra-se, ainda, e principalmente, na dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados, salientando-se, neste particular, uma evolução progressiva na eficácia dos mecanismos jurídicos internacionais.

Os direitos humanos concebidos como direitos naturais, no período da Escola Clássica, universalizados a partir da concepção do direito das gentes, hoje compreendemos como direitos dotados de historicidade, universalidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade. Suas raízes de proteção remontam aos direitos civis, individuais, de proteção à vida, à liberdade e à igualdade.

A propósito a lição de Troper *apud* Fábio Alexandre Coelho⁶:

O reconhecimento da existência do direito natural faz com que o homem possua direitos pelo simples fato de existir, conforme postura adotada pela vertente clássica da doutrina dos direitos humanos. Dessa forma, o poder político não cria direitos fundamentais do homem, mas apenas o consagra.

³ Idem, p. 195.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36.

⁵ Idem, p. 34.

⁶ COELHO, Fábio Alexandre. **Curso de rápido de hermenêutica jurídica.** *Op. Cit.*, p. 187.

Sob a ótica de alguns doutrinadores, os direitos fundamentais surgem como “herdeiros históricos” dos direitos humanos⁷; mantêm uma grande proximidade com a Política.

Não se pode ignorar que foram impostos politicamente no meio de ferozes lutas, de revoluções, de guerras civis e de outros acontecimentos “de rupturas”. Na luta pelas reivindicações, a lista de pessoas é muito extensa e a historiografia de qualquer país relata inúmeras mortes em nome da liberdade e da igualdade⁸.

Observa-se, com isso, que a teorização dos direitos fundamentais evolui à medida que a sociedade revela novos valores e a eles atribui a necessária proteção, sendo, desta forma, o conteúdo dos direitos fundamentais revelador dos anseios da sociedade em determinado momento histórico, razão pela qual, diante da evolução do homem e da própria sociedade há, em consequência, a evolução do quadro de direitos que merecem tutela especial do Estado.

1.1.1 As três dimensões (ou gerações) dos direitos fundamentais

A construção histórica dos direitos fundamentais e suas importantes divisões em gerações ou dimensões revelam a grandeza dos seus significados e a importância de sua eficácia e preservação.

Corroborando o assunto, válido observar o conjunto de direitos erigidos a direitos fundamentais, sendo possível a distinção, em cada momento, das dimensões dos direitos fundamentais.

Oportuno registrar, que diante das críticas e distorções doutrinárias, preferiu-se, com suporte em Paulo Bonavides⁹, a expressão dimensão dos direitos fundamentais, visto que o termo “[...] substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha introduzir apenas sucessão cronológica”.

A respeito, sobre a mutação histórica vivida por estes direitos, é interessante à observação feita por Leão Junior¹⁰: “Identificam-se, fracionadamente, os direitos de

⁷ BONHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. Atlas, 2012, p. 3.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. – São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p. 517.

¹⁰ LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **Acesso à moradia: políticas públicas e sentenças por etapas**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 29.

acordo com suas dimensões de forma cumulativa, isto é, ao estabelecer a existência de diversos graus, o surgimento de um posterior não desqualifica ou faz desaparecer o anterior”.

Assim os direitos fundamentais são classificados pela doutrina em diversas dimensões. São elas:

A primeira dimensão é fruto do pensamento liberal burguês do século XVIII, surgindo e fixando como direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado.

O poder público não deveria intervir, deveria abster-se. Nessa geração, enquadram-se os direitos civis e políticos. Alguns exemplos são: direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, posteriormente, complementados pela liberdade de expressão coletiva, e o direito à participação política¹¹.

Superado este momento histórico, com a consagração das liberdades negativas, passou-se a exigir uma ação positiva por parte do Estado, a fim de criar condições que permitissem, para a sociedade, o exercício de seus direitos.

Se os direitos de primeira dimensão consagraram a liberdade do homem perante o Estado, afastando o poder absoluto e submetendo-o ao crivo da lei, os “[...] de segunda geração partem de um patamar mais evoluído: o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora [...] a satisfação das necessidades mínimas, para que se tenha dignidade e sentido na vida humana”¹², ou seja, busca-se um agir positivo do Estado frente aos indivíduos, uma busca de realização do bem-estar social¹³. A liberdade buscada aqui é por intermédio do Estado. Característica destes direitos é de exteriorizarem prestações sociais por parte do ente público, ou seja, assistência social, saúde, educação, trabalho, além de outros direitos.

Este catálogo de direitos passa também a integrar o rol dos direitos humanos, constando hoje de todas as declarações pertinentes¹⁴. Desta forma, os direitos sociais consistem no novo marco que exige do estado a atividade prestacional para a realização e implementação de condições dignas mínimas de sobrevivência do ser humano.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 56.

¹² ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 115-116.

¹³ FURLANETO, Taisa Villa. **A constitucionalização do meio ambiente como direito e dever fundamental na Carta Política Brasileira de 1988**. Revista em Tempo/ Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM: Letras, v. 12, n. 32, 2013, p. 277.

¹⁴ BONHOLDT, Rodrigo Meyer. *Op. Cit.*, p. 55.

Nessa senda, Gottens¹⁵ explica:

[...] os direitos fundamentais de primeira dimensão dependem, em grande medida, para sua máxima efetividade, das condições de subsistência digna da população, razão que sobreleva a importância dos direitos sociais, visto que aptos a propiciar as condições necessárias para a dignidade humana.

Após a Segunda Guerra Mundial, a qual acarretou profundas alterações nas comunidades internacionais, começa a surgir o sentimento de solidariedade e fraternidade dos povos. Superadas as preocupações acerca da liberdade e das necessidades mínimas do ser humano, “[...] surge uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada”¹⁶.

Entre os direitos desta geração, destaca-se o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico, cultural e o direito de comunicação.

Sarlet¹⁷, referindo-se aos direitos fundamentais de terceira dimensão, leciona:

[...] boa parte destes direitos em franco processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados (à exceção dos direitos de titularidade notadamente a coletiva e difusa) à ideia da liberdade-autonomia e da proteção da via e outros bens fundamentais contra ingerência por parte do estado e dos particulares.

Distinguem-se, assim, os direitos de terceira dimensão dos consagrados anteriormente, justamente em sua titularidade, que agora já não mais pertencem ao indivíduo, antes, muita vezes é indefinida e indeterminada a sua titularidade, o que não significa, advirta-se, a impossibilidade de exercício individual desses direitos, mas que a titularidade não é exclusiva de um, alguns ou um grupo; ao revés pertence à sociedade mundial, ao ser humano, tendo na humanidade seu destinatário último.

Constitui, para parte da doutrina, dentre eles Paulo Bonavides¹⁸, a quarta dimensão dos direitos fundamentais, resultante da globalização dos direitos

¹⁵ GOTTEMS, Claudinei J. A justiciabilidade das políticas públicas: a legitimidade da jurisdição constitucional e efetividade dos direitos fundamentais. In: GOTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (org). **Direitos Fundamentais**: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira. Birigui, SP: Boreal Editora, 2008, p. 32.

¹⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 115-116.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 59-60.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 524 e ss.

fundamentais, composta pelos direitos à democracia, a informação e ao pluralismo político.

Parafraseando Bobbio¹⁹, assevera que o atual contexto histórico dos direitos fundamentais exige o reconhecimento de uma quarta dimensão referente “[...] aos efeitos cada vez mais traumáticos das pesquisas biológicas, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Após discorrermos sobre as classificações dos direitos fundamentais, no decorrer deste capítulo, ainda estudaremos da necessária compreensão dos direitos fundamentais e o dever do Estado de prestá-lo.

1.1.2 Compreensão dos direitos fundamentais

Nos dias de hoje, o cerne da problemática dos direitos fundamentais não reside na sua fundamentação, mas no desafio da sua tutela. É imperioso que eles sejam efetivados.

Para Furtado²⁰:

[...] a meta de todo ordenamento jurídico moderno é garantir uma efetividade plena dos direitos fundamentais. Nesta medida há a preocupação de criação de meios processuais de tutela jurisdicional junto a estes preceitos constitucionais.

É fundamental que todos tenham acesso aos direitos fundamentais, bem como aos próprios instrumentos que os garantam. Temos aqui uma faceta da própria existência digna da pessoa humana e da participação popular na vida social, ou seja, um viés da própria inclusão social.

Para isso, permissa vênua, precisamos compreender os direitos fundamentais a partir de uma hermenêutica adequada, evidentemente, que corresponda à determinada interpretação, “pois aquilo que está nos Códigos não cobre a realidade”²¹. Não é por outro motivo que podemos afirmar que os direitos fundamentais “[...] estão ligados,

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 6.

²⁰ FURTADO, Luísa Elisabeth Timbó Corrêa. **Ação popular**: mecanismo de controle dos atos da Administração Pública pelo cidadão. São Paulo: LTr, 1997, p. 61.

²¹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 32.

como parece óbvio, a sua ‘fundamentalidade’, que pode ser vista nos sentidos material e formal. Essa última está vinculada ao sistema constitucional positivo”²².

Ora, estão inseridos na Constituição e, assim, possuem a sua própria base interpretativa. “No ordenamento jurídico brasileiro, as normas estão hierarquicamente organizadas, respeitando-se uma relação de compatibilidade vertical”²³.

Não podemos conceber uma interpretação baseada em normas inferiores, o que, aliás, parece ocorrer em casos concretos.

Isso posto, é necessário uma “nova” visão da interpretação, agora sob a ótica constitucional, [...] há uma dificuldade enorme em convencer a comunidade jurídica acerca do valor da Constituição e do constitucionalismo”²⁴.

A própria superioridade da Constituição parece ser esquecida, chegando ao ponto de verificarmos, não raro, uma “[...] subversão da hierarquia das normas, com a falência da supremacia constitucional, visto que o legislador ordinário se arroga o poder de impedir que um direito conferido pela Lei maior opere seus efeitos”²⁵.

Para a efetiva concretização dos direitos fundamentais, devemos levar em conta o conteúdo axiológico da norma, o qual jamais pode ser desprezado. A realidade social não pode estar afastada do pensamento exegético. “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”²⁶. Devemos destacar que o intérprete é um ser histórico e, assim, está incluído no respectivo momento social.

Importante frisar que texto e norma não são sinônimos, o que “parece insustentável a tese de que é possível alcançar a resposta correta ignorando o conteúdo”²⁷.

Para Streck²⁸ “[...] todo o encontro com a tradição realizado com consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente”.

²² MARIRONI, Luís Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 166.

²³ FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. **Princípios jurídicos**. Revista Uniara, Araraquara, n. 20, 2007, p. 14.

²⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 78.

²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **Começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, abr./jun. 2003, p. 166.

²⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 14.

²⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 187.

²⁸ *Ibidem*, p. 243.

Em nossa praxe parece haver “[...] certo fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se ‘adaptar’ a Constituição às leis ordinárias”²⁹. Ora, a tradição jurídica brasileira funda-se no positivismo, sendo que sempre houve uma super-valorização da forma em detrimento do conteúdo. Havendo subsunção do fato à norma, ela é aplicada sem qualquer contestação. Essa concepção acaba por não colaborar com a concretização dos direitos fundamentais, como bem observa Andreas J. Krell³⁰:

Talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais no Brasil seja a atitude ultrapassada de grande parte dos juristas para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no formalismo jurídico que tem dominado gerações de operadores do Direito, especialmente durante o tempo autoritário.

A concepção ‘formalista’ da interpretação jurídica, fruto do jus-positivismo, dá absoluta prevalência às formas com base numa operação meramente lógica, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos da norma legislativa com prejuízo da finalidade perseguida por esta, da realidade social que se encontra por trás das formas e dos conflitos de interesse que se deve dirimir.

Vale registrar que o sistema nos deixou uma interpretação desprovida de qualquer valor, afastada do seu conteúdo material, fundada na segurança jurídica, sendo certo que apenas a regularidade no procedimento para a elaboração da norma, bem como da autoridade que emanou é o que importa (va). Interessante, nesse sentido, colacionar, a afirmação de Maria Berenice Dias³¹:

O positivismo está centrado em dois postulados fundamentais: o da autoridade e da hierarquia normativa. O primeiro estabelece que a norma jurídica determina, ou deve determinar, o comportamento dos destinatários, porque foi produzida por uma autoridade capaz de fazê-lo. Logo, torna-se irrelevante o conteúdo moral da mesma. O segundo postulado remete à ideia de que as normas em um sistema jurídico estão escalonadas em função de uma hierarquia, a qual tem por escopo determinar aquela prevalente no caso de conflito.

Cumprido asseverar que o positivismo não consegue concretizar os mandamentos constitucionais. Em outros tempos, evitou abusos. Hoje, porém, não atende mais às

²⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Op., cit.*, p. 17.

³⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 71-72.

³¹ DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2. ed., São Paulo: Método, 2007, p. 30.

demandas da nossa sociedade. A necessidade da evolução nos é mostrada por Lênio Luiz Streck³² quando assenta que:

Assim, a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho *modus interpretativo* subjetivo-dedutivo-fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro linguístico-ontológico, fundado na intersubjetividade.

A citação acima nos faz lembrar o entendimento de Alexy³³, sobre os direitos fundamentais, reconhecidos por possuírem eficácia jurídica, e que figuram no atual ordenamento jurídico por meio de norma com estrutura de princípio.

Nesse contexto, busca-se uma verdadeira mudança ideológica na forma de se pensar o direito, inclusive com uma maior participação do Poder Judiciário neste mister.

Enquanto o positivismo jurídico formalista exigia a ‘neutralização política’ do Judiciário, com juízes racionais, imparciais e neutros, que aplicam o direito legislado de maneira lógica-dedutiva e não criativa, fortalecendo deste modo o valor da segurança jurídica, o moderno Estado Social requer uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material ‘ancorado em normas éticas e políticas, expressão de idéias para além das decorrentes do valor econômico’³⁴.

Em consonância com o argumento ventilado acima, a interpretação deve ter por base os valores constitucionais. Não podemos aceitar qualquer interpretação, como adverte Nelson Nery Júnior³⁵ quando descreve a nossa realidade:

A alegação de ofensa à Constituição, em países com estabilidade política e em verdadeiros Estado de Direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população. Entre nós, quando se fala, por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição, a alegação não é levada a sério na medida e na extensão em que deveria, caracterizando-se, apenas, ao ver dos operadores do Direito, como mais uma defesa que o interessado opõe à contraparte.

Precisamos ter claro que, no atual momento histórico, estamos diante de um novo movimento jurídico-filosófico que vem sendo chamado de *pós-positivismo*.

³² STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 150.

³³ ALEXY, Roberto. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 198.

³⁴ KRELL, Andreas Joaquim. *Op., Cit.*, p. 73.

³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios de processo civil na Constituição Federal**. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos³⁶ comentam essa nova fase:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificados sobre o fundamento de dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

Assim, para cada caso concreto, teremos uma resposta adequada. E mais, “(...) vê-se, pois, que qualquer resposta correta é necessariamente uma resposta adequada à Constituição”³⁷.

Vale mencionar que a sociedade atual evoluiu, e os clássicos métodos subsuntivos não atendem mais às necessidades do Estado Social. Precisamos mudar os paradigmas tradicionais. “Pré-juízos falsos devem ser desmascarados, anulando-se a sua validade, uma vez que, enquanto continuam a nos dominar, não os conhecemos e nem os repensamos como juízo”³⁸.

A evolução normativa e a conseqüente concretização constitucional no plano social estão intimamente relacionadas com a evolução social. Com efeito, “[...] a dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade”³⁹.

Então, não é por outro motivo que Konrad Hesse⁴⁰ nos mostra a necessidade da superação dos meios interpretativos tradicionais:

A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente este princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual.

Assim, mais do que reproduzir a norma, precisamos realizar a devida compreensão por meio da interação intérprete, objeto e realidade social. Compreender sob a ótica constitucional. Mister citarmos a coerente lição de Stein⁴¹:

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **Começo da história:** a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, abr./jun. 2003, p. 147.

³⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 229.

³⁸ Idem, p. 237.

³⁹ HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 23.

⁴⁰ Idem, p. 23.

⁴¹ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica.** 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 82.

Compreender se apresenta não tanto como um agir do intérprete, mas muito mais como um acontecer no qual estão inseridos o intérprete e o objeto da interpretação. Também a consciência da história efetual possui uma tarefa crítica. Compreender não é apenas explicado formalmente a partir da pergunta e da resposta, mas muito mais na perspectiva de uma distância no tempo como fusão de horizontes. A tarefa crítica da consciência da história efetual consiste em controlar a fusão de horizontes, através disto com que se quer resolver a tensão que existe entre o texto e o presente, de tal maneira que ambos sejam tomados em consideração e não simplesmente passados por alto ou apenas misturados.

Em suma, para resposta adequada, portanto, não podemos prescindir dos valores constitucionais e da própria compreensão do intérprete a partir da sua inserção na realidade social.

1.1.3 Discricionariedade (conveniência e oportunidade) na prestação dos direitos fundamentais.

O Estado não possui discricionariedade na efetivação dos direitos fundamentais. Esses estão imperativamente previstos na Constituição e não estão sujeitos a qualquer análise de conveniência e oportunidade quanto à sua concretização, tratando-se de uma atuação vinculada. Caso assim não ocorra, o Poder Judiciário deverá fazê-lo por meio da prestação de uma tutela adequada.

Com efeito, poderemos encontrar, no caso concreto, eventual ponderação dos valores diante de um aparente conflito com outro direito fundamental. Em tais casos, aplicação se dará “[...] mediante ponderação: à vista do concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida possível”⁴².

A Constituição Federal de 1988 veio para mudar a realidade social. Segundo Almeida “o Estado não pode mais conviver passivamente com as desigualdades e injustiças sociais. Ele tem que atuar para reestruturar, reestruturando também a sociedade”⁴³.

Havendo omissão ou atuação inadequada dos Poderes Executivos e Legislativos, resta o Poder Judiciário como última salvaguarda da sociedade. O Poder Judiciário deve intervir em todas as situações em que os outros “Poderes” deixarem de

⁴² BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 149.

⁴³ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo, 2003, p. 55.

cumprir sua função constitucional. “É evidente que sempre é melhor que uma lei seja corrigida pelo próprio legislador. Entretanto, o cidadão não pode ficar à mercê dessa longa espera pelo legislador, correndo-se o risco de solapamento da própria Constituição”⁴⁴.

O mesmo raciocínio vale para a implementação das políticas públicas realizadas pelo Executivo.

A independência e a separação dos Poderes não podem servir de fundamento para o não cumprimento dos direitos fundamentais. “Não há, assim, espaço para uma excessiva e formal insistência na teoria da separação para justificar a falta de ação judicial”⁴⁵. Não há (mais) uma separação absoluta entre as três funções básicas estatais. Eis o ensinamento de Gregório Assagra de Almeida⁴⁶:

A especificação funcional do Poder Judiciário se concentra no campo do direito e não da política. As manobras políticas dos outros poderes do Estado não podem abalar e aniquilar o sistema jurídico, especialmente no que tange aos direitos e garantias constitucionais fundamentais. É dentro dessa especificação funcional que o Poder Judiciário é instituição fundamental de transformação positiva da realidade social.

Ressaltamos que o Poder Judiciário somente pode ser chamado a controlar as políticas públicas subsidiariamente, ou seja, na omissão ou atuação inadequada dos demais Poderes. Não cabe a ele, como atividade precípua, a concretização das políticas públicas.

Nesse sentido Andrea J. Krell⁴⁷ explica:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

E prossegue o insigne jurista ao sustentar que, se necessário, devemos romper com a própria separação do direito da política:

A concretização desses direitos sociais exige alterações nas funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico

⁴⁴ STRECK, Lênio Luiz, *Op., Cit.*, p. 154.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice, *Op., Cit.*, p. 97.

⁴⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Op., Cit.*, p. 152-153.

⁴⁷ KRELL, Andreas Joaquim. *Op., Cit.*, p. 22.

subjacente ao positivismo, a separação do Direito da Política⁴⁸.

Nessa esteira, temos uma mudança ideológica na atuação do Poder Judiciário, diversa daquela preconizada pelo estado liberal. Afinal, “[...] o papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é distinto daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais”⁴⁹.

Destarte, não podemos mais conviver com “[...] uma constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente (só) nega a aplicação de tais direitos”⁵⁰.

O controle da atividade pelo Poder Judiciário será realizado a partir de uma fundamentação adequada. Assim, “[...] a presença do código ‘constitucional/inconstitucional’, distinguindo-se do código ‘legal/ ilegal’ e cortando transversalmente, atua como impedimento à legislação ilimitada”⁵¹, bem como controle à criatividade jurisprudencial ilimitada.

Ainda nessa linha, “[...] a atuação do Judiciário não somente não compromete uma concepção forte e substancial de democracia, como também permite que esta seja, sem dúvida alguma, levada ao seu estado mais elevado”⁵².

Em suma, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para a concretização dos direitos fundamentais, em especial a garantia da dignidade da pessoa humana.

1.1.4 Dignidade da pessoa humana como garantia fundamental

Por tudo o que já foi exposto, construção histórica, interpretação e necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, a seguir, tratar-se-á da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, célula-mater dos direitos fundamentais. Qualquer tentativa de definição de sua dimensão material, de seu conteúdo de proteção, deve-se estar consciente de sua incompletude.

Em virtude de os Direitos Fundamentais terem por fundamentos a dignidade humana, imprescindível se torna, neste estágio, buscar o conceito no seu prisma

⁴⁸ Idem, p. 73-74.

⁴⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 37.

⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Op., Cit.*, p. 15.

⁵¹ NEVES, Marcelo. **Entre thêmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 100.

⁵² DIAS, Maria Berenice. *Op., Cit.*, p. 98.

jurídico-filosófico.

Na acepção filosófica, dignidade é uma palavra de origem latina: *Dignitas*, “fato de ser digno, de merecer, mérito. No sentido moral: carácter da pessoa, que é autônoma e representa um fim em si, por oposição às coisas”⁵³.

Na Antiguidade Clássica, verifica-se um conceito pouco consistente sobre a dignidade, pois esta encontra-se ligada ao *status*, à posição que o indivíduo ocupa na sociedade. A respeito a lição de Sarlet⁵⁴:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí pode falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoa mais dignas ou menos dignas.

Na Grécia antiga as crianças nascidas com algumas deficiências eram atiradas de um morro, para que não atrapalhassem aos demais, ou seja, a pessoa deveria ser respeitada apenas enquanto conseguisse produzir⁵⁵.

Assim, o conceito de dignidade da pessoa humana na Antiguidade Clássica era precário, servindo de justificação para a manutenção do *status a quo*, sendo que alguns a possuíam, e outros não.

Não há dúvida de que a filosofia cristã foi a que melhor formulou o conceito de dignidade da pessoa humana, “[...] estabelecendo não significado, mas sim parâmetros no valor e no conceito da dignidade, da definição à aplicação prática na vida cotidiana”⁵⁶. Existiram outros que discorreram sobre o conceito de dignidade da pessoa humana; após Cristo, Tomás de Aquino destaca-se, entre os pensadores cristãos medievais, “[...] mas estes apenas a adaptaram à realidade cotidiana, aperfeiçoando ainda mais o valor e o conceito original da dignidade da pessoa humana”⁵⁷.

⁵³ PAULA, Ivo de. **Dicionário Jurídico**. Ed. Pillares, 2007, p. 36.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 30.

⁵⁵ PICCIRILO, Miguel Belinati. A dignidade da pessoa humana: fundamento do estado democrático de direito brasileiro. In: GOTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (org.). **Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira**. Birigui, SP: Boreal, 2008, p. 222.

⁵⁶ COTTA, Elisabete Moraes; FUNES, Gilmar Pesquero Fernandes Mohr. **Da dignidade da pessoa humana**, p. 1-2. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1441/1377>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

⁵⁷ Idem, p. 1-2.

Conforme Martins⁵⁸ dispõe:

Para São Tomás de Aquino, a dignidade que guarda intensa relação com a sua concepção de pessoa, nada mais é do que uma qualidade inerente a todo ser humano e o que o distingue das demais criaturas é a racionalidade. Para Tomás de Aquino, através da racionalidade o ser humano passa a ser livre e responsável por seu destino, significando o que há de mais perfeito em todo o universo e constituindo um valor absoluto, com fim em si mesmo.

Essa ontologia tomista medieval forma ademais o fundamento da filosofia moderna, tendo como o maior contribuinte, no que se refere à dignidade da pessoa humana, o magistério de Immanuel Kant.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi enunciado por Kant nos seguintes termos: “Mas aquele que constitui a condição unicamente sob o qual algo pode ser fim em si mesmo não tem meramente um valor relativo, isto é, um preço, senão o valor inteiro, isso é, a dignidade”⁵⁹.

Cumprido salientar que, na acepção filosófica de Kant, o homem não pode ser tratado como objeto, nem por ele mesmo, estando o fundamento de sua dignidade em sua autonomia de vontade, constituindo-se um fim e não um meio.

Observa-se, desse modo, que, embora as raízes da história do conceito de dignidade remontem à Antiguidade, por seus fundamentos teológicos e filosóficos, o tema da dignidade da pessoa humana adquire dimensão jurídica considerável somente após o término da 2ª Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo com a criação da Organização das Nações Unidas e a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), alçando o primado internacional.

Como bem denuncia Giacoia Junior⁶⁰:

[...] a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta das Nações Unidas seriam marcos históricos inequívocos do reconhecimento da dignidade inerentes a toda pessoa humana, bem como a garantia de direitos iguais e inalienáveis, como fundamentos da liberdade, justiça e paz no mundo, preservando as futuras gerações de seres humanos da repetição dos flagelos da guerra e da barbárie.

Cumprido salientar que o pensamento kantiano, na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, se concretizou no plano Internacional dos Direitos Humanos,

⁵⁸ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 22.

⁵⁹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 34.

⁶⁰ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. *In: Kriterion, Revista da Faculdade de Filosofia da Universidade de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 118, Dez. 2008, p. 273.

fundamentado no valor da dignidade da pessoa humana como valor intrínseco à condição humana e, no plano do constitucionalismo Estado, concretizou-se na força normativa dos princípios, tendo como eixo a pessoa humana⁶¹.

Importa dizer: a positivação do princípio é recente, considerando as origens remotas a que pode ser reconduzido⁶². A partir daí a ciência jurídica passa, então, a formular proposta de fundamentação e legitimação do Direito, de modo a permitir a compreensão de suas múltiplas dimensões.

As características centrais desse novo paradigma de compreensão e aplicação do Direito, segundo Sarmento⁶³, seriam:

Valorização dos princípios, adoração de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.

Nesse contexto, o problema encontra-se na tarefa interpretativa. Tem-se utilizado a dignidade da pessoa humana como antídoto argumentativo para justificar verdadeiras preferências pessoais de uma parcela dos Magistrados e Ministério Público, em detrimento dos fatos como se mostram, do direito posto e da racionalidade argumentativa.

Tal constatação é preocupante. Como bem sintetiza Streck⁶⁴, o “[...] direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja”.

Isso nos remete à advertência de Eros Grau⁶⁵:

Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que escolha seja apresentada como adequada. A norma não é objeto de demonstração, mas de justificação. Por isso a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao Direito; no Direito há apenas o aceitável [justificável]. A interpretação é condicional.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁶ “a dignidade (assim como a

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. *Op.Cit.*, p. 273.

⁶³ SARMENTO, Daniel. **Livre e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen, 2006, p. 235.

⁶⁴ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. ver. Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2013, p. 25.

⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 473.

Constituição) não deve ser tratada como espelho no quais todos veem o que desejam ver, pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr o risco de ser banalizada e esvaziada”.

Nesse contexto, é preciso diante do caso concreto verificar se o bem jurídico tutelado se conecta com o princípio da dignidade da pessoa humana. Há necessidade de se compreender no momento de interpretação do caso concreto para não banalizá-la.

O referencial de tutela de dignidade humana é o ser humano. O respeito de dignidade de todo homem impede tratá-lo como um objeto ou instrumento por parte do Estado. A dignidade da pessoa supõe, assim, uma norma de conduta e um limite aos exercícios dos direitos, que segundo Laís⁶⁷ atua em duas direções:

Uma direção positiva (o homem, deve procurar o máximo respeito à dignidade da pessoa humana que com ele se relacionam) e uma direção negativa (a dignidade dos demais opera como limite ao exercício de seus direitos e, concretamente, ao exercício dos direitos fundamentais).

Insta ressaltar a noção de valorizar cada vez mais a pessoa humana, no qual revela Cabral⁶⁸,

A dignidade da pessoa humana, goza de precedência interpretativa, devendo ser analisada preferencialmente em relação a qualquer outro valor. Além disso, é muito ampla, exatamente por abarcar em seu bojo um conteúdo muito vasto, inesgotável de valores insertos na categoria pessoa, existencial.

É inconcebível um sistema jurídico que ignore a ideia do valor da pessoa humana. O reconhecimento e respeito desse direito é imprescindível para que a vida da pessoa se desenvolva conforme a dignidade. A dignidade da pessoa exige o reconhecimento e respeito desses direitos, ou dito de outro modo, a mesma se articula em direitos que são expressões das exigências derivadas da natureza humana.

Mais a frente, como obtempera Sarlet⁶⁹,

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. *Op. Cit.*, p. 60

⁶⁷ PENIDO, Laís de Oliveira. As aporias dos direitos fundamentais e a sua incorporação na institucionalização do Estado Democrático de Direito. *In: FILHO, Agassiz de Almeida; CRUZ, Danielle da Rocha Cruz. Estado de Direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 434.

⁶⁸ CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Afetividade Como Fundamento na Parentalidade Responsável**, p. 3. Disponível em http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/10_afetividade.como.fundamento.na.parentalidade.responsavel.pdf. Acesso em: 30 dez. 2013.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 60.

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Neste contexto, os direitos fundamentais são considerados como faculdades ou pretensões integrantes do *status* básico do indivíduo, elementos imprescindíveis para seu desenvolvimento e projeção imediata de sua dignidade como pessoa. Outro não é o magistério de Meirelles⁷⁰, que sustenta estar intimamente ligado à dignidade da pessoa a constituição dos direitos fundamentais,

Essa eleição da pessoa humana como destinatário do ordenamento jurídico parece traduzir-se no personalismo ético que, segundo Max Scheler (Costa, 1996, p. 97-98), parte da constatação inicial de que toda norma está fundada em valores e o grau mais elevado de valor não é real (de coisa), nem legal, nem de situação, mas antes um valor-de-pessoa.

Com efeito, a consagração da dignidade da pessoa não é uma declaração vazia, uma frase de efeito, com caráter semântico ou decorativo. Em verdade, a dignidade humana inscreve-se como “metavalor”, um valor dos valores e princípios, inspirando e orientando a substância e o espírito da ordem constitucional.

Nessa ordem de idéia, com a promulgação da Constituição Federal, as instituições nacionais foram revigoradas eticamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, erigido como um dos fundamentos do Estado brasileiro e, por extensão, do Estado Democrático de Direito⁷¹. Tanto o Estado quanto o Direito têm a pessoa humana como princípio e fim⁷².

Como bem assentado por Cabral⁷³, a Constituição em um todo deve ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, e o texto constitucional elege o valor da dignidade humana como essencial, imprimindo-lhe uma feição particular.

⁷⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida embrionária e sua proteção**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 158, nota 171.

⁷¹ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 74-75.

⁷² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 21.

⁷³ *Ibidem*, p. 90.

Dessa forma, com o fito de realizar as mais diversas necessidades do ser humano, a norma constitucional vigente propõe-se a viabilizar a plena promoção e efetivação das capacidades e atributos humanos.

Partindo desse pressuposto, vale registrar que as uniões homossexuais vão além do simples fato de se constituírem por pares de mesmo sexo, são uniões que têm sua gênese no afeto, na mútua assistência e solidariedade entre os pares e que, dessa forma, não aceita qualquer interpretação axiológica que deixe de reconhecer efeitos jurídicos para esse tipo de união.

Logo, falar em dignidade da pessoa humana, para Sarlet⁷⁴, significa e importa, antes de tudo, afirmar que todos “os seres humanos são dotados da mesma dignidade”, independentemente da opção sexual do indivíduo.

A propósito merece destaque a lição de Girardi⁷⁵:

Os direitos fundamentais esculpido na Carta Constitucional, tais como os direitos de liberdade sexual e igualdade, têm uma correspondência direta e mediata com a realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir da lição externada acima, as pessoas de orientação sexual “homossexual”, por pertencer à comunidade humana, devem ter o direito à realização de suas capacidades e necessidades humanas respeitadas, tanto pelos demais membros da comunidade como pelo próprio Estado. Trata-se de se assegurar no plano individual a tutela ao direito personalíssimo de orientação sexual e, no plano público, o respeito a esse direito, com práticas jurídicas, políticas e legislativas que vedem qualquer forma de discriminação por conta da preferência ou orientação sexual de cada pessoa.

Em suma, o princípio da dignidade da pessoa humana assegura a todos e a qualquer pessoa o direito tratamento igualitário, que, no seu reverso, é o direito a não ser discriminado⁷⁶.

1.2 A fundamentação dos Direitos da Personalidade

A pluralidade semântica que adorna a pessoa humana na ciência jurídica, conduz o estudioso, mormente em seara do cientificismo dos direitos da personalidade,

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. *Op. Cit.*, p. 101.

⁷⁵ GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto**: a possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51.

⁷⁶ LOREZENTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1988, p. 160.

à uma reflexão pausada sobre o possível entrelaçamento com os direitos fundamentais⁷⁷.

É relevante destacar a distinção, lembrada por Milton Fernandes⁷⁸, entre direitos humanos e direitos da personalidade, uma vez que os primeiros destinam-se a uma esfera de tutela eminentemente pública, ao passo em que os segundos regem as relações privadas.

Mas, sobre tudo são distintos os sentido, a projeção, a perspectiva de uns e outros direitos. Toledo⁷⁹ sintetiza a questão aduzindo que:

Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais tem uma incidência publicista imediata, ainda, quando ocorram efeitos nas relações entre particulares; os direitos de personalidade tem uma incidência privatista, ainda, quando sobreposta ou sobposta a dos direitos fundamentais. Os Direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito constitucional, os direitos e personalidade ao Direito civil.

Acresça-se, os direitos da personalidade são direitos destinados a dar conteúdo à personalidade e responsáveis por assegurar a existência humana de forma digna. Com a instituição da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, há especial proteção de tais direitos que fundamentam o desenvolvimento da personalidade, mesmo daqueles não previstos expressamente no ordenamento jurídico, consistindo desdobramentos da própria dignidade humana. Assim como ocorre com o direito ao livre exercício da sexualidade.

O livre exercício da sexualidade é intrínseco aos indivíduos, sua manifestação está relacionada ao desenvolvimento da própria personalidade, e dependendo da influência familiar e social, tal direito pode repercutir de forma positiva ou negativa na vida da pessoa.

Para compreender o exercício da sexualidade como um direito da personalidade, é importante definir o que é personalidade, sua amplitude e seus desdobramentos, verificando se a sexualidade se enquadra no rol daqueles direitos.

Para tanto, é conveniente abordamos a origem dos Direitos da Humanidade, Direitos da Pessoa ou Direitos da Personalidade, que nos remete ao Cristianismo, momento em que se percebe a busca da individualidade e subjetividade reportada pela

⁷⁷ TOLEDO, Iara de. **O Direito à moradia no direito de família: um direito da personalidade?**. In: TOLEDO, Iara Rodrigues; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus; MENDES, Daiane Cristina da Silva [Org]. **Estudos acerca do princípio da afetividade no direito das famílias: construção do saber jurídico & crítica aos fundamentos da dogmática jurídica**. 1. ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2013, p. 139.

⁷⁸ FERNANDES, Milton. *Op. Cit.*

⁷⁹ *Ibidem*, p. 140.

autoconsciência, que permite a aproximação do homem a Deus e revela a essência de si, em razão de ser a imagem e semelhança dele.

Tomás de Aquino, seguindo a tendência cristã de seu tempo, confere primazia ao ser humano e também o identifica com a imagem e semelhança de Deus, uma perfeição fundamental e existencial que se traduz na noção de Pessoa⁸⁰.

O surgimento dos Direitos da Personalidade, para Fábio Mattia⁸¹, advém de uma reação contrária ao absolutismo estatal, tratando-se de uma obra da modernidade. Considera o autor que a Carta de São Francisco, de 1948, representa a consagração das existências de tais direitos, em nível internacional.

Alberto Trabucchi *apud* Barbosa⁸² considera os Direitos da Personalidade como expressão anterior ao reconhecimento que confere o Direito. Seriam inerentes à pessoa e, por isso, inatos e essenciais.

No dizeres de Adriano de Cupis⁸³,

Os direitos da personalidade, por serem essenciais, são direitos inatos, inerentes a cada pessoa que, como tal, nasce provida desse bem, o qual consiste em querendo, subtrair-se à publicidade para recolher-se na própria reserva.

Parte da doutrina considera-os como direitos inatos ou inerentes ao homem, existentes independentemente do direito positivo, que se limita a reconhecê-los e sancioná-los, conferindo-lhes maior visibilidade e dignidade⁸⁴.

No que diz aos pressupostos conceituais, os direitos da personalidade receberam tratamento bastante rico na doutrina. Vários autores se dedicaram ao seu estudo, contribuindo para acirrar as divergências conceituais, podendo dizer que ainda hoje persistem a incertezas e obscuridades⁸⁵.

⁸⁰ OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. **O fundamento dos Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 33.

⁸¹ MATTIA, Fábio Maria. **Direito da Personalidade aspectos gerais**. R. Inf. Legisl. Brasília, a 14 n. 56 out/dez 1977, p. 248, Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181045/000360913.pdf?sequence=3>. Acesso em: 15 ago. 2014.

⁸² BARBOSA, Afonso Arnaldo. Gênese dos Direitos da Personalidade. *In*: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel. **O fundamento dos Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 41.

⁸³ CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 15.

⁸⁴ OLIVEIRA, Alfredo Emanuel. *Op., Cit*, p. 41.

⁸⁵ FERNANDES, Milton. **Direitos da personalidade e Estado de direito**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 50, janeiro de 1980.

Vale referir-se ao dizer expressivo de Barbosa⁸⁶,

Direitos da Pessoa são todos os direitos subjetivos, ou seja, aqueles cujo titular é uma Pessoa física ou jurídica. Já os direitos da personalidade possuem objeto ou conteúdo especial, na medida em remetem aos elementos constitutivos da própria personalidade de sujeito, considerados em seus múltiplos aspectos.

O professor Limongi França⁸⁷ também realiza pertinente distinção ao intitular os direitos da personalidade como sendo “faculdades subjetivas” que objetivam tutelar os direitos das pessoas em relação a si ou sobre a personalidade.

O tema é tratado por Simon Carrejo *apud* Barbosa⁸⁸, que defende que tais direitos nada mais são que tutelas jurídicas conferidas a expressões, emanações da natureza humana. São atos de existência da substância manifestados e que passam a ser objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. Logo, são anteriores ao Direito Positivo, tendo apenas reconhecido sua realidade e existência.

As concepções apresentadas não esgotam o tratamento do tema e refletem a solidificação doutrinária quanto à existência e delimitação da noção de que seriam os Direitos da Personalidade.

Há outras concepções, como a de que são direitos que asseguram ao homem domínio sobre parte de sua própria personalidade; aqueles que se relacionam com modo de ser físico e moral de uma pessoa; ou a faculdade de proteção incidente sobre nossa esfera pessoal⁸⁹.

Com efeito, a abundância conceitual que o tema suscita permite a Carlos Bitar⁹⁰ realizar uma polarização dos diversos autores que o trabalham entre positivistas e naturalistas.

Para os autores positivistas, os “Direitos da Personalidade” correspondem a modalidades de direitos subjetivos dispostos em torno da personalidade civil. Obviamente, defendem a limitação desses direitos àqueles reconhecidos pelo Estado, do qual tiram seu caráter de obrigatoriedade e exigibilidade.

Os naturalistas, por sua vez, contestam a limitação dos mesmos, sustentando a

⁸⁶ BARBOSA, Afonso Arnaldo. *Gênese dos Direitos da Personalidade*. In: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel. **O fundamento dos Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 41.

⁸⁷ FRANÇA, R. Limongi. **Manual de direito civil**, 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971. v. 1, p. 321.

⁸⁸ BARBOSA, Afonso Arnaldo. *Gênese dos Direitos da Personalidade*. In: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel. **O fundamento dos Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 42.

⁸⁹ CUPIS, Adriano. *Op. Cit.*, p. 15.

⁹⁰ BITAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1989, p. 7.

impossibilidade de restringi-los, na medida em que a própria noção de pessoa é de difícil limitação em sua pluralidade de significados e possibilidades de existência.

Segundo Diogo Campos⁹¹, “os Direitos da Personalidade são direitos naturais”; são expressões da Pessoa, tutelada juridicamente. Diz o autor: “O Direito tem um fundamento axiológico (que é a sua justificação, e sem o qual se transforma em instrumento de opressão) que é imposto pela Pessoa Humana – o Direito é produto do homem e feito para o homem”⁹².

A observação das duas principais tendências doutrinárias permite a constatação da necessidade de compatibilizá-las, a fim de conferir maior amplitude e eficácia à proteção dos “Direitos da Personalidade”, tal qual preconizado pela corrente naturalista, malgrado não podendo dispensar a formalidade e obrigatoriedade derivada da positividade, apesar de sua tendência limitativa e restritiva do Direito.

Esta ampla tutela aos direitos da personalidade e ao seu livre desenvolvimento encontram amparo no princípio da dignidade da pessoa humana consagrada no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal, que assumiu um caráter de direito geral da personalidade⁹³.

Moraes⁹⁴, assim se expressa sobre o princípio da dignidade da pessoa humana:

É um valor espiritual inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Por intermédio destas doutrinas é perceptível o entrecruzar entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais da pessoa humana. Ambos, desse modo, de grandeza constitucional.

Acresça-se, o princípio da dignidade da pessoa humana, em consonância com os demais princípios constitucionais, assegura a tutela da personalidade em seus mais

⁹¹ CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direitos da personalidade**. 2. ed. Coimbra: (s.n.), 1992, p. 39.

⁹² Idem, p. 39.

⁹³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1993, p. 139.

⁹⁴ MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 60.

variados aspectos, em especial, em relação ao livre exercício da sexualidade, por tratar-se de direito inerente à própria condição humana, e corolário também dos princípios da igualdade e da liberdade.

Portanto, ao garantir expressamente o direito à igualdade e à liberdade, que é conceito básico e informativo de outros direitos⁹⁵, garantiu aos cidadãos a liberdade de condução de suas vidas, colocando-se com uma das constituições mais avançadas no que diz respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

1.2.1 Homossexualidade

As atitudes referentes à sexualidade diferem de acordo com os contextos sociais distintos. A cultura sexual, os valores e as crenças aplicados à sexualidade, obviamente mudam com o tempo, e essa é uma parte importante da história.

Os estudos sérios sobre a sexualidade são coisa recente, de apenas algumas décadas, mas a compreensão dos padrões de sexualidade no passado ajuda a iluminar um aspecto fundamental do comportamento humano⁹⁶.

O homossexualismo é retratado na arte da Grécia Antiga como uma espécie de aprendizado sistematizado. Rapazes das classes altas teriam sua vida sexual iniciada com homens mais velhos, seus tutores ou padrinhos. Essa relação muitas vezes acontecia com incentivo dos pais do jovem.

Nesse sentido Farias e Maia⁹⁷ acentuam que:

Na Grécia ocorriam tanto atos sexuais entre dois homens quanto entre um homem e uma mulher. No caso da relação entre dois homens, esta tinha características próprias. Não se podem dizer que os gregos tinham relações homossexuais, já que o conceito de homossexualidade é atual e o tipo de relação que incluía o sexo entre dois homens na Grécia antiga era chamada de pederastia e consistia em um ritual realizado por um homem mais velho que, por meio de sua experiência, visava iniciar um rapaz jovem na sociedade de maneira que ele se tornasse um cidadão, desenvolvendo mais habilidade para atuar na guerra e no meio político.

Ainda, segundo as autoras, o homem mais velho podia ter relações sexuais com o jovem, sendo que este assumia uma postura passiva e aquele, uma postura ativa na

⁹⁵ RODRIGUES, Humberto. **O amor entre os iguais**. São Paulo: Ed. Mythos, 2004, p. 195.

⁹⁶ STEARNS. Peter N. **História da sexualidade**. São Paulo: Contexto, 2010, p. 8.

⁹⁷ FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais**. A família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, p. 26.

relação como um todo. Ao se tornar um homem sexualmente ativo, ainda que fosse por meio de uma postura passiva, o jovem era considerado inserido na sociedade.

Segundo Brandão⁹⁸, a relação terminava quando começavam a surgir os primeiros indícios de que o jovem estava se tornando adulto. Para os homens, o importante na relação com outra pessoa era a postura ativa que ele assumia, não importando o sexo do outro. Por isso, as relações entre um homem adulto e um jovem, ou entre um homem livre e um escravo eram aceitas, mas não aceitavam em relação ao amor entre homens adultos. No entanto, aquele que assumisse a postura passiva era desvalorizado.

Este tipo de relação também ocorria entre as mulheres, sendo denominada de relações afetivo-sexuais. Já as relações entre homens eram denominadas como pederastia, sendo aceitas e de grande importância.

O dramaturgo Sófocles ficou famoso por seus relacionamentos. Há uma história segundo o qual teria induzido um jovem vendedor de vinhos a bebericar da taça que ele acabara de comprar, artifício de que o dramaturgo lançou mão para beijar o rapaz e tentar seduzi-lo. Entre as cidades gregas, Tebas parece ter sido a mais tolerante no que tange ao homossexualismo, permitindo que casais de homens da mesma idade vivessem juntos, como se fossem legitimamente casados⁹⁹.

Platão afirmou que era mais provável que o amor sério surgisse entre dois homens, um velho e um mais jovem, e não entre homem e mulher, porque era uma modalidade que podia envolver uma mistura de sexo e interessante na conversão intelectual.

Na verdade, o encontro de homem com homem era a implantação do amor, nos dizeres de Platão¹⁰⁰, “restaurador da nossa antiga natureza, em sua tentativa de fazer um só em dois e de curar a natureza humana”.

Ao mesmo tempo, Platão também refletia uma preocupação com a ideia de que o prazer sexual era algo degradante, uma humilhação a ser repudiada, de modo que sua aprovação era no mínimo abalizada; mais tarde, o filósofo passaria a atacar toda e qualquer atividade sexual que não fosse voltada para a reprodução¹⁰¹.

⁹⁸ BRANDÃO, D. V. C. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15.

⁹⁹ STEARNS. Peter N. *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁰⁰ PLATÃO. **O banquete; ou, do amor**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Ed. Martim Claret, 2004, p. 191.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 61.

Os gregos podiam até representar abertamente o sexo, mas também sentiam a necessidade de expressar o medo efetivo de seu poder e sua frequente associação com a violência.

Enfim, a prática do amor homossexual “era vital para as civilizações antigas”¹⁰², por isso a sua existência desde as remotas civilizações gregas, egípcias e romana.

O desenvolvimento da sociedade romana manteve ou copiou diversos temas gregos.

Existia homossexualismo em Roma, e a prática foi adotada por diversos imperadores. Em geral, contudo, a homossexualidade romana sugeria uma relação de senhor e escravo, uma forma de dominação, diferente da complexa feição de “estágio da vida” que se desenvolveu na Grécia.

O sexo entre um homem mais velho e um mais novo podia ser considerado adultério, e desonroso para ambas as partes.

Assim, algumas leis e penalidades foram criadas em Roma para tentar conter as relações homossexuais, ou seja, influência da repressão sexual.

Chauí¹⁰³ define repreensão sexual como um “conjunto de interdições, permissões, normas, valores e regras estabelecidos histórica e culturalmente para controlar o exercício da sexualidade”.

Segundo a autora, é por meio da repressão que se diz o que é considerado certo ou errado socialmente em relação aos comportamentos sexuais em uma determinada cultura. A repressão sexual faz com que elementos que eram exteriores ao indivíduo, as regras, sejam internalizados por meio de processos sociais, como a educação, por exemplo, e transformadas em culpa e vergonha quando são transgredidas. Deste modo, cada vez menos as pessoas entendem a repressão como algo vindo do exterior, mas como um fenômeno interior. Sabe-se que o fenômeno da repreensão sexual sempre existiu, em todas as culturas.

Vimos que em sociedade como a grega e a romana a prática homossexual está submetida a proibições e permissões (não sendo liberada). Porém nessas sociedades, como em muitas outras, o homossexualismo é uma prática e um ato sexuais entre

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: O preconceito & a justiça**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25.

¹⁰³ CHAUI, Marilena. **Repreensão sexual**. São Paulo: Ed. Brasiliense S.A, 1984, p. 9.

outros, convivendo com outros num mesmo ser humano, é uma escolha (ocasional ou definitiva) de parceiros sexuais.

Já o século XVII seria o início de uma época de repressão própria das sociedades chamadas burguesas. Denominar o sexo seria, a partir desse momento, mais difícil e custoso.

A complexidade do assunto levou Foucault¹⁰⁴ a assentar que:

Um rápido crepúsculo se teria seguido à luz meridiana, até as noites monótonas da burguesia vitoriana. A sexualidade é então, cuidadosamente encerrada. Muda-se para dentro de casa. A família conjugal a confisca. E absorve-a, inteiramente, na seriedade da função de reproduzir. Em torno do sexo, se cala. O casal, legítimo e procriador, dita a lei. Impõe-se como modelo, faz reinar a norma, detém a verdade, guarda o direito de falar, reservando-se o princípio do segredo. No espaço social, como no coração de cada moradia, um único lugar de sexualidade reconhecido, mas utilitário e fecundo: o quarto dos pais.

Segundo o autor, contrariamente, do que se pensa, isto é, que a repreensão sexual se exerce pela censura, pela proibição e pelos interditos, na realidade essa “hipótese de repressiva” está enganada, pois em nenhuma sociedade se falou tanto, escutou-se tanto, discutiu-se tanto, detalhou-se tanto, estudou-se tanto e regulamentou-se também o sexo como na nossa. O sexo, em nossa sociedade, sempre foi aquilo de que se deve falar, falar muito e falar tudo.

Importante é a ressalva que faz Chauí¹⁰⁵: “Até o mutismo não é censura, mas certa estratégica de silêncio para maior eficácia do discurso sobre o sexo”.

E nesse contexto Foucault¹⁰⁶ conclui: “a liberação do dispositivo da sexualidade não passa pelo sexo-desejo como contra-ataque, mas pelos corpos e pelos prazeres. É o discurso da sexualidade e o objeto sexo que precisam ser abandonados”.

Algumas das mudanças mais fascinantes na história da sexualidade humana começaram a tomar forma nos séculos XVIII e XIX. Nesse período, a relação entre pessoas do mesmo sexo era compreendida como pecado contra Deus, ou seja, uma falha moral. Em seguida, ela passou a ser considerada como um crime social, um pecado contra a natureza, que o Estado tinha que combater.

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque, 23. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2013, p. 10.

¹⁰⁵ CHAUI, Marilena. **Repreensão sexual**. São Paulo: Ed. Brasiliense S.A, 1984, p. 183.

¹⁰⁶ FOUCAULT, Michel. *Op., cit.*, p. 23.

Foi o Cristianismo que estipulou a obrigatoriedade do sexo realizado somente no âmbito do casamento, considerando a fidelidade um dever absoluto para aqueles que buscam a salvação e associando a ideia de pecado ao sexo¹⁰⁷.

Entre os séculos XVII e XVIII, as explicações religiosas para os fenômenos da vida foram perdendo lugar para a ciência. A medicina passou a ter importante papel na família, orientando os comportamentos, inclusive os relativos à sexualidade.

O Romantismo também influenciou repressão sexual nesse período, o amor passou a ser menosprezado e inferiorizado¹⁰⁸.

Para melhor compreensão, quanto ao tema, válido registrar as palavras de Farias e Maia¹⁰⁹:

Na era Vitoriana, reinado da rainha Vitória, movimento que surgiu na Inglaterra entre os anos 1837 a 1901, ou seja, no século XIX como resposta ao liberalismo advindo com o Iluminismo, a repressão sexual chega ao seu máximo. Valoriza-se o sexo exclusivo à procriação, a virgindade da mulher e o ideal de maternidade pura, ou seja, uma mulher que não manifesta seus desejos sexuais.

E nesse contexto, a partir do século XIX, com as bases do vitorianismo que se consolidam as diferenças entre o que era a sexualidade dita normal – exclusiva para a procriação – ou perversa – outra forma de prazer sexual que não visasse à procriação¹¹⁰.

Os atos homossexuais ainda eram considerados pecaminosos e ilegais. Mais adiante a homossexualidade começou a ser vista como uma inadequação médica, psicológica, genética e hereditária.

Houve tentativa de esterilização de indivíduos homossexuais, já que eles eram considerados pervertidos sexuais.

No início do século XX, iniciou-se uma mudança no modo como a homossexualidade era vista, começando a ser considerado um elemento da sexualidade humana e não mais uma doença¹¹¹. Oportuno registrar, historiador como Michel Foucault, com ideal social, pregava a liberação sexual.

Hoje se percebe que as mudanças, como a exclusão da homossexualidade da categoria diagnóstica de doença, conscientização de órgão da saúde no combate ao

¹⁰⁷ FIGUERÓ, M. N. D. **Educação sexual**: retomando uma proposta, um desafio. Londrina: UEL, 1996, p. 23.

¹⁰⁸ FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. *Op., Cit.*, p. 43.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 44.

¹¹⁰ STEARNS, Peter N. *Op. Cit.*, p. 156-179.

¹¹¹ *Ibidem*,

preconceito, modificaram em parte o modo como algumas pessoas veem o fenômeno da homossexualidade, tolerando-o um pouco a mais, mesmo que ainda o preconceito, que seja preponderante em nossa sociedade.

Cumpra ressaltar o discurso de Dias¹¹² sobre a condição homossexual e o preconceito:

É certo que se trata de uma tendência que não decorre de uma escolha livre. A angústia que surge quando o sujeito se descobre homossexual não vem, necessariamente, da descoberta em si, mas da consciência de que sofrerá rejeição. Se tivessem opção, muitos homossexuais prefeririam não o ser – o que é uma prova de que não existe opção. [...] nada justifica o desrespeito às expressões minoritárias da sexualidade, revelando-se de todo desarrazoado a total diferença diante da diferença.

De acordo com a citação acima e a explanação, observa-se que a evolução do tratamento dado à homossexualidade ainda traz dose de preconceito, fato que não foi abolido.

Convém observar que os reflexos desse preconceito são oriundos da interpretação dada pelo comportamento social e que será significativa influência nas pretensões jurídicas aforadas por pares homoafetivos.

1.2.2 Liberdade sexual: direito à identidade sexual

Imprescindível enfatizar os atentados contra a liberdade sexual e o direito à vida familiar são profundos no caso da questão do homossexual. A liberdade sexual é a liberdade de cada pessoa a viver a sua própria sexualidade, englobando nessa liberdade a temática do homossexualismo.

Viviane Girardi¹¹³ assinala:

Com base na dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana, que confere a todo ser humano a prerrogativa de autodeterminar-se como pessoa e como sujeito de sua própria existência, é que faz sentido para o direito o reconhecimento e a promoção do respeito à orientação sexual como direito personalíssimo.

O direito fundamental encontra-se encartado na Carta Política dos países democráticos, refletindo a progressão das necessidades de realização do homem, como pessoa, como ser humano em processo de autorealização. E, por conta do comando

¹¹² DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: O preconceito & a justiça.** *Op. Cit.*, p. 53.

¹¹³ *Idem*, p. 57.

constitucional, imperativo da promoção da autorealização do ser humano como fundamento da República e fim da ordem estatal, realçada está a possibilidade da tutela jurídica da opção sexual, visto que integra a esfera de autonomia individual de toda e qualquer pessoa¹¹⁴.

A nova ordem constitucional culminou por assegurar, segundo Cortiano Jr.¹¹⁵, por meio do princípio da promoção da dignidade da pessoa humana, que “a última ratio do direito é o homem e os valores que traz encerrado em si”.

Sob a matiz de promoção e efetivação, capacidades e atributos humanos, a norma constitucional se propõe a viabilizar a plena realização das mais diversas necessidades do ser humano. Portanto, valendo-se dessa prerrogativa, os homossexuais e os casais formados por pares homossexuais vêm buscando e obtendo um novo tratamento no contexto jurídico.

A jurisprudência brasileira, acompanhando a tônica internacional, vem reconhecendo, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, as necessidades humanas no plano da realização da personalidade e, em decorrência disso, da sexualidade¹¹⁶ não são isonômicas, e que as uniões homossexuais vão além do simples fato de se constituírem por pares de mesmo sexo, pois são uniões que têm sua gênese no afeto, na mútua assistência e solidariedade entre os pares e, dessa forma, não seria mais possível se deixarem de reconhecer efeitos jurídicos para esse tipo de união.

Dessa forma, os direitos fundamentais esculpidos na Carta Constitucional, tais como os direitos de liberdade sexual e igualdade, têm uma correspondência direta e mediata com a realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse perfil, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que se caracteriza como uma *categoria axiológica aberta*¹¹⁷, visa ao tratamento humano igualitário naquilo que é essencial à natureza humana todos iguais em dignidade, bem como o respeito à diferença quanto ao pleno desenvolvimento de todas as potencialidades e necessidades humanas que podem apresentar-se como diferentes e plurais, porque estão intimamente vinculadas à diversidade dos valores que se

¹¹⁴ Ibidem, p. 58.

¹¹⁵ CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson [org.]. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 32.

¹¹⁶ “A psicologia define a sexualidade humana como uma combinação de vários elementos: o sexo biológico (o corpo que se tem), as pessoas por quem se sente desejo (a orientação sexual), a identidade sexual (quem achamos que somos) e o comportamento ou papel sexual”. (Revista ISTO É, São Paulo, n. 1.556, p. 68, 28 jul. 1999).

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit., p. 102.

manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.

Com efeito, no conjunto de direitos fundamentais (art. 227, caput, da Constituição Federal de 1988), a liberdade da vida familiar é o poder de organizar e desenvolver a vida em uma comunidade.

A família significa um complexo de interesses¹¹⁸ que vivem uma realidade de reconstrução permanente de hierarquias, de reciprocidade, de autoridade e de afeto que estão proporcionando modificações positivas e negativas e que certamente ofuscam ainda mais as fronteiras¹¹⁹.

A convivência familiar e comunitária é saudável à criança e ao adolescente.

O Estatuto da Criança e Adolescente assegurou como direito da criança e do adolescente o direito à convivência familiar e comunitária na sua família de origem ou numa família substituta, visando a garantir, uma vez ausente a situação ideal acima esboçada, possa tanto a criança, quanto o adolescente reivindicarem esse direito, posto que estatutária e constitucionalmente a ele assegurado.

A partir do momento em que a família passa a ser constituída pelo núcleo pais e filhos, a energia familiar se direciona para a criança e suas necessidades essenciais, bem como para a educação e a preocupação com o futuro.

O direito à convivência familiar envolve muito mais do simplesmente viver numa família.

Nesse sentido traz se o pensamento de Viviane Girardi¹²⁰:

A proximidade leva à afetividade, o que só faz confirmar a tese jurídica contemporânea da supremacia da paternidade sociafetiva, sobre a meramente biológica quando se trata da formação do elo paterno-materno-filial, pois a paternidade/maternidade e, conseqüentemente, a filiação, não é um dado e sim um construído, na medida em que é estruturada e engrandecida pelos cuidados e trocas ministrados na intimidade dos contatos do cotidiano e não por uma determinação puramente genética.

Via de consequência, entre os direitos fundamentais, assegurados às crianças e adolescentes, revelam-se, sobremaneira, importantes a convivência familiar e comunitária previstas no Estatuto da Criança e Adolescente.

Com efeito, integra a liberdade sexual a faculdade de o indivíduo definir a sua orientação sexual, bem assim externá-la por meio não só de seu comportamento, mas de

¹¹⁸ MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo. *Op. Cit.*, p. 39.

¹¹⁹ ÀVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula; FERREIRA, Verônica [orgs]. **Novas legalidades e democratização da vida social: Família, sexualidade e aborto**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 91.

¹²⁰ GIRARDI, Viviane. *Op. Cit.*, p. 107.

sua aparência e biotipia. Esse comportamento de liberdade reforça a proteção de outros bens da personalidade como o direito à identidade, o direito à imagem e, em grande escala, o direito ao corpo.

Nas palavras de Fernandez Sessarrego *apud* Costa¹²¹, o direito à identidade sexual:

[...] é um dos direitos fundamentais da pessoa humana. Esta específica situação jurídica, subjetiva, faculta ao sujeito a ser socialmente reconhecido tal como ele é, e, correlativamente, a imputar aos demais o dever de não alterar a projeção comunitária de sua personalidade. A identidade pessoal é a maneira de ser, como a pessoa se realiza em sociedade, com seus atributos e defeitos, com suas características e aspirações, com sua bagagem cultural e ideológica; é o direito que tem todo sujeito de ser ele mesmo. E, assim, prossegue dizendo o mais importante: a identidade sexual, considerada como um dos aspectos mais importantes e complexos, compreendidos dentro da identidade pessoal, forma-se em estreita conexão com uma pluralidade de direitos, como são aqueles atinentes ao livre desenvolvimento da personalidade [...].

Frente à doutrina exposta, o direito à identidade sexual faculta ao indivíduo livremente expressar à orientação sexual, que independe do chamado sexo biológico e, segundo a Psicologia e a Psicanálise, forma-se no inconsciente.

Importa considerar, ademais, o princípio constitucional da igualdade, que outorga específica proteção no que diz as questões da liberdade e da dignidade.

Como bem lembra Dias¹²², “A garantia da cidadania passa pela garantia da expressão da sexualidade, e a liberdade de orientação sexual insere-se como uma afirmação dos direitos humanos”; complementando a autora “[...] um Estado Democrático de Direito, que valoriza a dignidade da pessoa humana, não pode chancelar distinções baseadas em características individuais”¹²³.

A dignidade e a liberdade do ser humano englobam o direito de identidade pessoal e, por consequência, o direito de identidade sexual, os quais devem ser respeitados numa sociedade que se diz comprometida com a emancipação humana.

Para Bauman¹²⁴, “[...] as pessoas em busca de identidade se veem invariavelmente diante da tarefa intimidadora de alcançar o impossível”, pois a “[...] identidade não é vista como coisa imutável, mas como algo em progresso, como um

¹²¹ COSTA, Wellington Soares da. **Homossexualidade e direitos à identidade sexual**: um estudo a luz do direitos da personalidade, 2008, p. 300. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/471/413>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

¹²² DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: O preconceito & a justiça**. *Op. Cit.*, p 16.

¹²³ *Ibidem*, p 147.

¹²⁴ BAUMAN, Zigmunt. **Identidade**: entrevista a Benedito Veichi. Rio de Janeiro, 2005, p. 16.

processo”¹²⁵.

Isso implica que há de ser feito o reconhecimento legal da união afetivo-sexual de homossexuais, a fim de serem respeitadas a dignidade e a liberdade humanas – sem qualquer espécie de restrição discriminatória – e, não obstante, o reconhecimento jurídico dos direitos básicos de cidadania dos homossexuais vem-se dando a lentos passos, inclusive no que atina ao estabelecimento dos seus vínculos afetivo-sexuais com proteção e segurança jurídica, conferidas tão somente às relações heterossexuais convencionais.

Destarte, imperioso se faz a essa altura um entendimento acerca da discriminação por meio de orientação sexual, pois representa uma hipótese de discriminação por motivo de sexo, privando essas pessoas de um reconhecimento legal e impedindo o acesso da criança a uma vida familiar¹²⁶.

Roger Raup Rios¹²⁷ ilustra com clareza:

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

Essa diferenciação intrínseca aos sujeitos de direito na realização dos fatos sociais não pode significar discriminações e preconceitos, haja vista que o Estado Democrático de Direito permite a conformação das diferenças.

Sob o prisma da não discriminação, Moschetta¹²⁸ assevera:

Assim, não é permitido a discriminação em razão da orientação sexual, por ferir a ordem constitucional e democracia e por ofender a dignidade da pessoa humana, devido ao envolvimento com pessoas do mesmo sexo. Assim, a regra é a isonomia, mas não se pode afastar a possibilidade do tratamento desigual ou diferenciado legítimo, que pode ocorrer se estiver presente uma situação jurídica que requeira um tratamento diferenciado, desde que justificado e fundamentado, figurando, pois, a exceção.

¹²⁵ Ibidem, p. 89.

¹²⁶ Ibidem, p. 58.

¹²⁷ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 72-73.

¹²⁸ MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo. *Op. Cit.*, p. 121.

Assim, o princípio da igualdade constitucionalmente informa o sistema para a busca da igualdade material, ou seja, a promoção da isonomia no contexto da diferença, proibindo a discriminação.

Trilhando a mesma linha de pensamento, escreve Viviane Girardi¹²⁹:

A proteção constitucional contra a discriminação reflete a preocupação com o tratamento igualitário de todos quanto ao exercício dos direitos historicamente consagrados no texto constitucional, ao mesmo tempo em que proíbe favoritismo ou privilégios em decorrência desses critérios diferenciados.

Na ótica de Alexy¹³⁰, “Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual”. Por outro vértice, “Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual”¹³¹.

Diante disso, tem-se a coexistência de tratamento igual e desigual, mas este só será aceito se, e somente, for possível justificá-lo¹³².

Enfim, protegido pelo manto do princípio da igualdade, os homossexuais não podem receber um tratamento diferenciado daqueles destinados aos heterossexuais, fundamentado unicamente na orientação sexual.

Ainda com apoio na doutrina Alexyana, ao delinear o tratamento diferenciado, escreve Viviane Girardi¹³³:

Aplicação concreta do princípio da igualdade implica um juízo necessário de comparação entre duas ou mais pessoas, categorias ou situações, possibilitando a partir desse juízo de comparação o tratamento diferenciado sempre que a situação concreta assim o exigir.

No entanto, é necessária atenção, para que esse tratamento diferenciado não se revista de discriminação, ou seja, para que não se preste a manter ou acirrar a desigualdade, mas sim a permitir o exercício legítimo da diferença.

¹²⁹ GIRARDI, Viviane. *Op. cit.*, p. 76-77.

¹³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. *Op. Cit.*, p. 395.

¹³¹ *Ibidem*, p. 397.

¹³² RIOS, Roger Raupp. *Op. Cit.*, p. 72-77.

¹³³ GIRARDI, Viviane. *Op. Cit.*, p. 77.

CAPITULO 2 – AFETIVIDADE COMO BASE DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 Considerações iniciais

A família é uma instituição transdisciplinar por excelência e tem sido objeto de estudo de muitas áreas de conhecimento.

Como bem acentua Benedito José de Carvalho Filho¹³⁴:

É uma matriz de subjetividade, de identidade onde o mundo mental de cada membro e o mundo que os membros constroem juntos são uma verdadeira mente à parte. Essa mente contém todos os elementos do sócio, do cultural e do momento econômico em que ela estabelece: é um todo orgânico, vivo, palpitante e inter-relacionado. Por isso, ela tem sido vista com vários olhares da modernidade.

É interesse notar que a família é a instância fundamental na mediação entre o indivíduo e sociedade, integrando o leque das instituições comprometidas com a reprodução da ordem social. Esse papel socializador é atribuído à família pelas mais diversas correntes do pensamento sociológico.

Neste capítulo, pretendemos realçar alguns traços evolutivos dessa diversidade de olhares sobre a família e suas implicações, demarcando os que poderíamos chamar os pontos fortes da reflexão sobre a família, que vão possibilitar construir uma imagem da família no mundo moderno.

2.2 A família e sua evolução

Os primeiros estudos sobre a família vão-se fixar nos estudos da pré-História, buscando uma teoria que explique a sua evolução.

Carvalho Filho¹³⁵ traz a baila uma das teses mais polêmicas de Engels, a afirmação de que teria havido um período matrilinear. Confira-se a propósito a lição do autor:

As ideias de que as sociedades atravessaram sucessivas formas de acasalamento e de que a família e a organização patriarcal haviam sido precedidas por uma etapa matriarcal são as primeiras formulações antropológicas que, no início do século, irão marcar os estudos sobre a família na sociedade burguesa moderna.

¹³⁴ CARVALHO FILHO, Benedito José de. **Marcas de família, travessia no tempo**. São Paulo. Annablume; Fortaleza: Secretaria da Cultura e Desporto do Governo do Estado do Ceará, 2000, p. 43.

¹³⁵ Ibidem, p. 44.

Gama¹³⁶, em sua obra *Direito de Família brasileiro*, descreve essa passagem de um matriarcado para o patriarcado, e apontando que não existia um comércio sexual promíscuo, onde cada mulher pertencia a vários homens e cada homem pertencia a várias mulheres, dentro de uma tribo, desenvolvendo a formação de união por grupos até excluir as relações sexuais entre pais e filhos, e, posteriormente, excluir dessas relações, também, os irmãos. Diz ele:

De acordo com a teoria matriarcal, após o estágio original da promiscuidade sexual, no qual todas as mulheres pertenceriam a todos os homens, evolui-se para o momento em que a genitora era o centro e a origem da família, existindo a penas o parentesco uterino, diante da certeza da maternidade e da insegurança acerca da paternidade. A teoria patriarcal, ao contrário, nega a promiscuidade sexual originária, sustentando que, desde os tempos mais remotos, o pai sempre foi o centro da organização familiar.

Para Morgan, a ideia de família passou por sucessivos estágios de desenvolvimento, nos quais a família monogâmica, tal como qual conhecemos, constitui a última forma. Existiam formas mais antigas, anteriores a essa e que predominaram universalmente no estado selvagem, bem como no período mais tardio e no período médio barbárie¹³⁷.

Aristóteles¹³⁸ relata que as pessoas se uniam instintivamente para a satisfação do impulso sexual e para congregar forças e, assim, poder enfrentar os perigos naturais, dividindo tarefas para a sobrevivência e estabelecendo seu território.

Segundo Morgan, podem-se distinguir cinco formas diferentes e sucessivas de família: a família consanguínea, que se fundava sobre o intercasamento de irmãos e irmãs, carnais e colaterais, no interior do grupo; a família punaluana, que se fundava sobre o casamento de várias irmãs, carnais e colaterais, com os maridos de cada uma das outras, no interior de um grupo. Fundava-se, também, sobre os irmãos, carnais e colaterais, com a esposa de cada um dos outros de um mesmo grupo. A família sindiásmica ou de casal, fundava-se sobre o casamento entre casais individuais, mas sem a obrigação de coabitação exclusiva. O casamento prosseguia, enquanto as partes o desejassem. A família patriarcal fundava-se sobre o casamento de um só homem com

¹³⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito da família brasileiro:** (Introdução - abordagem sob perspectiva civil-constitucional). São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira, 2001, p. 16-17.

¹³⁷ CANEVACCI, Massimo (org). **Dialética da família.** São Paulo: Brasiliense. 3. ed., 1981, p. 56.

¹³⁸ ARISTÓTELES. **Política.** Barueri/SP. Ed. Martim Claret, 2002, p. 12.

diversas mulheres. Finalmente, temos a família monogâmica, fundando-se sobre o casamento de casais individuais, com obrigação de coabitação exclusiva¹³⁹.

Friedrich Engels¹⁴⁰, em sua obra *A Origem da família, da propriedade privada e do Estado*, faz uma análise da família monogâmica, originária da família sediásmica, que se baseia no poder do homem, com a finalidade precípua de procriar filhos de paternidade incontestada. E essa paternidade é exigida porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, devem, um dia, apossar-se da fortuna paterna. Diferencia-se do casamento sindiásmico por uma maior solidez do vínculo conjugal, cuja dissolução não é mais facultativa. Somente o homem tem a possibilidade de romper o vínculo e de repudiar sua mulher. O Código Napoleônico concede-lhe esse direito de modo explícito, contanto que ele não leve a concubina para o domicílio conjugal.

Ainda segundo o autor, a monogamia não foi de modo algum um fruto do amor sexual individual com o qual não tinha absolutamente nada em comum. O casamento era baseado simplesmente em uma convenção. Foi a primeira forma familiar fundada não mais sobre condições naturais, mas sociais, particularmente sobre o triunfo da propriedade individual sobre o comunismo espontâneo primitivo. Preponderância do homem na família e procriação de filhos que vêm ser seus e que são destinados a se tornarem os herdeiros de sua fortuna, essas foram às únicas finalidades da monogamia¹⁴¹.

Foi essa a origem da monogamia, tal como a podemos encontrar entre os povos mais civilizados e que alcançaram o nível mais elevado de desenvolvimento na Antiguidade.

Rosseau¹⁴² aborda a questão de maneira diferente e mostra-nos que a entidade familiar se apresentava como organização natural, ditada pelas regras da natureza, onde homens e mulheres se uniam por instintos sexuais, para fins de reprodução e de mútuo auxílio. Diz o autor:

Não havia monogamia, fatos humanos originários ou primários são, portanto, as relações dos homens com a natureza na luta pela sobrevivência. Essas relações de labor e trabalho dão origem à primeira instituição social, a família.

¹³⁹ CANEVACCI, Massimo (org). *Op. Cit.*, p. 56-57.

¹⁴⁰ ENGELS, Friedrich. **A origem a família, da propriedade privada e do estado**. 14. ed., Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 66.

¹⁴¹ ENGELS, Friedrich. *Op. Cit.*, p. 75-91.

¹⁴² ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: ou princípios do direito político**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002, p. 24.

Neste quadro, conforme alinhavado pelo autor, tem-se a primeira forma de organização familiar, que surgiu da necessidade de sobrevivência dos seres humanos, reproduzindo-se e protegendo-se.

Para Engels, a família monogâmica já não traz em seu seio condições naturais de sua formação, mas sim condições econômicas. Exemplificada,

nomeadamente na vitória da propriedade privada sobre a originária propriedade comum natural. Dominação do homem na família e procriação de filhos que pudessem ser seus e que estavam destinados a tornar-se herdeiros da sua riqueza eram os únicos objetivos do casamento singular, conforme os gregos exprimiam sem rodeios. De resto, o casamento singular era para eles um fardo, uma obrigação para com os deuses. O Estado e seus antepassados¹⁴³.

Em continuação, Engels pontua que a família e a propriedade concretizaram e acentuaram a relação delas com o desenvolvimento das forças produtivas:

Nas chamadas sociedades “primitivas” ou “em desenvolvimento” onde a produção é limitada, os vínculos de parentesco extenso formam frequentemente a essência das obrigações de indivíduo e envolvem as próprias instituições políticas e econômicas. O oposto ocorre na sociedade desenvolvida. Disso deriva que a família patriarcal e individual moderna promove o desenvolvimento da propriedade privada, por um lado, e, por outro, faz com que se perca o caráter público da família antiga¹⁴⁴.

Da mesma forma que a família e a propriedade concretizaram e acentuaram a relação delas com o desenvolvimento das forças produtivas, a religião determinava a constituição da família, do parentesco entre os homens, com objetivos de perpetuação *ad infinitum*. E regulava o direito da propriedade com mesmo objetivo: o de perpetuar o culto e a religião.

Nesse sentido, menciona-se um trecho bastante esclarecedor da obra *A cidade Antiga*:

Há três coisas, desde as mais remotas eras, se encontraram fundadas e estabelecidas solidamente pelas sociedades grega e italiana, a religião doméstica, a família e o direito de propriedade; teres coisas que apresentaram entre si manifesta relação e que parece terem mesmo sido inseparáveis¹⁴⁵.

¹⁴³ ENGELS, Friedrich. *Op. Cit.*, p. 66.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 22-56.

¹⁴⁵ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003, p. 44.

A religião representou o principal elemento constitutivo da família antiga. Pelo culto ao mesmo antepassado surgiram as entidades familiares. Os integrantes da família antiga eram unidos pela religião doméstica e pelo culto aos antepassados, que selavam a união familiar.

Em outra direção, com olhar diferente do enfoque antropológico, o historiador francês Ariès mostra-nos como foi lenta e cheia de meandros a constituição da família, tal como conhecemos hoje. Até o século XVI, a família existia fundamentalmente como linhagem, como instituição política, e não como espaço doméstico. Segundo as suas observações, a família se consolida apenas no século XIX, com os preparativos finais, feitos na segunda metade do século XVIII¹⁴⁶.

A família existia na realidade, mas não enquanto sentimento e valor. É somente no século XVIII que ela se consolida na sociedade burguesa, tornando-se na modernidade uma sociedade fechada, onde seus membros gostam de permanecer. É partir desse século que ocorre a privatização da família, com as repartições de espaços, a valorização do pudor e da decência, da limpeza e do isolamento ou privacidade, etc.

É a partir daí, também, como observa Ariès¹⁴⁷:

Um movimento visceral destruiria as antigas relações de vizinhanças, de amizade e de tradição. A história de nossos costumes se reduz em parte a esse longo esforço do homem para se separar dos outros, para afastar de uma sociedade cuja pressão não pode mais ser suportada. A casa perde o caráter de um lugar público que possuía em certos casos no século XVIII, em favor de um clube e do café, que, por sua vez, se tornam menos frequentados. A vida profissional e a vida familiar abafaram essa outra atividade: a atividade das relações sociais.

Justamente com a privatização da esfera familiar, consequência como vimos, da privatização da propriedade, forja-se toda uma subjetividade, todo um conjunto de ideias, costumes e valores que parecem para quem está imersos neles, naturais e eternos. O cenário desse espaço natural onde convive a família burguesa do século XVIII é:

A grande sala de jantar adornada de quadros profanos (caçadas e guerra) a lado da imagem da Sagrada Família; o salão de festas, o de nascer às cortesias amorosas ou amor galante (regras, jogos, palavras com os quais os homens cortejam as mulheres e estas seduzem os homens, aprendem as técnicas para isso, como por exemplo, arte de usar o leque que, conforme a cor, o tamanho ou a velocidade e altura, aberto ou fechado, é uma verdadeira linguagem sexual, as mulheres exprimindo, pelo artifício galante, seus desejos); e os dormitórios dos danos da casa, onde as visitas são recebidas

¹⁴⁶ Ariès, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977, p. 272.

¹⁴⁷ Idem, p. 272.

para conversa, cantos, leituras de poema, amigos e servidores¹⁴⁸.

Valores como virgindade, obediência aos pais, casamento, educação dos filhos, normas de higiene, divórcio, adultério e relação homossexual foram forjados historicamente. Por isso, não podemos falar em família em abstrato, fora da história, assim como não podemos falar em valores imutáveis. A subjetividade, os valores, as crenças, os costumes, à proporção que alteram as bases que lhe dão sustentação, mudam, transmudam-se, desaparecem e, em seu lugar, surge uma nova forma de viver, de sentir o mundo.

A noção do privado só se torna possível a partir do século XV, com o novo papel assumido pelo Estado, que vai interferir cada vez mais no espaço entregue à comunidade, com a difusão cultural, o desenvolvimento de uma nova forma de religião e, também, com a mudança de atitudes em relação ao corpo e o gosto pelo isolamento. É a partir daí que a família deixa de ser somente uma unidade econômica e tende a tornar-se um refúgio, um local de afetividade, onde se estabelecem relações sentimentais entre o casal e os filhos.

Assim, a família moderna destina-se à socialização amorosa das crianças, priorizando-se a intimidade e a privacidade do casal e seus filhos, em detrimento dos vínculos de amizade e vizinhanças. Os cuidados e a educação das crianças passam a ser valorizados de uma forma nunca antes imaginada, cabendo aos pais, solícitos e eficazes, transmitirem os valores, hábitos e tradições socialmente dominantes.

A propósito do tema, confira a lição de Mello¹⁴⁹,

A constituição da família conjugal moderna passa a ser marcada por duas características fundamentais: a afirmação da individualidade dos sujeitos na escolha de seus cônjuges, a partir dos ideais do amor romântico; e a maior independência dos novos casais em relação às suas famílias de origem.

A constituição dessa nova família, como lugar obrigatório do afeto, do sentimento e do amor e espaço privilegiado de eclosão da sexualidade seria uma decorrência daquilo que Foucault¹⁵⁰ chama de “fixação do dispositivo de aliança e do dispositivo de sexualidade na forma familiar”.

¹⁴⁸ CHAUI, Marilena. **Repressão sexual, essa nossa (desc)conhecida**. São Paulo. Ed. Brasiliense, 1984, p. 131.

¹⁴⁹ MELLO, Luiz. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 26.

¹⁵⁰ FOUACAULT, Michel. **História da sexualidade 1**. A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 2013, p. 85-90.

Destarte, na constituição do vínculo matrimonial, a dimensão afetiva passa a predominar sobre a econômica, por meio de valorização social da ideologia da livre escolha amorosa, num momento em que os seres humanos não mais precisavam viver integrados a grandes grupos sócio familiares para garantirem sua sobrevivência e sua reprodução material e psíquica.

O casamento passa a significar, basicamente, a formação de uma aliança entre dois indivíduos que dizem amar-se e não mais, apenas, entre dois grupos sociais ou linhagens.

É claro que as famílias dos recém-casados, em função do próprio casamento, necessariamente se deparam com a possibilidade e a necessidade de construção de alianças, as quais, porém, não são mais o objetivo primeiro na formação de novas unidades familiares.

Nesse contexto, confira-se mais uma vez o entendimento de Mello¹⁵¹:

As práticas e os valores dessa família moderna foram assumidos até recentemente como absolutos e universais, tanto nas análises históricas quanto nos estudos referentes à sociedades contemporâneas, numa perspectiva nitidamente etnocêntrica, que define o diferente como inferior. No mundo de hoje, poucas, são as sociedades em que a família e o casamento podem ser pensados a partir de uma transposição acrítica do diário familista oitocentista.

As expressivas transformações sociais, políticas, culturais e econômicas do último século têm afetado, sobremaneira, a família e o casamento, especialmente na sociedade em que a inserção das mulheres na esfera pública e conseqüentemente conquistas de direitos formais de cidadania estão a desafiar a hierarquia sexual, que ao longo da história tem legitimado organizações societárias androcêntricas.

Em página adiante conclui Mello¹⁵²:

A variabilidade histórica evidencia as dificuldades de construção de conceitos gerais e unívocos de família e de casamento. Assim como não há uma família definida em termos absolutos, mas tipos históricos específicos de associações familiares, influenciados por variáveis ambientais, sociais, econômicas, culturais, políticas, e religiosas, as formas de casamento, além de variarem de uma sociedade para outra, também têm sofrido profundas transformações ao longo da história. Família e casamento são, portanto, categorias culturais cuja universalidade deve ser relativizada, para que não incorra em entrocêntrismo.

¹⁵¹ MELLO, Luiz. *Op., cit.*, p. 26-27.

¹⁵² *Idem*, p. 27.

Com efeito, a partir do século XX a família passa por transformações intensas, aparentemente desconcertantes. O que se constata é que a generalização do divórcio, da monoparentalidade, da autonomização da sexualidade em relação à conjugalidade e à reprodução, a possibilidade de não-coabitação, as experiências de multiplicidade e simultaneidade de parceiro afetivo-sexuais, a redefinição dos papéis de gênero e a secularização dos vínculos conjugais têm proporcionado uma intensa transformação nas representações sociais da família e do casamento.

Todas essas mudanças passavam até recentemente ao largo daquele que pareceria ser o único e último consenso acerca das idéias de família, casamento e amor: arraigada na crença de que a família e no casamento são realidades sociais intrinsecamente associadas à vinculação afetivo-sexual entre homem e uma mulher.

Destarte, a noção de família apresenta uma reflexão vincada intimamente na estrutura da sociedade, até porque a evolução da sociedade se espraia para os ranchos familiares¹⁵³ e “A família é o que permite à sociedade existir, funcionar, reproduzir-se”¹⁵⁴.

Com a evolução social e, conseqüentemente, com a necessidade de normas para regulamentar as praticas sociais, surgiram às primeiras codificações civis, as quais serviram para orientar, inclusive, a organização da família.

2.3 O Direito Civil Constitucional

A Constituição do Império de 1824 determinava que se organizasse, quanto antes, um Código Civil fundado na justiça e na equidade. Depois de mais de quinze anos de debates, em 1º de janeiro de 1916, foi promulgado o Código Civil brasileiro. Silvio Rodrigues¹⁵⁵ lembra: “[...] o Código Civil brasileiro representava, ao tempo de sua feitura, aquilo que mais de completo se conhecia no campo do direito”.

É de bom alvitre mencionar que o Código Civil tinha atenção mais voltada para os problemas de uma pequena sociedade burguesa e conservadora do que para os grandes problemas humanos, que os tempos modernos parecem propor de maneira dramática.

¹⁵³ MOSCHETA, Silvia Ozeleme Rigo. **Homoparentalidade**. Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 29.

¹⁵⁴ BEAUVOUR, Simone de, **O segundo sexo: a experiência vivida**. Tradução de Sergio Millet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, p. 295.

¹⁵⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 12.

A despeito destes defeitos, decorrentes da circunstância de ter nascido ao fim de uma fase da história, o Código representava um grande monumento jurídico.

Mas de qualquer modo, a imagem que se tinha dos direitos no Código Civil era de uma sociedade unitária e igualitária, subordinada aos princípios da liberdade de propriedade e da liberdade contratual, impulsionada pelo lucro, fruto da revolução industrial¹⁵⁶.

Mesmo sendo o Código Civil o centro do direito privado, o Estado precisou intervir nas relações jurídicas quanto à regulamentação da vida privada dos cidadãos, porque sofreu influências de movimentos sociais, do processo de industrialização.

Desde a promulgação do Código Civil, ou seja, a matéria de cunho privado tratada pelo Código sempre foi tênue ou praticamente inexistente.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e de todo o envolvimento legislativo que a ela se seguiu, houve incidência direta dos princípios fundamentais dessa Constituição sobre o direito civil e as relações por ele reguladas.

Conforme menciona Viviani Girardi¹⁵⁷:

O direito civil publicizou-se, na medida em que seu fundamento de eficácia e validade se deslocou dos valores encerrados na codificação para a órbita constitucional, assumindo, assim, uma nítida natureza de ordem pública, o que implica a possibilidade tanto de tutela dos direitos positivados como da perspectiva de reivindicação e promoção de tais direitos.

Percebe-se, nesse contexto, um divisor de água, o que se denominou descodificação, ou seja, incidência direta da matéria constitucional, tornando cada vez mais frágil a linha que tradicionalmente dividia o estudo do direito na dicotomia público e privado.

Os princípios fundamentais, inscritos na ordem constitucional, impuseram a necessária reformulação de toda normativa infraconstitucional, entre elas a vetusta codificação civil que se abre para recepcionar os princípios e valores constitucionais, sem abalar os alicerces da dogmática do direito civil¹⁵⁸.

¹⁵⁶ WIEACKER, Franz. **História do privado moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gullbenkian, 1967, p. 528.

¹⁵⁷ GIRARDI, Viviani. **Famílias Contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

¹⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 4-5.

Esse processo fez com que incidisse a penetração do direito constitucional sobre a matéria infraconstitucional, podendo ser denominado de fenômeno hermenêutico da constitucionalização do direito civil.

Com efeito, ainda nas palavras de Viviani Girardi¹⁵⁹:

A Constituição como carta política e como norma a ocupar o lugar mais alto da hierarquia das fontes, sua incidência no mundo jurídico revela a necessidade de adequação e sistematização da legislação infraconstitucional, com a nova perspectiva de valores e princípios de natureza econômica, social, políticos e éticos por ela trazidos. “Daí – a obrigação – e não mais a livre escolha – imposta aos juristas de levar em consideração a prioridade das normas constitucionais, sempre que se deva resolver um problema concreto”.

A incidência das normas da Constituição sobre a legislação infraconstitucional traçou um novo paradigma, pois aboliu o individualismo pregado pelo Código Civil, nascido das luzes iluministas e influenciados pela ótica dos Estados modernos de cunho individualista, o reconduzindo aos valores e princípios fundamentais da República¹⁶⁰.

Importa considerar que o Código Civil permanece, ainda, como sistema unitário e integrado, embora não esteja mais no centro do ordenamento jurídico civil.

Mesmo sendo o Código Civil o centro do direito privado, o Estado precisou intervir nas relações privadas¹⁶¹, porque sofreu influências de movimentos sociais. Assim foi necessária a criação de novos mecanismos normativos no intuito de serem resolvidas demandas para as quais o aparato da codificação civil não se mostrava apto e adequado.

Não obstante a mudança do eixo central da codificação para a ordem constitucional e a proliferação de estatutos normativos específicos, não significaram que se retirou do Código Civil o fundamento unitário do ordenamento, fragmentando-os, mas sim uma interpretação coerente com os valores atuais que informam e possibilitam a leitura sistematizada da ordem legal positivada.

A propósito do tema, confira-se mais uma vez o entendimento de Viviani Girardi¹⁶²:

O fenômeno jurídico da constitucionalização do direito privado importa não só, na derrocada da célebre divisão Estado de um lado, sociedade civil de outro, como também, na mudança do paradigma político – legal, pois a

¹⁵⁹ GIRARDI, Viviani. *Op. Cit.*, p. 37.

¹⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os novos rumos do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 10.

¹⁶¹ MOSQUETA, Ozelame Rigo. **Homoparentalidade**. Direito à adoção humana assistida por casais homoafetivos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 37.

¹⁶² GIRARDI, Viviani. *Op. Cit.*, p. 38.

alteração do ponto de convergência e articulação, ou seja, de fundamento das condicionantes de interpretação e aplicação do direito não se encontram mais calcadas na ótica liberal burguesa, que informou o codificação do início do século passado, mas sim nos valores de uma ética social que funda a Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, a constitucionalização do direito civil tem como característica principal a colocação da pessoa humana e sua dignidade no centro do ordenamento.

Tepecino¹⁶³ sintetiza a questão aduzindo que:

A Constituição de 1988, centro reunificador do direito privado, disperso diante da proliferação da legislação especial e da perda de centralidade do Código Civil, consagrou, em definitivo, uma nova tábua de valores no ordenamento brasileiro.

Destarte, a Constituição Federal em seu artigo 1º, III, trouxe a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, impondo que as normas infraconstitucionais contemplem a axiologia trazida pelo constituinte.

Inegável que toda essa inversão axiológica refletiu no reconhecimento legal da família.

A Constituição Federal de 1988 incorporou em seu texto alguns institutos fundamentais e, entre eles, contemplou a entidade familiar.

Antes da promulgação da Constituição o cenário do direito de família estava de certa forma, fragilizado, pois o Código Civil visava à família patriarcal, individual e matrimonial.

O Código Civil de 1916 tinha em uma das suas características a indissolubilidade do casamento, sob inspiração religiosa de sacramentalização do matrimônio.

A família matrimonializada tinha higidez como uma de suas características, fundando-se no poder marital sobre a esposa e no pátrio poder, hoje denominado de poder familiar.

Não obstante a radiografia familiar, o sistema codificado possui sua história e seus valores, mas o que se detecta é que são modelos familiares fechados, que não se coadunam com os anseios de uma sociedade que sofre mutações, trazendo outros valores para o seio familiar, esses considerados ainda tímidos no contexto jurídico atual, como é o caso da afetividade.

¹⁶³ TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 396.

Mister se faz a observação apontada por Moscheta¹⁶⁴:

Não se pode deixar de considerar a influência de fatores exógeno que penetraram na família, trazendo mudanças nas relações vivenciadas por aqueles que a compõem, como, por exemplo: longevidade, emancipação feminina, perda da força do cristianismo, liberação sexual.

Diante dessa concepção, observa-se que a função da família não é mais patrimonialista, mas a realização pessoal, almejando a felicidade, que sustenta as entidades familiares.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 reconheceu uma situação latente na família brasileira, a existência de entidades familiares plurais. Ou seja, rompeu com o modelo estigmatizado de família condicionado ao matrimônio e recepcionou, dentro de uma concepção plural, outras formações familiares¹⁶⁵.

Ao contrário das constituições brasileiras anteriores, a Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio da Declaração Universal dos Direitos do Homem no sentido de ser a família a base da sociedade e merecer proteção do Estado (art.226). Assim, importa ressaltar o reconhecimento amplo e plural da família e não somente aquela considerada legítima porque fundada no ato civil do casamento.

A Constituição efetivou o reconhecimento legal da família plural, merecendo proteção do Estado, além da família tradicionalmente fundada no casamento, os núcleos familiares formados pelos companheiros, estes e filho(s), e as famílias monoparentais, como tais consideradas as formadas por uma dos pais e filho(s).

É relevante destacar a importância da lição de Luiz Edson Fachin¹⁶⁶ ao referir-se à transformação da família.

[...] ancorados nos princípios constitucionais, o Direito de Família, ‘constitucionalizado’ não deve ter como horizonte final o texto constitucional expresso. Os princípios desbordam das regras e neles a hermenêutica familiar do século XXI poderá encontrar abrigo e luz.

Essa valorização do espaço familiar, próprio e inerente à realização do ser humano, dota a entidade familiar de função e reconhece a afetividade como o laço a mantê-la unida e existente.

¹⁶⁴MOSQUETA, Ozelame Rigo. *Op. Cit.*, p. 34.

¹⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Sobre o projeto do código civil brasileiro**: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. Boletim da faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000. V. LXXVI, p. 130.

¹⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 297.

2.4 Repersonalização do direito da família: princípios da solidariedade, fraternidade, felicidade e o melhor interesse da criança e do adolescente.

A consagração da força normativa dos princípios a partir da Constituição de 1988 e sua aplicação mais efetiva no Direito de Família, a partir de estudos de Direito Civil Constitucional, nos fornece um caminho metodológico apto a ampliar e permitir uma melhor interpretação das relações existenciais e ainda produz uma transformação sensível, por vezes mal compreendida, mas próxima do ideal do respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

Dessa forma, necessário discorrer sobre alguns princípios aplicados ao Direito de Família Brasileiro.

Ainda que haja pela doutrina a consagração de diversos princípios, em razão do tema e das escolhas para este trabalho, as quais se reputam de maior pertinência para integração e aperfeiçoamento das normas, somente alguns são detalhados a seguir:

a) Princípio da solidariedade familiar

Solidariedade não é mero sentimento, não se confunde com compaixão, com piedade, não é um enternecimento pela dor do semelhante estando ele próximo ou distante.

Segundo Di Lorenzo¹⁶⁷:

A solidariedade refere-se ao papel do meio social na realização a dignidade da pessoa humana, àquele aspecto extrínseco que diz respeito ao reconhecimento. É uma síntese que compreende os demais princípios personalistas e é a mais clara manifestação do princípio de unicidade dos princípios personalistas supra mencionado. Num mínimo conceitual, podemos definir solidariedade como aquela ação concreta em favor do bem do outro. [...] solidariedade é uma categoria essencial da vida social.

Segundo o autor a solidariedade implica a ação de todos em favor do bem comum, isto é, o empenho de todos para que todos e cada um realizem sua dignidade.

Somente um desenvolvimento solidário da humanidade gera ou proporciona o desenvolvimento integral da pessoa, de todas as pessoas e de cada uma delas em particular.

Enfim, a solidariedade resume em todos os corolários da dignidade da pessoa

¹⁶⁷ DI LORENZO, Walber Gomes. **Teoria do estado e da solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 151.

humana¹⁶⁸, inclusive o instituto da adoção se insere nesse contexto como expressão de solidariedade e afeto.

Em verdade, a adoção pode encontrar nas famílias homoafetivas um espaço afetivo de aplicação e concretização do projeto constitucional de realização da dignidade humana e da solidariedade¹⁶⁹.

b) Princípio da fraternidade

Por sua vez a fraternidade age no ordenamento como solidariedade¹⁷⁰, penetrando, ainda que discretamente, no ordenamento jurídico. A despeito, necessário destacar o princípio da dignidade, como valor principiológico inerente ao ser humano e que mantém com este uma relação essencialmente simbiótica, o que significa dizer que este valor e o ser humano possuem uma relação direta de existência, assim que o homem se torna um sujeito de direitos já estará em pleno gozo de sua dignidade. É necessário perceber que, sem a concretização dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados, a dignidade perde sua eficácia.

É diante dessa contextualização que se torna possível perceber que a dignidade é um valor horizontalmente constituído por meio das relações familiares, seja ela heteroafetivo ou homoafetivo.

Nesse sentido, a dignidade encontra-se com a fraternidade, tendo em vista que, sem o respeito desse último princípio, aquele não terá sua efetividade concretizada.

Para Baggio¹⁷¹, a fraternidade é algo para ser vivido, porque somente vivendola, ela pode ser compreendida. Ora, é diante das dificuldades enfrentadas pela convivência que o princípio da fraternidade brota em seu real dever-ser. A fraternidade, neste aspecto, não pode ser confundida com um mero sentimento, tampouco poderá ser dissociada totalmente dessa concepção. Não pode ser reduzida ao conceito de

¹⁶⁸ Ibidem, p. 153.

¹⁶⁹ BROCHADO, Ana Carolina; RODRIGUES, Renata Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 240.

¹⁷⁰ BRITO, Rafaela Silva. Os princípios da fraternidade e da solidariedade como vetores na aplicabilidade do direito ambiental. *In*: PIERRY, Luiz Antônio de Araújo; CERQUEIRA, Maria do Rosário F.; CURY, Munir; FURLAN, Vanessa R. (org.). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013, p. 173.

¹⁷¹ BAGGIO, Antônio Maria. A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 179. *In*. BAGGIO, Antônio Maria, (org.) **O princípio esquecido/I**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008, p. 54.

solidariedade, pois esta última não implica a ideia de uma efetiva paridade dos sujeitos que se relacionam, e não considera constitutiva a dimensão da reciprocidade¹⁷².

Nesse sentido é interessante o pensamento de Calvo¹⁷³:

Uma coisa é ser solidário com um outro, associando-me à sua causa; outra é ser seu irmão. Sou irmão de alguém por nascimento, e isso implica uma relação pessoal, não com causa do outro, mas com o outro enquanto pessoa, enquanto membro da mesma e única família humana.

Fica evidente que motiva seu exercício é sempre o sentimento fraterno que existe entre os membros de uma mesma família.

Sendo assim, a fraternidade será sempre concretizada mediante um relacionamento horizontal entre as pessoas. Esse modo de interpretação é essencialmente relacionado à dignidade da pessoa humana no ambiente familiar, tendo em vista que cabe aos membros do núcleo familiar o respeito e concretização dos direitos relacionados à dignidade, mencionados em linhas anteriores.

Além disso, a fraternidade contribui para dar substância à igualdade, superando não só a mera dimensão de ajuda e de assistência, mas, de certa forma, também a própria perspectiva da solidariedade, que mantém uma diferença de posição entre o sujeito solidário e sujeito destinatário da solidariedade¹⁷⁴.

Em suma, a fraternidade propõe-se a compreender quem é o outro sujeito, com todas as suas características, agindo, ainda, como elemento reconstruidor das relações sociais¹⁷⁵ e no surgimento de movimentos e iniciativas que buscam, de maneira explícita, o aprofundamento e a difusão da fraternidade, entendida não apenas como algo das relações pessoais, mas como princípio que tem influenciando movimentos sociais, em direção a um reconhecimento efetivo da alteridade¹⁷⁶ e da diversidade sexual. De todo modo, trata-se do mesmo raciocínio que deve vigorar sob o prisma dos interesses da criança e do adolescente.

¹⁷² PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In. Baggio, Antônio Maria, (org.) **O princípio esquecido/1**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008, p. 137-138.

¹⁷³ CALVO, C. **Povertá e Svilupó** (Discurso no Congresso “Novos Horizontes da Economia de Comunhão, 10.02.12”), 2004, p. 138.

¹⁷⁴ AQUINI, Marco. A fraternidade e direitos humanos. In. BAGGIO, Antônio Maria, (org.). **O princípio esquecido/1**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008, p. 151.

¹⁷⁵ BAGGIO, Antônio Maria. Fraternidade e reflexão politológica contemporânea. In. BAGGIO, Antônio Maria, (org.). **O princípio esquecido/2**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008, p. 19.

¹⁷⁶ BRITO, Rafaela Silva. Os princípios da fraternidade e da solidariedade como vetores na aplicabilidade do direito ambiental. PIERRY, Luiz Antônio de Araújo; CERQUEIRA, Maria do Rosário F.; CURY, Munir; FURLAN, Vanessa R. (org.). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP. Editora Cidade Nova, 2013, p. 171.

c) Princípio da felicidade

Dada à importância do princípio em apreço, pertinente a análise sobre a busca individual e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito.

Segundo definição do Dicionário Aurélio¹⁷⁷, felicidade é: *s.f. Estado de perfeita satisfação íntima; ventura. / Beatitude; contentamento, grande alegria, euforia, grande satisfação. / Circunstância favorável, bom êxito, boa sorte, fortuna.*

Alguns estudos filosóficos particularmente significativos salientam que a felicidade é a base familiar.

Segundo Aristóteles¹⁷⁸, na obra *Ética a Nicômaco*, felicidade é a mais desejável de todas as coisas e, portanto, não pode ser enumerada como um bem entre outros. Ainda segundo o autor a felicidade humana não se reduz a obtenção de prazeres ou de honras, mas consiste numa atividade da alma conforme a virtude.

Para Hobbes¹⁷⁹, a felicidade não é uma atividade e tampouco é fim último ou bem supremo, mas apenas o sucesso contínuo da obtenção dos objetos do desejo. Hobbes conclui que a felicidade, conforme definida por Aristóteles, é mera utopia.

Immanuel Kant¹⁸⁰, na "Fundamentação da Metafísica dos Costumes", faz uma análise extremamente importante, considera que a felicidade pode ser, apenas, um condição material que determina a ação do sujeito.

Segundo Kelsen¹⁸¹, enquanto a felicidade de caráter individualista é considerada ideológica, enganosa e precária, a busca da felicidade coletiva é verdadeira e real, porque é altruísta.

Na Declaração de Direito da Virgínia (EUA, 1776), outorgava-se aos homens o direito de buscar e conquistar a felicidade. Na Declaração do homem e do Cidadão

¹⁷⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio Século XXI Escolar**: O minidicionário da língua portuguesa, [Coord] Margarida dos Anjos; Marina Baird Ferreira. [et. at.] 4. ed. Ver. Ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, p. 317.

¹⁷⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2004, p. 17-39.

¹⁷⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/cursos/teoria-politica-moderna/thomas-hobbes>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

¹⁸⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004.

¹⁸¹ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 2.

(França, 1789) surge a primeira noção coletiva de felicidade, determinando-se que as reivindicações dos indivíduos sempre se voltarão à felicidade geral.

Atualmente, a felicidade esta elevada ao grau constitucional em diversos ordenamentos jurídicos.

Nesse contexto, o preâmbulo da Carta Francesa de 1958 consagra a adesão do povo francês aos Direitos Humanos consagrados na Declaração de 1789, dentre os quais à felicidade.

Posterior a Revolução Francesa, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, numa evolução as levou a se tornarem autênticas categorias políticas, capazes de se manifestarem tanto como princípios constitucionais quanto como ideias força de movimentos políticos, mas a ideia de felicidade não teve a mesma sorte.

No Brasil, não dispomos de normas constitucionais e infraconstitucionais, expressamente dirigida à tutela jurídica do direito à busca da felicidade, mas há que se ressaltar que os tribunais superiores têm reconhecido o princípio constitucional da busca da felicidade, decorrente da implicitude do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Anote-se, por oportuno, a decisão do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2011 - REExt: 477554/MG, *DJe* de 25.08.2011¹⁸².

¹⁸² Ementa: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE: DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) "QUALQUER

DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI)- A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARÇO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR . - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III)- significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.(STF - RE: 477554 MG , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 16/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível

Conforme visto, o tribunal brasileiro consagrou a busca pela felicidade como um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.

A extensão dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), à união estável entre pessoas de gênero distinto também deve estender às uniões homoafetivas.

d) Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio tem por escopo outorgar aos menores um lar, que consiste em ambiente de convivência familiar saudável, propício ao seu desenvolvimento pleno.

A criança e o adolescente, por conta de seu processo de amadurecimento e formação da personalidade, merecem destaque especial no ambiente familiar.

A paridade de direitos e deveres tanto do pai quanto da mãe estão em assegurar aos filhos todos os cuidados necessários para o desenvolvimento de sua potencialidade para a educação, formação moral e profissional, e, portanto, serem sujeitos de direitos e da valorização jurídica do afeto, ambos decorrentes do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A lição de Torres¹⁸³ é de enorme clareza:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, está garantir ao menor sua permanência ao longo de seu desenvolvimento no lar conjugal, do qual deve receber gestos de amor e atenção, reveladores de toda alegria que sua presença possa representar, os quais também irão servir de alicerce de seu sistema de valores e de seu proceder com os demais.

Segundo o autor, o Estatuto da Criança e Adolescente, em especial o seu artigo 19, positivou essa cultura idealizada para a infância, ao assegurar como direito da criança e do adolescente a convivência familiar e comunitária no seio de uma família, o que sinaliza que os demais direitos da criança e do adolescente serão certamente efetivados.

em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20623277/agreg-no-recurso-extraordinario-re-477554-mg-stf>> Acesso em: 14 mai. 2015

¹⁸³ TORRES, Aimbere Francisco. **Adoção nas relações homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 97.

O direito à convivência familiar e comunitária também foi consagrado na Constituição Federal, que qual prevê no art. 227, *caput*, que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Recepcionando o texto constitucional, é de observar, conforme anota Flávio Tartuce¹⁸⁴, que o art. 3º do Estatuto da Criança e Adolescente prevê que a criança e o adolescente

gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Assim, pode-se dizer que o princípio do melhor interesse, na realidade, revela-se como extensão do princípio, também constitucional, da dignidade da pessoa humana, enfatizado em trabalho doutrinário de Heloisa Helena Barbosa¹⁸⁵:

Após 1988, como esclarece Tepedino, ao comentar a ótica constitucional vigente sobre a filiação, o critério hermenêutico, sintetizado na fórmula anglo-saxônica *the best interest of the child*, adquiriu, entre nós, conteúdo normativo específico, informado pela cláusula geral de tutela de pessoa humana introduzida pelo art. 1º, II da CF/88 e determinada especialmente no artigo 6º da Lei 8069/60.

Nesse contexto, o artigo 17 do Estatuto da Criança e Adolescente afirma que o menor tem direito a respeito, que consiste na inviolabilidade sua integridade física/psíquica e moral da criança, “abrangendo a preservação da autonomia, valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

No plano internacional, anote que a Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção

¹⁸⁴ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família Brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). **Manual de Direitos das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos, 2008, p. 46.

¹⁸⁵ BARBOSA, Heloisa Helena. O princípio melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM). Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 2005-206.

Internacional, reconheceu dito princípio, quando tratou da proteção dos interesses da criança (*the best interest of the child*)¹⁸⁶.

O artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente confere proteção à vida e à saúde do menor em condições dignas de existência, “o que significa respeitados padrões que ele constrói para si no seu processo educacional”¹⁸⁷.

Finalmente, o Estatuto da Criança e Adolescente (art. 41, § 1º) e a vigente codificação civil (art. 1626) permitem a adoção pelo cônjuge ou pelo concubino ou companheiro do pai ou da mãe de criança e adolescente que esteja inserido na família.

Nesse contexto Viviane Girardi¹⁸⁸ nos permite maior esclarecimento:

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

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

Sob esse enfoque, quando esses direitos fundamentais não forem respeitados incide a sanção prevista pelo artigo 5º, que determina punição àqueles que atentarem contra os direitos fundamentais do menor.

Por força dessa normatividade, a adoção é substancialmente marcada pelo princípio da solidariedade e por um caráter de ordem pública¹⁸⁹. Embora o melhor interesse da criança e do adolescente seja um princípio, dotado de natureza normativa, mas que não apresenta aprioristicamente um conteúdo de aplicação.

É necessário estabelecer discursos argumentativos concretos, que exigem que todas as vicissitudes do caso sejam analisadas, para que, a partir de sua correta

¹⁸⁶ MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito da Família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte. Del Rey, 2009, p. 41.

¹⁸⁷ BROCHADO, Ana Carolina; RODRIGUES, Renata Lima. *Op. Cit.*, p. 53.

¹⁸⁸ GIRARDI, Viviane. *Op. Cit.*, p. 128.

¹⁸⁹ BROCHADO, Ana Claudia. *Op., cit.*, p. 242.

contextualização, seja alcançada a teleologia dessa norma, que, como já sabemos, coloca os interesses do menor em posição de prioridade.

2.5 Pluralismo familiar

O modelo de família desenhado no Código Civil de 1916 atende a uma perspectiva institucionalista da família, dotada de um sentido de proteção do agrupamento familiar em uma dimensão abstrata, que se desprende de uma realidade concreta dos membros que compõem.

Oportuna, nesse aspecto, a lição de Ruzyk¹⁹⁰:

Os papéis na família abstrata se apresentam, a seu turno como espaços vazios, mas de sentido predefinido pela regra jurídica, a serem ocupados pelos sujeitos de direito – categoria abstrata, colocada como elemento da relação jurídica.

Consagra-se, na família legislada transpessoal, o sentido da desigualdade.

Resta claro que pouca relevância possuem, nesse contexto, as reais expectativas e desejos dos componentes da família.

A estabilidade da instituição familiar é reputada pela codificação de 1916 como mais relevantes do que felicidade dos membros que a compõem¹⁹¹, ou seja, os dados afetivos não ingressam no âmbito da abstração.

Com efeito, ainda nas palavras de Ruzyk¹⁹², sobre a irrelevância acerca da felicidade da família codificada:

Essa “metafísica” da família torna irrelevante a felicidade concreta de seus membros: esta é, quiçá, presumida pela estabilidade funcional de todos, imposta a fórceps por regras discriminatórias da filiação dita ilegítima e pela indissolubilidade do vínculo patrimonial – em consonância com a unicidade de modelo central na família matrimonializada.

Esse tratamento transpessoal, centrado no signo da desigualdade, imposta para atender ao sentido de preservação da família, é mitigado ao longo do século XX.

As causas desse fenômeno não residem simplesmente na vontade do legislador, mas, sim, na concreta mudança no âmbito das funções e da estrutura da família.

¹⁹⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pionovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21.

¹⁹¹ FACHIM, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 33.

¹⁹² RUZYK, C. E. *Op., cit.*, p. 22.

O direito acaba por apreender essas mudanças, vedando as designações discriminatórias entre os cônjuges e entre os filhos.

Não é possível deixar de constatar que a busca da felicidade do sujeito por meio da família enfatiza o valor jurídico do afeto como origem e cimento da relação familiar¹⁹³.

Há um caráter instrumental da família, que se dirige à concretização de aspirações afetivas.

Daí a assertiva de Silvana Maria Carbonera¹⁹⁴: “Assim, a família contemporânea é tomada como ‘a comunidade de afeto e entre-ajuda’, espaço onde as aptidões naturais podem ser potencializadas e sua continuidade só encontra respaldo na existência do afeto”.

Com efeito, se a família é instrumento de desenvolvimento da personalidade, de concretização da dignidade da pessoa humana, resta evidente que não é um individualismo utilitarista que se está a tratar. A Constituição entrevê o seu papel importante na promoção à dignidade da pessoa humana¹⁹⁵ e na liberdade de escolha na constituição da família.

Com efeito, ainda nas palavras de Silvana Maria Carbonera¹⁹⁶, “a liberdade de escolha no que tange ao modo de constituição da família, elemento inovador da Constituição Federal que permite afirmar a existência de uma pluralidade jurídica”.

Da leitura do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 pode-se, de plano, aferir o reconhecimento expresso do direito positivo acerca do valor jurídico de formações familiares diversas do modelo matrimonializado que no Código Civil de 1916 se apresentava como exclusivo.

Colhe-se, por conseguinte, do artigo 226 da Constituição Federal:

§ 3º - Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁹³ Ibidem, p. 26.

¹⁹⁴ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *In*: FACHIN, Luiz Edson (coord). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rios de Janeiro: Renovar, 1998, p. 293.

¹⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. *In*: NOVAIS TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord). **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 326-327.

¹⁹⁶ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 37.

Verifica-se, pois, que, ao lado do casamento, a Constituição consagra ao menos outras duas formas de entidade familiar: a união estável e as famílias monoparentais.

Questão preliminar diz respeito ao significado da expressão entidade familiar. Há, é certo, juristas que realizam exegese excludente acerca do sentido da expressão, de modo a reputá-la como algo diverso da família propriamente dita.

Essa postura hermenêutica acaba por negar a igual dignidade jurídica existente entre o casamento, a união estável e as famílias monoparentais, centrando-se em concepção arraigada no modelo unitário que historicamente foi imposto como definidor do sentido jurídico da família. Nessa esteira, colhe-se doutrina que se refere à entidade familiar como uma “quase-família”, buscando estabelecer clara distinção entre a família dita legítima, fundada no casamento, e à situação de fato que a ela se equipararia para receber proteção jurídica:

Sobre o tema esclarece Frigini¹⁹⁷:

Como posto na Carta Maior, a entidade familiar fica na posição de quase-família, representada pela união estável entre homem e mulher que ostentam vida de casados, em comunhão de interesses, independentemente da existência de filhos, residência sobre o mesmo teto e comunhão de bens.

Verifica-se, entretanto, que no direito brasileiro é amplamente majoritária a corrente que reputa “entidade familiar” como sinônimo de família. É essa a concepção adotada neste estudo, como enfatizado anteriormente. Toma-se, aqui, a entidade familiar como um núcleo de coexistencialidade estável, público e fundado no afeto, cuja identificação não se apresenta em uma perspectiva que parta do direito positivo, mas, sim, da realidade social à qual o direito se destina. Esses núcleos ou entidades familiares podem apresentar-se, segundo a hipótese aventada neste estudo – na perspectiva de um componente comum a ao menos dois desses núcleos, como simultâneos.

A previsão constitucional acerca do reconhecimento jurídico de entidades familiares diversas do modelo matrimonializado implica, por si só, uma inequívoca ruptura com a unicidade codificada, que vinculava a família a um único modelo, centrado no matrimônio. Trata-se, em certo sentido, de uma mudança paradigmática, na medida que a família como dado jurídico passa a ser reputada como plural.

¹⁹⁷ FRIGINI, Ronaldo. **O concubinato e a nova ordem constitucional**. Revista dos Tribunais, São Paulo, a.81, n. 686, dez 1992, p. 60.

Entretanto, mesmo entre aqueles que, em consonância com a Constituição, reconhecem a união estável e os agrupamentos monoparentais como famílias, apresentam-se certas divergências no que tange à possibilidade ou não de extensão da família e de sua tutela jurídica para outros arranjos afetivos, que como tais se apresentem na realidade social, mas que tenham caracteres diversos daqueles arrolados no texto constitucional. A discussão que vem à baila diz respeito, portanto, à abertura ou taxatividade do rol de entidades familiares explicitado na Constituição¹⁹⁸.

Preciosa indicação acerca da hermenêutica mais adequada é oferecida por Paulo Luiz Netto Lôbo. Sustenta o autor que, em matéria de família, não se submete o rol definido na Constituição ao princípio de *numerus clausus*. Tratar-se-iam as normas de proteção da família de normas de inclusão. Infere-se, daí, um sentido hermenêutico que aponta para uma interpretação extensiva das estruturas familiares mencionadas na Constituição. Aponta Paulo Netto Lôbo¹⁹⁹, segundo essa ordem de idéias, a supressão operada em 1988 da vinculação constitucional restritiva da família ao casamento, rompendo com a unicidade do modelo.

Mais que isso, consoante explicitado supra, a regra de proteção da família na pessoa de cada um de seus membros enfatiza o seu sentido coexistencial, que não se deixa aprisionar em “tipos legais”, mas que se dirige ao “melhor interesse” dos componentes das entidades familiares²⁰⁰.

Prossegue o autor mencionando regras clássicas de hermenêutica que, por si só, são aptas a permitir a inserção no âmbito de tutela jurídica de outras formações afetivas. Com efeito, há ao menos três critérios hermenêuticos que propiciam enxergar uma abertura do sistema, para além de exegeses escritas fundadas em pré-compreensões constituídas sobre “modos de comportamento, preconceitos, possibilidades de expressão e barreiras linguísticas” e na “inserção do intérprete em um contexto de tradição”²⁰¹.

O primeiro desses critérios preconiza que uma disposição deve estender-se a todos os casos que, “por paridade de motivos, devem-se considerar enquadrados no conceito”. O segundo critério diz respeito à aplicação de uma norma que estatui “sobre

¹⁹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. (Direito de família. Rio de Janeiro: Aide, 1994. V. I, p. 333-334) e Lira, Ricardo César Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Repensando o direito de família**: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de família. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 1999, p. 91.

¹⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do “numerus clausus”. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Família e cidadania**: o novo CCB e a “vacatio legis”. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 95.

²⁰⁰ Ibidem, p. 96.

²⁰¹ Ibidem, p. 98.

um assunto como princípio ou origem” a tudo aquilo que “do mesmo assunto deriva lógica e necessariamente”. Por derradeiro, o terceiro critério implica interpretação mais ampla de normas feitas para “abolir ou remediar males, dificuldades, ônus, gravames”²⁰². É, por certo, o caso das regras de tutela jurídica da família, que têm por escopo a proteção daqueles que compõem a entidade familiar.

Nada obstante isso, para além de um sentido de coerência formal do sistema expresso por meio dos critérios supramencionados que, salvo melhor juízo, prendem-se a um olhar ainda positivista, que parte da estrutura lógico-formal do sistema jurídico, cabe remarcar o sentido hermenêutica que emerge do princípio da “máxima afetividade”, mencionado por Canotilho²⁰³, também citado por Paulo Netto Lôbo.

Trata-se de optar pela interpretação que maior efetividade ofereça à disposição constitucional. Em uma ordem de ideias que leve em conta a norma como construção em concreto, aqui adotada, pode-se compreender esse princípio como o máximo aproveitamento das possibilidades sistemáticas que emergem do texto legislado, de modo a atender às demandas que florescem no exterior do sistema, e cuja satisfação opera sua concreta legitimação.

O atendimento do escopo de desenvolvimento da dignidade da pessoa por meio de uma coexistência familiar impõe, nessa esteira, a compreensão de que a pluralidade constitucional acerca da família é aberta, abrangendo não apenas modelos expressos, mas, também, arranjos familiares que não se apresentam, de antemão, predefinidos conceitualmente na regra positivada. Sua inserção no sistema se realiza por meio da porosidade do princípio da família plural.

Daí pode-se concluir, preliminarmente, que a Constituição de 1988 opera profunda transformação no sistema jurídico no que tange à disciplina jurídica da família, uma vez que rompe com a perspectiva conceitualista que restringe a apreensão jurídica de um fenômeno concreto à sua exata subsunção a um *a priori* definido no texto positivado. Exime-se o direito da secular pretensão de definir família por meio de um modelo abstrato e excludente de arranjos sociais que a ele não se subsumem – e, por conseguinte, das pessoas que os compõem.

Trata-se do reconhecimento de que a família é realidade social e histórica que precede o direito positivo; e que, nada obstante isso, demanda sua apreensão. Esta não

²⁰² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 204.

²⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

se confunde com a constituição de modelos fechados que engessem a realidade, mas, sim, na possibilidade de inserção no sistema jurídico de racionalidades a ele alheias como *a priori*, mas que se mostrem aptas a gerar efeitos no âmbito do direito.

Se é certo que alguns arranjos familiares se apresentam de antemão como predefinidos no direito positivado, com maior ou menor refinamento conceitual, essa aferição, antes de implicar conclusão acerca da exclusão de outros arranjos, deve ser lida como sintomática da abertura do direito a outras realidades familiares. A inserção destas no ordenamento – sobretudo com o reconhecimento de sua eficácia jurídica – se opera mediante uma abertura seletiva.

A seletividade não é determinada, entretanto, como regra, por modelos prévios de exclusão, mas, sim, pela construção normativa realizada em concreto, por meio de um método simultaneamente tópico e sistemático²⁰⁴, que, sem descurar da demanda social concreta, a apreende à luz de um sistema visto como totalidade ordenada, ainda que aberta.

Essa ampla abertura à pluralidade de arranjos familiares pode encetar possibilidades, em tese, de ingresso no sistema, inclusive, de formações familiares que sejam qualificadas pela marca da simultaneidade.

Identificada essa potencialidade de apreensão jurídica da simultaneidade, ainda em um estágio preliminar que recolhe os caracteres fundamentais do sistema jurídico em matéria de direito de família, expressos por meio de seus princípios unificadores, é relevante dar um passo adiante no transcurso metodológico proposto. Isso porque, se a ambiência sistemática pode ser propícia à simultaneidade familiar, observa-se, de antemão, que esta não está situada no direito positivado.

Trata-se de realidade que se impõe partindo da exterioridade do sistema. O exame desse *locus* de onde se origina a situação de simultaneidade, bem como de seu possível modo de ingresso no universo sistemático do direito é o mister a que se propõe doravante este estudo.

2.6 A família como entidade afetiva

Ultrapassadas as questões pertinentes à evolução histórica da família, à constitucionalização do Direito Civil, bem como à análise correspondente aos princípios

²⁰⁴ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 80.

que repersonalizam e regem o direito de família, bem como a pluralidade de arranjos de família, faz se necessário discorrer em profundidade a família como entidade afetiva, fundado no amor e afeto, cuja identificação não se apresenta em uma perspectiva que parte do direito positivado, mas, sim, da realidade social a qual o direito se destina, seja família heteroafetiva ou homoafetiva.

A afetividade é o laço que une as pessoas e sua consideração como princípio jurídico decorre da interpretação sistemática da Constituição, que recepcionou um modelo de família que possui como característica essencial o afeto, a consideração e o respeito mútuos, independentemente do vínculo biológico²⁰⁵.

Para Bock²⁰⁶: “São nossos afetos que dão colorido especial á conduta de cada um e às nossas vidas. Eles se expressam nos desejos, nos sonhos, fantasias, expectativas, nas palavras, nos gestos no que fazemos e pensamos. É o que nos faz viver”.

Em suma, afeto é um dos sentimentos que mais gera autoestima nas pessoas, pois produz hormônio que garante bem estar do corpo²⁰⁷.

Nas relações familiares, o princípio da afetividade passa a orientar a concepção de família a partir do relacionamento dos membros e não da forma pela qual a entidade familiar se apresenta.

Para Madaleno²⁰⁸ “a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto”.

Inobstante não conste na Constituição a palavra afeto, é possível encontrar quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (art. 227, § 6º); a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (art. 227§§ 5º e 6º); a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227)²⁰⁹.

²⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 5. ed., São Paulo: Editora RT, 2009, p. 70.

²⁰⁶ BOCK, Ana Mercês Bahia. **Psicologia**. Editora Saraiva. 13. ed., 2010, p. 15.

²⁰⁷ SCHIMIDT, Shauma Shiavo. A maximização do afeto na relação entre pais e filhos. *In.*: IARA Rodrigues de Toledo; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus; FROES; Carla Baggio Laperuta (org.) **Estudos acerca da afetividade dos direitos de personalidade no direito das famílias**. 1. ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2013, p. 188.

²⁰⁸ MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.). **Ações de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 123.

²⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**, 5. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

A família de hoje pode ser compreendida sob a luz da dignidade da pessoa humana, base de toda a Constituição Federal, e a valorização da afetividade na entidade familiar é decorrência da dignidade da pessoa humana.

A família se transforma na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas na família. Despontam novos modelos de família mais igualitária nas relações, sustentando-se no amor e no afeto.

Na esteira dessa evolução, Dias²¹⁰ destaca:

As relações de família por mais complexas que se apresentem, nutrem, todas elas de substancias triviais quem delas queira tomar afeto, solidariedade, paciência, enfim, tudo aquilo que, de modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e a virtude do viver em comum.

Como a família é uma relação da ordem da solidariedade, tem o afeto como pressuposto, não pode ser diferente nas relações homoafetivas, pois independentemente da orientação sexual, o direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto e interesses comuns.

Ao mesmo tempo em que o afeto consolida a família, substituindo a consanguinidade²¹¹ e as antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos, o amor, traços da individualidade e/ou convívio humanos, que não tem história própria, mas por se tratar de evento correm no tempo humano²¹², protege a família e trazem-nos conforto espiritual.

Para os Direitos Humanos, o afeto tem de promover os meios necessários à consecução dos ideais de dignidade da pessoa humana. Outros direitos humanos também levam a pensar na família. Liberdade, igualdade, fraternidade, felicidade, amor e outros valores humanos fundamentais se relacionam com o direito de família e somente se realizarão plenamente se estiverem envolvidos e amparados pelo afeto²¹³.

Com efeito, há de se observar a dificuldade de amar, ocasionada pela procura de segurança e de proteção.

²¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 71.

²¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mais iguais**: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Revista Diálogo Jurídico. n. ° 16 – maio/junho/julho/agosto de 2007- Salvador Bahia, p. 24.

²¹² BAUMAN, Zigmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 17.

²¹³ BARROS, Sergio Rezende de. Direitos Humanos da família. *In: Direito de Família Contemporânea e os novos direitos*: estudos em homenagem ao Professor José Russo; DEL'OMO, Florisbal de Souza; ARAUJO, Luiz Ivani de Amorim (Coords.). Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006, p. 141.

Nessa perspectiva Bauman, o amor poderia ser

[...] Amar é contribuir para o mundo, cada contribuição sendo o traço vivo do eu que ama. No amor, o eu é, pedaço por pedaço, transplantado para o mundo. O eu que ama se expande doando-se ao objeto amado. Amar diz respeito à auto sobrevivência através da alteridade. E assim o amor significa um estímulo a proteger, alimentar, abrigar; e também a carícia, cercar, encarcerar. Mara significa estar a serviço, colocar-se à disposição, aguardar a ordem. Mas também pode significar expropriar e assumir a responsabilidade. Domínio mediante renúncia, sacrifício resultando em exaltação. O amor é irmão xifópago da sede de poder – nenhum dos dois sobrevive à separação²¹⁴.

No mesmo viés Ferry destaca o grande princípio - o amor:

O amor é novo grande princípio da nossa existência, sendo que, no que tange família conjugal, vivemos uma era na qual as pessoas se escolhem fundamentalmente, senão exclusivamente, por amor (abstraídos “casamentos por convivência”, os quais não visam formar uma família conjugal, mas apenas para auferir os benefícios dela razão pela qual casos como este não devem afastar a conclusão de que, no mundo contemporâneo, as pessoas formam famílias conjugais por conta do amor que sentem uma pela outra)²¹⁵.

Atual tendência do Direito de Família é zelar pelo amor, ainda que não inserido expressamente na legislação brasileira.

Em razão disso, “considera-se que o amor, tanto para o ser humano como para sociedade organizada, é muito importante. Sem dúvida, é o mais alto sentimento despertado na vivência em comunidade”²¹⁶.

Por todo o declinado, o direito de família contemporânea ganha novos contornos com a conquista da valorização da afetividade e suas relações, constituindo importante fator a ser considerado na prática judicante, devendo nossos operadores, ante a falta de regulamentação específica, adequar às necessidades imanentes do Direito de Família, por meio de interpretação que venha tutelar valores e princípios à proteção da pessoa humana no conteúdo das relações jurídico familiares.

2.7 A Família homoafetiva

A civilização vivência uma completa reformalização no que diz respeito à entidade familiar. Em todos os cantos do planeta o modelo tradicional de família

²¹⁴ Idem, p. 46.

²¹⁵ FERRY, Luc. **A revolução do amor**. Por uma Espiritualidade Laica. Tradução de Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 94.

²¹⁶ HORITA Fernando Henrique da Silva. **Afeto, amor e fraternidade: por novos paradigmas no direito de família**. RIDB, Ano 2 (2013), n. 14, p. 1705.

heteroafetivo deixa de ser absoluto e, aos poucos, a família formada por casais do mesmo sexo vem ocupando o seu espaço na sociedade.

O sonho de todos é buscar a felicidade, mesmo que a felicidade não esteja expressamente consagrada constitucionalmente e nem é referido na legislação infraconstitucional, ninguém dúvida que é um direito fundamental, materialmente constitucional²¹⁷.

Afinal quem tem vida digna, igualdade, liberdade, acesso à educação, saúde, habitação, etc., tem assegurado ao direito de ser feliz. O ser humano não se resolve em si mesmo e, como é difícil experimentar um sentimento de felicidade solitariamente, está sempre em busca de um estado de harmonia, só capaz de ser encontrado, de maneira mais ou menos estável a dois.

Ora, se o fim do Estado é promover o bem de todos, sem discriminação, conforme preceitua o art. 3º, inciso IV, de modo que todos perseguem a felicidade, nítido o interesse da Constituição Federal ao afirmar (art. 226): a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Assim, as regras sociais vigentes em cada tempo autorizam e estimulam determinados tipos de relações e condenam à clandestinidade tudo o que escapa do modelo convencional.²¹⁸ Mas um fato é incontroverso: o conceito de família alargou-se.

O *caput* do art. 226 da Constituição Federal operou a mais radical transformação no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família²¹⁹.

A doutrina é unânime em afirmar que a previsão constitucional não se trata de *numerus clausus*, e sim *numerus abertus*. A Constituição apenas exemplifica alguns tipos de familiares, sem contudo, criar obstáculos a outra espécie de famílias²²⁰. Não se reconhece como família somente a união heteroafetiva, que tenha por pressuposto a diferença de sexo de seus membros. Ao se considerar somente o casamento, a união estável e a família monoparental como elementos fundantes de entidade familiar, se deixaria desabrigado um enorme feixe de indivíduos, que destinam seus afetos a pessoas do mesmo sexo²²¹.

²¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça**, 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 93.

²¹⁸ Idem, p. 107.

²¹⁹ LOBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. *Op. Cit.*, p. 44.

²²⁰ MOSCHETA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade: direito a adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 49.

²²¹ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Alimentos. Doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 270.

E como o convívio homoafetivo gera uma família, não há outra opção. É necessário reconhecê-lo como entidade familiar merecedora da especial proteção familiar.

Vale a pena citar a posição de Dias²²² a respeito do tema, que muito bem delinea a questão:

O centro de gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva, elemento essencial das relações interpessoais que não é indiferente ao Direito. É o afeto que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram as relações jurídicas.

Como a família é uma relação da ordem da solidariedade, tem o afeto como pressuposto, todas as espécies de vínculos que tenham por base o afeto são merecedoras da proteção do Estado. O enorme preconceito de que sempre foram alvo os homossexuais e o repúdio aos seus vínculos de convivência, impôs a necessidade da criação de um novo vocábulo que retire das uniões de pessoas do mesmo sexo característica exclusivamente da ordem da sexualidade. Daí a homoafetividade, para marcar que os relacionamentos estão calcados muito mais no elo da afetividade que une o par, não se limitando a mero propósito de natureza sexual. Ainda que as pessoas continuem se identificando como homossexuais, os vínculos interpessoais que entretêm constituem uniões homoafetivas.

Nesse sentido é a lição de Dias²²³:

Apesar de o neologismo sofrer críticas isoladas de alguns integrantes dos movimentos sociais, que receiam eliminação do caráter erótico da relação, o fato é que as expressões se popularizam. Já estão dicionarizadas e foram adotadas na história decisão do Supremo Tribunal Federal, que estendeu às uniões homoafetivas a mesma condição de família assegurada as famílias heteroafetivas.

Ninguém contesta racionalmente o fato de ser o amor existente nas uniões homoafetivas o mesmo existente nas uniões heteroafetivas.

A união homoafetiva constitui uma família conjugal justamente por ser elemento formador desta o amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, sentimento efetivamente este existente na união amorosa entre pessoa do mesmo sexo.

²²² DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.*, p. 108.

²²³ *Idem*, p. 109.

Vale sintetizar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.583/2013, denominado Estatuto da Família. O Estatuto da Família, prevê em seu artigo 1º o seguinte:

Esta Lei institui o Estatuto da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar.

Atendendo ao preceito constitucional de proteção à família, impõe ao Poder Público o estabelecimento de diretrizes e ações tendentes à valorização e apoio à entidade familiar.

Todavia, fugindo completamente da realidade social atual, prevê em seu artigo 2º que:

Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Assim, no caso de aprovação do Projeto de Lei na sua versão atual, apenas e tão somente será entendida como família, logo objeto de especial proteção do Estado, a entidade familiar formada por um casal composto por um homem e uma mulher, excluindo-se sem qualquer justificativa os casais constituídos por dois homens ou duas mulheres.

Excluindo ainda da definição de família as famílias adotivas, ao empregar o termo “descendentes” que se refere abertamente unicamente à parentalidade biológica.

Na justificativa apresentada ao projeto, apenas consta a afirmação de que se pugna a ideia do “fortalecimento dos laços familiares a partir da união conjugal entre homem e mulher, ao estabelecer o conceito de família”, sem que se apresentassem quaisquer justificativas concretas, embasadas em dados sociais e jurídicos, para a exclusão intencional das formações familiares resultantes das uniões homoafetivas.

Se a Constituição Federal garante que somos “todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, “caput”), se “homens e mulheres são iguais em direitos” (art. 5º, I) e se “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” (art. 5º, X), o art. 2º do Projeto de Lei nº 6.583/13 é flagrantemente inconstitucional por vedar o reconhecimento como entidade familiar à união homoafetiva.

A limitação restritiva do conceito de entidade familiar contido neste artigo do Projeto de Lei sob comento contraria decisão do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4277) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132), reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, merecedora dos mesmos direitos e deveres da união estável, não se pode mais excluí-la do conceito de família²²⁴.

Assim, ao constituir família conjugal, por óbvio as uniões homoafetivas se enquadram no conceito de família juridicamente protegida. E se o elemento afetivo é o mesmo nos dois modelos de família de relação (heteroafetiva e homoafetiva), e se presentes os mesmos requisitos da união estável heteroafetiva constitucionalmente consagrada, não pode o ordenamento jurídico excluir a família homoafetivas do conceito de entidade familiar, restringir a adoção homoafetiva sem uma motivação válida ante a isonomia, em face da dignidade da pessoa humana²²⁵.

O Estatuto da Família, como atualmente formatado seu art. 2º, aniquilará inúmeras configurações familiares que serão amputadas e desconsideradas, deslegitimando experiências de afeto, cuidado e solidariedade.

Mais um ponto de análise diz respeito à nota da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a respeito da decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à união entre pessoas do mesmo sexo.

O discurso da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) é que as uniões de pessoas do mesmo sexo não podem ser equiparadas à família, que se fundamenta no consentimento matrimonial, na complementaridade e na reciprocidade entre um homem e uma mulher, abertos à procriação e educação dos filhos. Segundo a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNNB) equiparar as uniões entre pessoas do mesmo sexo à família descaracteriza a sua identidade e ameaça a estabilidade da mesma.

Ressalta-se, a igreja há muito tempo proíbe este tipo de união e repugna a adoção de filhos por casais do mesmo sexo, pois considera que este tipo de família impede a propagação do homem e da fé cristã além de atentar contra a moral e os bons costumes.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22438095/agreg-no-recurso-extraordinario-re-687432-mg-stf>>. Acesso em 14 jan. 2014.

²²⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homafetividade**. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo. 2. ed., Ed. Método, 2012, p. 224.

A nossa Constituição foi promulgada sob a proteção de Deus. Sem ser este o momento para discussão acerca de ser laico ou teocrático o Estado, face à Constituição Federal ter sido promulgada sob a proteção de Deus, deve ser (pois direito é juízo de dever ser analisada toda a questão acima referida (adoção homoafetiva), também sob ponto de vista religioso e, como exposto na Constituição, de um só Deus (pois a Constituição não foi promulgada sob a proteção dos deuses)²²⁶.

²²⁶ DUARTE, Renata Stauffer; FARO, Júlio Pinheiro. Reflexões sobre a Constituição da Família Homoafetiva. *In.*: **Revista Síntese Direito de família**.v.1, n.1, 2014, p. 137-138.

CAPÍTULO 3 – ADOÇÃO HOMOAFETIVA

3.1 Aspectos gerais da adoção: conceito, procedimentos e requisitos

Segundo Wald²²⁷, a “Adoção é uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente”.

A adoção é um dos institutos do Direito que existe há mais tempo, visto que sua prática, ou seja, o acolhimento de crianças e/ou adolescentes como se fizessem parte da família biológica, é constatada em quase todas as sociedades, desde as mais antigas até as atuais.

Em apertada síntese histórica, na sociedade pré-romana, por exemplo, já havia um Código que estabelecia normas para adoção, o Código de Hamurabi, que instituiu alguns artigos sobre o assunto. Esse Código, formulado por volta de 1780 a.C., foi estabelecido pelo sexto rei sumério “Kahammu-rabi” e regia normas sobre a vida e as propriedades por meio de leis específicas.

Nesse Código²²⁸, os seguintes preceitos falam sobre a adoção:

[...] 185. Se um homem adotar uma criança e der seu nome a ela como filho, criando-o, este filho crescido não poderá ser reclamado por outrem. 186. Se um homem adotar uma criança e esta criança ferir seu pai ou mãe adotivos, então esta criança adotada deverá ser devolvida à casa de seu pai. [...] 190. Se um homem não sustentar a criança que adotou como filho e cria-lo com outras crianças, então o filho adotivo poderá retornar à casa de seu pai. 191. Se um homem, que tenha adotado e criado um filho, fundado um lar e tido filhos, desejar desistir de seu filho adotivo, este filho não deve simplesmente desistir de seus direitos. Seu pai adotivo deve dar-lhe parte da legítima, e só então o filho adotivo poderá partir, se quiser. Ele não deve dar, porém, campo, jardim ou casa a este filho. [...] 194. Se alguém der seu filho para uma ama (babá) e a criança morrer nas mãos desta ama, mas a ama, com o desconhecimento do pai e da mãe, cuidar de outra criança, então eles devem acusá-la de estar cuidando de uma outra criança sem o conhecimento do pai e da mãe. O castigo desta mulher será ter os seus seios cortados [...].

²²⁷ WALD, Arnold. **Direito de família**. 7 ed. ver. ampl. e atual. Com a colaboração do Prof. Luiz Murillo Fábregas, de acordo com a Constituição de 1988 e mais recente jurisprudência. São Paulo: Ed. RT, 1990, p. 17.

²²⁸ CÓDIGO DE HAMURABI, O. In: **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**. São Paulo: USP, 2005. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/codigo-de-hamurabi.html>. Acesso em: 14 jan. 2015.

Esse contexto da adoção, como vimos, remonta à Antiguidade, em verdade, a filiação cumpria e desempenhava função relevante na continuidade patrimonial, moral e religiosa da família.

Fustel de Coulangens²²⁹, na sua obra clássica *A cidade Antiga*, traz o sentido da perpetuidade da família, onde

[...] a felicidade do morto não dependeria da conduta do homem durante a vida, mas daquela e seus descendentes em relação a ele, depois da sua morte. Por isso, cada pai espera de sua posterioridade aquela série de banquetes fúnebres que assegurasse aos seus manes repouso e felicidade. [...] Dai derivou a regra, de deverem, todas as família, perpetuarem-se para todo o sempre.

Segundo o autor, a perpetuidade da família ligava-se, sobretudo, ao culto da religião familiar e à permanência da chama acesa do fogo sagrado, os quais não poderiam jamais se extinguir, pois extinta estaria a família, recaindo, esse encargo, sobre os ombros da descendência.

Essa imposição religiosa determinava o dever da procriação, pois a filiação não estava ligada aos desejos e questões pessoais dos membros da família, mas sim a circunstâncias imposta pela religião da época.

A adoção constituiu um meio eficaz de perpetuar a família e a religião doméstica, esta foi a fonte do direito de adoção entre os antigos e exatamente por esse motivo só era permitida a adoção a quem não tinha filhos.

Feitas essas breves considerações a propósito da estrutura da família, cabe discorrer agora sobre o instituto da adoção, que insere nesse contexto como expressão de solidariedade e afeto.

A expressão solidariedade e afeto consistem em uma forma não biológica de estabelecimento da relação jurídica de filiação que, por um lado, encontra limites nos princípios constitucionais da dignidade, da solidariedade, da afetividade e no melhor interesse da criança.

Em verdade, a adoção pode encontrar nas famílias heteroafetivas e homoafetivas um espaço afetivo de aplicação e concretização do projeto constitucional de realização da dignidade humana e da solidariedade.

²²⁹ COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003, p. 23.

O tema da adoção sempre despertou polêmica e discussões especialmente sobre o bem-estar da criança.

Vale sintetizar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7.018/2010, autoria do deputado Zequinha Marinho do Partido Social Cristão do estado do Pará (PSC-PA), que altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como escopo proibir a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo (homoafetivos).

Na justificativa apresentada ao projeto é que a adoção por casais homossexuais expõe a criança a sérios constrangimentos, ainda, a instituição familiar é constituída obrigatoriamente a partir da união de um homem e uma mulher.

Atualmente, para o caso de adoção conjunta (feita por casais), o estatuto exige que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. O texto proposto pelo legislador acrescenta a esses requisitos a vedação explícita de os casais serem constituídos por pessoas do mesmo sexo.

Também está sendo analisado pelos deputados o Projeto de Lei nº 2153/2011, da deputada Janete Rocha Pietá do Partido dos Trabalhadores, do estado de São Paulo (PT-SP), permite a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos. Ele foi apensado à proposta com objetivo exatamente contrário, de vedar a adoção de crianças por casais homossexuais (Projeto de lei 7018/10).

Outro aspecto relevante sobre a adoção, muitas vezes é desvalorizada em relação à filiação biológica, já que se acredita que a hereditariedade seja a responsável pelo elo entre pai e filhos.

Como o laço sanguíneo entre pais e filhos é muito valorizado e a adoção não o abarca, ela ainda gera muito preconceito social.

Desde logo, convém ressaltar que o instituto da adoção nos moldes estabelecidos pelo Estatuto da Criança e Adolescente e pelo Código Civil de 2002 finca suas bases em normas constitucionais de características de direito público e programático (art. 227, *caput*, parágrafo e incisos) e em critérios jurídicos não legais, notadamente o do melhor interesse da criança²³⁰. Convém ressaltar ainda que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um novo arquétipo para a adoção, proibindo qualquer discriminação relativa à filiação, ou seja, vedaram-se distinções entre filhos, legítimos ou ilegítimos, naturais ou adotivos.

²³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1054.

Esses valores introduzidos pela Carta Constitucional de 1988 erigiram a criança e o adolescente, inseridos ou não no ambiente familiar, como sujeitos de direitos, que passam a atuar como novos protagonistas no cenário social²³¹.

A propósito, confira o ensinamento de Andréa Rodrigues Amin²³², “[...] o Estatuto da Criança e do Adolescente consiste num conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior organizada por meio de normas interdependentes que reconhecem criança e adolescente como sujeito de direito”.

Comungando desse entendimento escreve Farias e Maia²³³:

O Estatuto como uma norma infraconstitucional seguiu a orientação principiológica da Carta Constitucional, assim como incorporou em seu corpo normativo a Doutrina Jurídica da Proteção Integral (art. 1º do Estatuto da Criança e Adolescente) recomendada pelos organismos internacionais como sendo a mais adequada para tratar do mundo infanto-juvenil, seus problemas, necessidades e perspectivas.

O instituto da adoção nos moldes da normativa do Estatuto da Criança e Adolescente e mesmo do Código Civil encontra suas bases legais em normas constitucionais (art. 227, caput, §§ 5º e 6º) e em critérios jurídicos não-legais, fundamentalmente o do melhor interesse da criança.

Resta claro que o ordenamento jurídico brasileiro, assegurou às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, direitos fundamentais, determinando à família, à sociedade e ao estado o dever legal e concorrente de assegurá-los.

Assim, ao adotado naturalmente se assegurará (ão) uma convivência familiar e um espaço seguro de desenvolvimento pessoal e, com base no acolhimento afetivo, como filhos, constrói os verdadeiros vínculos que configuram a moderna moldura e que solidificam as relações entre pais e filhos.

Outro aspecto a ser considerado é do que a adoção não pode ser vista de sua concepção tradicional, em que prevalecia sua natureza contratual, o que significa a busca de uma criança para uma família. O Direito da Família contemporâneo, nos dizeres de Teixeira e Rodrigues²³⁴:

²³¹ SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental**: repesando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 136-137.

²³² AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, E-book.

²³³ FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais**. A família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, p. 95.

²³⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coords). O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Adoção conjunta por casais homoafetivos: um novo desafio ou falso problema?** São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 240.

Funda-se em uma principiologia constitucional cuja proposta é tutelar uma sociedade plural e fragmentada”. A relação de filiação é essencialmente uma construção cultural, que resulta da convivência familiar e dos laços relacionados travados no seio de cada família, independentemente da forma em que esse núcleo social se reveste.

Não podemos deixar de citar que a dignidade humana e a afetividade são fundamentais para o estabelecimento do estado de filiação. Trata-se de modalidade de filiação “construída no amor”, gerando vínculo por opção, consagrando a paternidade socioafetiva, sedimentada em laços sociológicos, como a solidariedade, o afeto e a busca da felicidade do adotante e do adotado²³⁵.

Nesse cenário, não podemos deixar de trazer à baila a lição de Viviane Girardi²³⁶:

O estatuto da filiação foi modificado estrutural e substancialmente pelo princípio da igualdade trazido pelo art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que decapitou o traço de profunda e odiosa discriminação enraizada na classificação dos filhos conforme suas origens – mais precisamente, na natureza da relação havida entre seus pais – e no juízo de exclusão desse instituto.

Enfim, da leitura da citação acima se depreende que o princípio da igualdade refletiu a completa e absoluta igualdade jurídica no que concerne ao tratamento a ser dado aos filhos, quer sejam biológicos, quer sejam adotivos. Pode-se dizer que o ordenamento legal alcançou sua máxima ao declarar para a sociedade: filho é filho, não importa sua adjetivação.

Com essas observações, passa-se a discorrer acerca do procedimento para adoção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, estabelecendo os procedimentos para a adoção. O processo passa por dois momentos: 1º) habilitação dos adotantes e 2º) decreto judicial que confere a adoção e gera seus efeitos jurídicos. Entre uma e outra dessas fases processuais ocorre – no caso de a criança já não estar sob os cuidados do(s) adotante(s) – o encontro entre a criança ou o adolescente e seu(s) futuro(s) pai(s), que depois

²³⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito da família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 219.

²³⁶ GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 121.

prossegirá mediante o estágio de convivência²³⁷ cuja duração é fixada pela figura do juiz, municiado pelos laudos sócio psicológicos da sua equipe interdisciplinar²³⁸.

Esses dois momentos processuais, assim como o estágio de convivência que os permeia, estão inexoravelmente vinculados ao critério de decisão que é do atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente. Sobressaem e desnudam-se, aqui, duas relevantes marcas desse processo judicial específico que é a adoção, quais sejam: 1) a presença de um critério de decisão (o do melhor interesse) que rigidamente direcionará o convencimento do juiz, mas cujo conteúdo abarca e confere ampla autonomia para a formação desse juízo decisório; 2) a presença imprescindível e fundamental de outras ciências, em especial o serviço social e a psicologia, pois somente por meio do olhar interdisciplinar torna-se possível aquilatar o que seja o “melhor interesse da criança”.

Entretanto, antes do momento específico de se aferir o que seria o melhor interesse da criança ou do adolescente envolvidos num caso de adoção, há requisitos legais específicos que devem ser rigorosamente preenchidos pelo(s) adotante(s). Requisitos estes que têm na sua base, ainda que de forma implícita, a preocupação com o bem-estar socioafetivo da criança a ser adotada.

Os requisitos entendidos como preponderantes encontram-se estabelecidos na Seção III – Da família substituta – Subseção IV – Da Adoção – do Estatuto da Criança e do Adolescente e são os seguintes: (i) a adoção é ato pessoal e personalíssimo, daí a proibição de ser feito mediante procurador (art. 39, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente); (ii) o adotante deve ter no mínimo 21 anos se solteiro e se for casados deverá ter a idade de 21 anos²³⁹, devendo ainda ser provada a estabilidade da família.

Verifica-se que entre os critérios legais da adoção estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, apresenta-se extremamente relevante a persecução do melhor interesse da criança ou do adolescente colocado como mote e também como fundamento de toda decisão judicial sobre a adoção.

Nesse sentido, o melhor interesse da criança sempre é considerado como um critério de decisão do Juízo que passa necessariamente pela constatação de situação real da criança ou do adolescente envolvido em cada caso de adoção. Por isso, normalmente,

²³⁷ Art. 46, *caput*, § 1º e 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²³⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O direito e a justiça do menor. *In.* (Coord) **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 324.

²³⁹ O Código Civil, em vigor desde janeiro de 2003, como lei geral posterior alterou este dispositivo ao reduzir a idade da capacidade civil para 18 anos e também, especificamente, para a adoção nos termos do artigo art. 1.618.

são o estudo social e o parecer psicológico realizado pelo corpo técnico do Juízo, com a família e com os seus membros, que torna possível a aferição das condições econômicas e ambientais e também da qualidade da convivência que está sendo gerada a partir da inserção de uma criança ou adolescente em um lar substituto.

Não podemos perder de vista e destacar que o melhor interesse da criança e do adolescente é um princípio, que segundo Teixeira e Rodrigues²⁴⁰, podem ser assim definidos:

O melhor interesse da criança e do adolescente é um princípio dotado de natureza normativa, mas que não apresenta, aprioristicamente, um conteúdo de aplicação. É necessário estabelecer discursos argumentativos concretos, que exigem que todas as vicissitudes do caso sejam analisadas, para que, a partir de sua correta contextualização, seja alcançada teleologia dessa norma, que, como já sabemos, coloca os interesses do menor em posição de prioridade.

Um dos pontos mais inquietantes relacionados à adoção, diz respeito à possibilidade ou não de sua realização conjunta por casais homoafetivos, deixando desde já consignada a inexistência de norma que vede ou mesmo autorize a adoção por entidades familiares homoafetivas. Estas adoções, muito mais do que nos meros requisitos legais, encontram a barreira dos valores sociais e são mais ou menos difundidas, dependendo do estágio em que se encontra determinada sociedade, seus conceitos de cidadania e pluralidade, os quais são inevitavelmente retratados nas decisões que conferem ou não tais adoções, quando elas atenderem o melhor interesse da criança ou do adolescente envolvidos.

3.2 Adoção homoafetiva e planejamento familiar

As relações sociais são marcadas pela heteroafetividade e enorme é a resistência em aceitar a possibilidade de homossexuais ou parceiros do mesmo sexo habilitar-se para a adoção.

A base jurídica da discussão, e que conduzia muitos doutrinadores a crer pela impossibilidade, fundava-se na literalidade do artigo 1.622²⁴¹ do Código Civil de 2002, revogado pela Lei n. 12.010²⁴², de 3.8.2009.

²⁴⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Op. Cit.*, p. 243.

²⁴¹ **Art. 1.622.** Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.

Esse dispositivo de lei restringia a possibilidade de adoção conjunta apenas a entidades familiares que se constituíssem por meio do casamento ou da união estável, ou seja, entidades familiares que prescindem da diversidade de sexos como requisitos de existência, constituindo vedação para adoção conjunta realizada por uniões formada por pessoas do mesmo sexo.

Trata-se de raciocínio fundando, por parte da doutrina, na “cláusula de barreira”, conforme explica Lôbo²⁴³:

No contexto atual, a cláusula de barreira tem como principal alvo uniões homossexuais, motivo de acesa controvérsia na sociedade brasileira. Argumenta-se que a filiação adotiva deve imitar o padrão natural de família nuclear, com as figuras bem claras de pai e mãe, que seriam imprescindíveis para a formação da criança. Não há fundamentação científica para que esse argumento, pois pesquisas e estudos nos campos da psicologia infantil e da psicanálise demonstram que as crianças que foram criadas na convivência familiar de casais homossexuais apresentaram o mesmo desenvolvimento psicológico, mental e afetivo das que foram adotadas por homem e mulher casados. Por outro lado, não há impedimento constitucional para que a adoção seja deferida a duas pessoas que não sejam casadas ou que vivam em união estável, o que torna problemática a proibição.

Essa dialética sempre foi equivocada, pois além de causar enorme controvérsia na doutrina, suscitando críticas especializadas, fundamentadas todas na ofensa ao Princípio da Igualdade Substancial, revelam a latente inconstitucionalidade da “cláusula de barreira”, imposta pelo art. 1.622 do Código Civil.

Todo casal homoafetivo tem direito ao planejamento familiar, que tem como princípio a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável, expressamente prevista no art. 226, parágrafo 7º²⁴⁴, da Constituição Federal.

Em verdade Constituição de 1988 autoriza o reconhecimento de outras formas de arranjos familiares. O Estatuto da Criança e Adolescente e o Código Civil possibilitam que o companheiro ou concubinos adotem, não estabelecendo a necessidade da diversidade de sexo entre os adotantes.

²⁴² Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

²⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 258.

²⁴⁴ **Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Entende a doutrina ser possível conferir uma interpretação ampliada do artigo 226, parágrafo 3º²⁴⁵, da Constituição Federal, para além das espécies ali contempladas, tendo em vista ser a norma constitucional composta por regras e princípios; logo dotada de flexibilidade, o que permite reconhecer a união homoafetiva como espécie de entidade familiar, decorrente daí o permissivo para a adoção.

Dentre os que admitem a possibilidade de uma interpretação do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição de 1988, para além das espécies expressamente nela consignadas, encontra-se o jurista Paulo Luiz Neto Lobo²⁴⁶, que escreve:

No *caput* do artigo 226 operou-se a mais radical transformação no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições anteriores. Ao suprimir a locução “construída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-1969), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, sem seus parágrafos referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como ali estivesse a locução “a família” constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. [...] O *caput* e, conseqüentemente, a cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade.

Destarte, partindo deste pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de construir família, deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer a essas pessoas o direito de adotar em conjunto e afastar de vez o raciocínio de que a opção sexual dos adotantes possa ser argumento suficiente para o Estado interferir na livre decisão de um casal em deliberar se deseja constituir prole por meio da adoção.

Com efeito, o art. 226, parágrafo 7º, da Constituição da República estabelece, que compete ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para que todo cidadão possa exercer com plenitude e liberdade o direito de planejamento familiar,

²⁴⁵ **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.

²⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do “*numerus clausus*”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a “*vacatio legis*”**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 95.

cabendo, portanto, fornecer informações, assistência especializada e pleno acesso a todo e qualquer recurso que permita que os cidadãos e as entidades familiares possam optar livre e conscientemente por ter ou não filhos.

Em verdade, não cabe ao Estado proibir um cidadão ou etnia familiar de ter filhos, uma vez que o direito ao livre planejamento familiar é uma questão de exercício da autonomia privada. Todavia, cabe ao Estado verificar se a balizas legais impostas ao planejamento familiar estão sendo atendida, vez que o exercício da autonomia encontra limites internos bem definidos pelo ordenamento jurídico, sendo eles os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Parentalidade Responsável.

Além da pluralidade de entidades familiares, a Constituição Federal prega a igualdade. Portanto, direito constitucionalmente garantido às famílias homoafetivas o livre planejamento familiar, assegurado no art. 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal.

A questão de fundo é saber se a orientação sexual pode ser um critério definidor do melhor interesse da criança. Óbvio que não, pois este elemento, por si só, não vincula o adequado exercício da autoridade parental, para que o filho possa crescer de maneira saudável e se tornar um cidadão capaz de fazer escolha com responsabilidade.

Como dito afirmação de que adoção conjunta por casais homoafetivos fere o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente só pode ser realizada diante do caso concreto, se evidenciadas circunstâncias que, além da orientação sexual, denotem que não se trata melhor alternativa para propiciar o acesso à convivência familiar saudável a uma da criança ou um adolescente desamparado. De todo modo, trata-se do mesmo raciocínio que deve vigorar no momento de se decidir pela adoção conjunta por heterossexuais.

O grande desafio quando são suscitadas dúvidas quanto ao sadio desenvolvimento da criança. Há a equivocada crença de que a falta de referências comportamentais de ambos os sexos possa acarretar sequelas de ordem psicológica e dificuldades na identificação sexual do adotado. É sempre questionado se a ausência de modelo do gênero masculino e feminino pode eventualmente tornar confusa a própria identidade sexual, havendo o risco de o adotado tornar-se homossexual. Também causa apreensão a possibilidade de o filho ser alvo de repúdio no meio que frequenta ou vítima do escárnio por parte de colegas e vizinhos, o que poderia lhe acarretar perturbações psicológicas ou problemas de inserção social.

Essas preocupações, no entanto, são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias homoafetivas com prole. O fato de um menor viver em um lar homoafetivo não permite vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães. Não há como prevalecer o mito de que a homoafetividade dos genitores gere patologias nos filhos.

Nada justifica a estigmatizada visão de que a criança que vive em um lar homoafetivo será socialmente rejeitada ou haverá prejuízo a sua inserção social.

Identificar os vínculos homoparentais como promíscuos gera a falsa ideia de que não se trata de um ambiente saudável para o seu bom desenvolvimento. Assim, a insistência em rejeitar a regulamentação da adoção homoafetiva reflete a face mais aguda do preconceito²⁴⁷.

O Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza a adoção por uma única pessoa, não fazendo qualquer restrição quanto a sua orientação sexual do adotante. A faculdade de adotar é outorgada tanto ao homem como à mulher e a ambos, em conjunto ou isoladamente e independentemente do estado civil.

Portanto, não é difícil prever a hipótese de um homossexual que, ocultando sua preferência sexual, venha a pleitear e obter a adoção de uma criança, trazendo-a para conviver com quem mantém um vínculo afetivo estável.

O amor para com os pais em nada se diferencia pelo fato de eles serem do mesmo ou de diverso sexo. Ao se arrostar tal realidade, é imperioso concluir que, de forma paradoxal, o intuito de resguardar e preservar a criança ou o adolescente resta por lhe subtrair a possibilidade de usufruir direitos que de fato possui.

Caberia questionar se, ao menos, não é invocável a filiação socioafetiva, instituto que, cada vez mais, é reconhecido como gerador de vínculo parental.

Diante de todas essas similitudes, não há como não visualizar a presença da filiação que tem origem na afetividade. Impor eventuais limitações em face da orientação sexual dos pais acarreta injustificável prejuízo e afronta a própria finalidade protetiva a quem a Constituição outorga especial atenção.

A homoafetividade vem adquirindo transparência e aos poucos obtendo aceitação social. Cada vez mais casais homoafetivos estão assumindo sua orientação sexual e buscando a realização do sonho de estruturar uma família com a presença de

²⁴⁷ FIGUERÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 23.

filhos. Vã é a tentativa de negar ao par o direito à convivência familiar ou deixar de reconhecer a possibilidade de crianças viverem em lares homoafetivos.

Tais situações, ao desaguarem no Judiciário, muitas vezes se confrontam com a ideologia conservadora do juiz, que hesita em identificar a melhor solução, deixando de atender ao prevalente interesse do menor. Mas não ver a realidade é usar o mecanismo da invisibilidade para negar direitos, o que revela nítido caráter punitivo. Posturas pessoais ou convicções de ordem moral de caráter subjetivo não podem impedir que se reconheça que uma criança, sem pais nem lar, terá uma melhor formação se integrada a uma família, seja esta formada por pessoas de sexos iguais ou distintos.

Não arrostar essa realidade resulta numa triste seqüela: os filhos ficam à mercê da sorte, sem qualquer proteção jurídica. Deixar a criança no total desamparo é negar-lhe o direito à vida, livrando os pais da responsabilidade pela guarda, educação e sustento de quem é criado e tratado como filho.

Como a lei se nega a emprestar juridicidade às relações homoafetivas, por óbvio não há nenhuma previsão legal autorizando ou vedando a adoção²⁴⁸. Ainda que se presuma que o Estatuto da Criança e do Adolescente não tenha cogitado da hipótese de adoção por um casal homoafetivo, possível sustentar que tal ocorra, independentemente de qualquer alteração legislativa.

O princípio que deve prevalecer é o do melhor interesse da criança, e não há motivo legítimo para retirar de uma criança a possibilidade de viver com uma família.

Se os parceiros – ainda que do mesmo sexo – vivem uma verdadeira união estável, é legítimo o interesse na adoção, havendo reais vantagens em favor de quem não pode ficar ao desabrigo de direitos.

Cabe lembrar a sombria realidade brasileira, em que muitas crianças jamais tiveram qualquer convivência familiar, direito previsto constitucionalmente²⁴⁹. Sem limitação legal, não se pode negar o direito de crianças e adolescentes à adoção, que lhes irá assegurar um lar, uma família, o direito ao afeto e à felicidade, ou seja, o direito à vida. A eles é assegurado o maior número de garantias, e são os que gozam de mais direitos na esfera constitucional. Ao depois, é dever da família, da sociedade e do Estado (art. 227 da Constituição Federal) assegurar à criança, além de outros, o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade. Esses direitos certamente meninos e meninas não

²⁴⁸ Idem, p. 23.

²⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito & a Justiça**. 5. ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 162.

encontrarão nas ruas, quando são largados à própria sorte ou depositados em alguma instituição.

A adoção, mais do que uma questão jurídica, constitui-se em uma postura diante da vida, em uma opção, uma escolha, um ato de amor, ressaltando a necessidade de compreender as circunstâncias que acompanham a opção de quem decide adotar uma criança e a de quem espera, ansiosamente, a possibilidade de uma família substituta.

Com efeito, a adoção é um instituto com forte caráter de ficção jurídica²⁵⁰, que cria vínculo parental não correspondente à realidade biológica. A adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que sustenta na pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva²⁵¹. É preciso que a Justiça retire o véu do preconceito para garantir as crianças e adolescentes os direitos que encontram constitucionalmente tutelados. Não se pode esquecer que têm eles, com absoluta prioridade, direito à convivência familiar. E negar o vínculo de filiação é vetar o direito de família, lugar idealizado onde é possível, a cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade²⁵².

Essas expectativas, ao certo, independem da orientação sexual da família que quer adotar e de quem quer ser adotado.

A adoção não pode estar condicionada à preferência sexual ou à realidade familiar do adotante.

Aliás, como bem explica Dias²⁵³:

O direito à adoção por casais homoafetivos tem fundamento de ordem constitucional. Não é possível excluir o direito à parentalidade e à maternidade aos homossexuais, sob pena de infringir-se o mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem.

A dificuldade em deferir adoções exclusivamente pela orientação sexual ou identidade de gênero dos pretendentes acaba impedindo que expressivo número de crianças sejam subtraídas da marginalidade. Imperioso arrostar nossa realidade social, com um enorme contingente de menores abandonados ou em situação irregular, quando poderiam ter uma vida cercada de carinho e atenção.

²⁵⁰ CZAJKOWSKI, Rainer. **Reflexos jurídicos das uniões homossexuais, Jurisprudência Brasileira**. Curitiba: Juruá, 1995, p. 101.

²⁵¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 315.

²⁵² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, IBDFAM, n. 1, 1999, p. 7.

²⁵³ DIAS, Maria Berenice. *Op., Cit.* p. 162.

São preconceituosos os escrúpulos existentes. Por isso, não se pode utilizar a homossexualidade do casal como justificativa hábil a obstar a adoção por casais homoafetivos, o que significa que a negativa da adoção pela mera homossexualidade da pessoa ou homoafetividade do casal configura discriminação arbitrária, preconceituosa, que afronta o princípio constitucional da igualdade.

3.2.1 Percepção sobre o desenvolvimento de crianças criadas por homossexuais

A sociedade apresenta muitas dúvidas em relação ao desenvolvimento psíquico de filhos de pais homossexuais. Existem alguns mitos sobre o desenvolvimento de crianças, que a homossexualidade dos genitores gera nos filhos patologias, desvios ou problemas de ordem comportamental, psíquica ou social.

Em verdade o desenvolvimento saudável da criança dependerá mais da funcionalidade da família do que a própria estrutura familiar. Eventuais complicações no desenvolvimento humano podem ocorrer em diferentes situações que não exclusivamente quando a família é homoparental

A outra questão a ser abordada é se a orientação sexual dos pais/mães não determina nem influencia a dos filhos.

O fato de os adotantes serem homossexuais em nada influencia a personalidade do adotado, conforme também revela estudos apresentados por Maria Berenice Dias²⁵⁴:

Na Califórnia, desde meados de 1970, vem sendo estudada a prole de famílias não convencionais, filhos de quem vive em comunidade ou casamento abertos, bem como crianças criadas por mães lésbicas ou pais gays. Concluíram os pesquisadores que filhos com pais do mesmo sexo mostram o mesmo nível de ajustamento encontrado entre crianças que convivem com pais dos dois sexos. Não há de incomum quanto os demais. Também não foi detectada qualquer tendência importante no sentido de que os filhos de pais homossexuais venham a se tornar homossexuais.

Estudos que datam de 1976 constaram que as mães/lésbicas são tão aptas no desempenho dos papéis maternos quanto as heterossexuais. Por meio de brinquedos típicos de cada sexo, procuram fazer com que os filhos convivam com figuras masculinas com as quais possam se identificar. Não há mostras de que as mães prefiram que os filhos se tornem homossexuais, não havendo sido encontradas evidências de investidas incestuosas para com os filhos. Igualmente não foram detectadas diferenças de identidade de gênero, no comportamento do papel sexual ou na orientação sexual da prole. Todas as crianças pesquisadas relataram que estavam satisfeitas por serem do sexo que eram, e nenhuma preferia ser sexo oposto. O estudo concluiu: A criança em

²⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça**, 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 113-114

lares formados por lésbicas não leva, por si só a um desenvolvimento psicossocial ou constitui um fator de risco psiquiátrico.

Com efeito, os estudos científicos ainda não têm uma resposta sobre esta questão, mas acreditam que a orientação sexual dos pais não influencia a dos filhos visto que, se assim fosse, pessoas que tiveram pais com orientação sexual heterossexual não podiam ter uma orientação homossexual. Não há como prevalecer o mito de existência de influência direta da orientação sexual dos pais/mães homossexuais sobre a dos filhos.

No, entanto, Faria e Maia²⁵⁵ nos lembra que alguns estudos enfatizam as diferenças no desenvolvimento de filhos (as) de pais/mães hétero ou homossexuais, o que pode refletir um medo social e acadêmico de contrariar as normas heterossexistas. Ou seja, como se o fato de as crianças desenvolverem papéis de gênero que não correspondem socialmente ao seu sexo ou que venham a ter uma orientação homossexual fosse considerado um aspecto ruim ao seu desenvolvimento que desqualificaria os pais/mães que criassem.

Ainda, segundo a autora as crianças criadas em famílias cujo pais/mães são homossexuais podem desenvolver maior tolerância para conviver com a diversidade e mais recursos para lidar com as adversidades presentes no cotidiano do que aquelas criadas em um modelo tradicional de família.

São relevantes as considerações feitas por Hamad a respeito da relação entre pais e filhos adotados “a sinceridade, sobre adoção e a naturalidade com que se lidaria com esse fato diminuiria possíveis estigmas sociais”²⁵⁶. Maldonado concorda com este aspecto, e diz que “entre os especialistas da área é unânime a postura de que a criança deve ter conhecimento de que é adotada”²⁵⁷.

Ora, se o que se busca com a adoção é o bem-estar da criança, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, poderíamos dizer que o não reconhecimento das famílias compostas por pais/mães homossexuais e assim, a impossibilidade da adoção por ambos os (as) parceiros (as) iria contra os princípios legais já que facilitaria o fato da criança se sentir diferente e discriminada.

²⁵⁵ FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. *Op., Cit.*, p. 171-180.

²⁵⁶ HAMAD, N. A criança **adotiva e suas famílias**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002, p.15.

²⁵⁷ MALDONADO, M. T. **Os caminhos do coração: pais e filhos adotivos**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 36.

Nesse sentido é a lição de Girardi²⁵⁸,

Reconhecimento e respeito à orientação sexual, mais especificamente da homossexualidade, poderia diminuir os comportamentos homofóbicos, promovendo uma relação melhor em suas famílias, meio social e melhorando a saúde e o bem-estar psíquico destas pessoas, fatores estes que são considerados importantes pelos psicólogos judiciários.

Este fato nos parece compreensível e importante, visto que são os pais/mães que poderão ajudar a criança a enfrentar os preconceitos sociais decorrente da homofobia.

3.3. Direito fundamental à parentalidade

A sociedade humana em geral considera a vida a dois como a única forma de atingir a felicidade plena. Tanto isso é verdade que a cultura humana foi construída ao longo dos milênios no sentido de estimular a vida amorosa a dois, que tenha ainda descendente criado pelo par, formando-se o modelo familiar culturalmente estimulado. Certa ou errada, essa ideia permeia o inconsciente coletivo das pessoas em geral.

Ademais, mudou-se o paradigma da família contemporânea, de uma que visava à filiação preponderantemente para criação de mais mão de obra e de transmissão do patrimônio do homem para sua prole "de sangue", para uma que tem no amor a sua essência também com relação ao tratamento dispensado aos filhos do casal²⁵⁹.

Ou seja, a família como unidade política e econômica na qual os filhos cumpriam papéis predeterminados sob a autoridade paterna servindo à economia familiar como mão de obra alterou-se para a família atual formada por um grupo de companheiro e um lugar de acolhimento e afeto²⁶⁰.

Tal constatação é apresentada por Santos e Tavares²⁶¹ que em seu artigo ensina:

Assim, verifica-se a construção cultural de um arquétipo que coloca como situação ideal de vivência humana a vida amorosa a dois que seja

²⁵⁸ GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 54.

²⁵⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Op. cit.*, p. 497.

²⁶⁰ GIRARDI, Viviani. *Op. Cit.*, p. 100.

²⁶¹ SANTOS, Emerson Clairton; TAVARES, Juliana Heloise dos Santos. Adoção por pessoas do mesmo sexo, uma questão de afeto e direto a parentalidade. In: TOLEDO, Iara Rodrigues; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus; MENDES, Daiane Cristina da Silva [Org]. **Estudos acerca do princípio da afetividade no direito das famílias**: construção do saber jurídico & crítica aos fundamentos da dogmática jurídica. 1. ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2014, p. 72.

complementada pela existência de filhos, sejam eles biológicos ou adotivos. Isso criou, com o passar dos séculos, uma verdadeira consciência coletiva no sentido da indispensabilidade desse modelo familiar para que alcance a verdadeira felicidade, no que se tornou uma ideia arraigada no pensamento das pessoas que, consciente ou inconscientemente, buscam obter esse modelo para si no intuito de serem felizes.

Assim, considerando que essas pessoas só atingiram a felicidade por meio do exercício da parentalidade, então se configura como um direito humano fundamental decorrente da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se, ainda, que esse direito fundamental é um direito de personalidade de todas as pessoas, inclusive os homoafetivos, que só serão felizes caso puderem ter filhos ou adotar uma criança ou adolescente.

Afinal, se determinada pessoa só puder atingir a felicidade pelo exercício da parentalidade, então esta é uma faculdade que lhe deve ser garantida como sucedâneo da dignidade da pessoa humana constitucionalmente consagrada que garante a todos entre outros o direito a felicidade.

A lição de Girardi²⁶² é enfática a este respeito:

[...] da interpretação sistematizada dos §§ 4º e 7º com o caput do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, entende-se ser possível a defesa da existência de um direito de personalidade ligado à noção de 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 de dignidade da pessoa humana.

Acresce que:

[...] uma vez que o projeto de felicidade de uma pessoa envolva o desejo de tornar-se pai ou mãe e mediante a adoção de uma criança, essa faculdade não pode ser negada somente por conta da orientação sexual à descendência porque inato ao ser humano é também tutelado pelo direito sob o manto de direitos subjetivos essenciais à sua personalidade²⁶³.

Em suma, negar o direito a parentalidade a determinado grupo de pessoas, especialmente com relação aos homoafetivos, é uma verdadeira agressão psicológica a estas, pois essa negação impossibilita que elas alcancem a felicidade plena, que equivocadamente afronta os princípios da dignidade da pessoa humana (que garante o direito da felicidade) e da igualdade (que proíbe discriminações arbitrárias como essa).

²⁶² Idem, p. 92.

²⁶³ Idem, p. 93.

3.4 Judicialização na efetivação dos direitos homoafetivos

Das relações homoafetivas decorrem uma série de direitos que, negligenciados, importam em grave limitação a essa “minoría”. A Constituição Federal de 1988 assegurou a dignidade da pessoa humana como valor intrínseco à condição humana. O Estado, por meio de políticas públicas, deve atenção a esse seguimento.

A omissão do Poder Legislativo, atrelado ao sentido de crise do direito legislado e da atuação do Poder Executivo, o qual não consegue efetivar direitos, deram aos juízes, além de importar papel de tutela da constituição e de guarda dos direitos fundamentais, o poder de incrementarem, na sua atuação.

Cumprido, agora, dividir nossos estudos em quatro tópicos que devem ser enfrentados no que tange a legitimidade do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais dos homoafetivos. O primeiro, no caso a igualdade como um direito constitucional fundamental. O segundo, ações afirmativas como um instrumento na promoção e integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de suas origens, raça, sexo, opção sexual etc., O terceiro, judicialização da política, uma vez que o Poder Judiciário não pode fechar-se às transformações sociais que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes, antecipam-se às modificações legislativas. No quarto, na omissão do Estado legitimam as minorias a buscarem a tutela jurisdicional, com o escopo de resguardar seu reconhecimento de direitos, inobstante a ausência de norma.

3.4.1 Direito à igualdade e um breve retrospecto

A igualdade é um dos temas mais contravertidos no Direito. A igualdade é fruto de uma constante evolução que possibilita o alargamento de seu conteúdo e a criação de distintos conceitos do que vem a ser. O sentido de igualdade pode variar, da mesma forma que o seu correspondente, a desigualdade. Esses dois conceitos sempre foram preocupações do ser humano, pois ser igual ou ser diferente, ainda hoje, atormentam e dividem a humanidade²⁶⁴.

Na antiguidade clássica, a igualdade entre os homens esteve no centro das discussões. Na Grécia Antiga não existia uma real igualdade entre todos. Em Atenas,

²⁶⁴ RODRIGUES, Eder Bonfim. **Ações Afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 1-30.

principal centro político da época, somente aqueles considerados cidadãos poderiam participar da vida política na polis. Estavam excluídos os estrangeiros, os escravos, as mulheres e as crianças.

A obra clássica “A República”, do filósofo Platão²⁶⁵, foi de grande importância para a filosofia e para o Direito. Platão estabeleceu a constituição de um Estado ideal. Embora a escravidão fosse realidade em seus escritos, a igualdade assumiu contornos surpreendentes para a época. Para Platão, homens e mulheres eram iguais e deviam receber a mesma educação do Estado.

Segundo Vecchiatti²⁶⁶, da mesma forma que em Platão, Aristóteles retratou bem a igualdade na polis, definiu que deve ser dado o mesmo tratamento jurídico aos indivíduos que se encontrem em situação idêntica ou análoga, ao passo que aos que se encontram em situação diversa deve ser dado um tratamento jurídico diverso, justamente em face da situação diferenciada em que se encontram.

Com relação ao conceito de igualdade, não se percebem profundas diferenças entre Roma e a Grécia Antiga, pois também não havia uma efetiva igualdade entre os romanos.

A base da sociedade era familiar, sendo a família uma entidade política na qual o poder era exercido unicamente e de modo incontestável e supremo pelo *pater familias*.

A desigualdade e a escravidão eram um dos fundamentos da Roma Antiga. Os direitos eram distribuídos de formas diferenciadas entre patrícios e plebeus na sociedade.

A idade média constituiu um dos momentos mais controvertidos da história da humanidade. Além da instabilidade política e social teve marco inicial o fim do Império Romano.

No período romano, o Cristianismo exerceu forte inspiração na busca da igualdade entre os romanos, mas foi na idade média que o Cristianismo foi um fator de mudanças, principalmente diante da profunda valorização do homem que era visto naquele momento como fruto da mais sublime criação de Deus na Terra²⁶⁷.

Entretanto, na prática, os princípios cristãos não chegaram a ser concretizados no mundo físico. A igualdade universal dos filhos de Deus só valia efetivamente no

²⁶⁵ PLATÃO. **A República**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 1-320.

²⁶⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da homoafetividade**. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homossexuais. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012, p. 93.

²⁶⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 53.

plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão²⁶⁸.

O fim da Idade Média foi marcado pela queda do Império Romano, quando diversos fatores proporcionaram a derrocada do feudalismo e o enfraquecimento da Igreja Católica, e o surgimento de um novo conceito de igualdade que pôde romper com as tradições e com valores feudais não mais condizentes com os anseios modernos.

A Idade Moderna foi um período de profundas rupturas e transformações na ordem jurídica, política, econômica e social. Foram fundamentais para o desenvolvimento de um novo conceito de igualdade e liberdade.

Os valores individuais foram determinantes na modernidade. O sujeito adquiriu importância no meio social, diferente do que ocorreu na Antiguidade e na Idade Média, em que os valores coletivos eram predominantes.

Em Descartes²⁶⁹, o ser humano adquiriu um grande valor. Ele se tornou o centro de todas as coisas. O Antropocentrismo era fator determinante de tudo. Ele inaugurou a preocupação e valorização do homem, com o ser individual e não mais com o coletivo. O importante era o homem crítico e questionador da realidade, com a razão e a ciência explicando tudo e tornando-se a fonte segura do saber. Assim, a razão estimulou diversas pesquisas, levando a uma evolução das artes, das ciências e da literatura.

A Reforma Protestante afirmou a igualdade entre todos perante Deus, acabando com as diferenças entre qualquer dos cristãos²⁷⁰.

A modernidade também foi marcada pelas ideias contratualista de Hobbes, Rousseau, além do jusnaturalismo de Locke e de Montesquieu, todas fundamentais na configuração do princípio da igualdade.

Segundo Bobbio²⁷¹, todos eles “são livres e iguais um em relação aos outros, de modo que o estado de natureza é sempre figurado como um bom estado no qual reinam a liberdade e a igualdade”.

Para Hobbes²⁷², o estado de natureza era um estado em que reinavam a

²⁶⁸ COMPARATO, Fábio Conder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18.

²⁶⁹ DESCARTE, René. **Discurso do método**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala Educacional- (Série Filosofar), 2006, p. 1-60.

²⁷⁰ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. *Op. Cit.*, p. 67.

²⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 1-202.

²⁷² HOBBS, Thomas. **Leviatã ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Ícone, 2003, p. 1-487.

competição, a ameaça à vida e a desordem. Para ele, a inexistência de um poder estatal gerava a insegurança e o perigo da guerra de todos contra todos.

A formação do estado civil ocorreria por meio da união de todos em prol de um interesse que pudesse garantir a segurança e a vida das pessoas por meio do contrato social, fruto da razão humana, necessário à manutenção da paz e à garantia da vida. O poder deveria ser centralizado e colocado na mão de uma só pessoa, o Leviatã, um homem artificial, soberano e dotado de uma autoridade inquestionável.

Para Hobbes, a igualdade no estado de natureza era capaz de causar a morte dos homens e de levá-los à busca pelo poder²⁷³.

A desigualdade para conservadores como Hobbes é fundamental na construção de uma sociedade, como forma de se garantirem privilégios e até mesmo a própria existência do ser humano²⁷⁴.

Para Locke²⁷⁵, considerado o mais importante filósofo do Iluminismo, da mesma forma que em Hobbes, o Estado surgia da superação do estado de natureza. Todavia o estado de natureza lockeano era um estado de paz, marcado pela liberdade, igualdade e inexistência de subordinação entre os homens. O Estado civil era organizado pelo consentimento de todos e instituía juízes imparciais para julgar todos os conflitos existentes entre os homens. Cada homem não seria mais juiz de sua própria causa como no estado de natureza.

Mesmo diante de grandes avanços Locke ainda era um defensor da escravidão.

Montesquieu²⁷⁶, um ferrenho defensor da igualdade entre todos, concebeu a igualdade como um princípio difícil de ser alcançado numa democracia, por não se estabelecer uma divisão igual das terras.

O contratualista Rousseau²⁷⁷ deixou uma importante contribuição na configuração da igualdade. Diferente de Hobbes, ele via o homem no estado de natureza como bom e pacífico e toda a maldade existente dentro dele vinha das influências da sociedade, do meio em que vivia. A igualdade entre todos era uma criação da natureza e toda desigualdade foi instituída pelos homens. A fonte de desigualdade era o

²⁷³ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 34.

²⁷⁴ HOBBS, T. *Op. cit.*, p. 1-487.

²⁷⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2. ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 1-318.

²⁷⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 59.

²⁷⁷ ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução; Alex Marins. Ed. Martim Claret, 2009, p. 149.

conhecimento.

O grande destaque de Rousseau em relação à igualdade está ligado à propriedade. Para ele, a propriedade foi o grande mal social que provocou a escravidão e a devastação dos campos e florestas diante da necessidade de riqueza e de bens econômicos. Como bem frisou:

A partir do instante em que um homem necessita do auxílio do outro, desde que percebe que era útil a um só ter provisões para dois, desaparecem a igualdade, introduziu-se a propriedade, o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas se transformaram em campos risonhos que cumpria negar com o suor dos homens e nos quais logo se viu a escravidão e a miséria germinarem e medraram com as searas²⁷⁸.

Kant²⁷⁹ formulou a ideia de igualdade a partir de sua preocupação com a liberdade. Segundo ele, a liberdade era o fundamento do Direito e da moral, fonte de toda autonomia. A exigência de um Estado politicamente organizado para Kant é condição intrínseca para a garantia do direito à propriedade, da liberdade e da própria existência da igualdade.

Do exposto até aqui, constata-se que a democracia na modernidade não conseguiu pôr fim aos privilégios, às desigualdades e às injustiças então dominantes.

Nesse sentido são as lições de Rodrigues²⁸⁰:

Por ser uma fase marcada pela transição do feudalismo para o capitalismo, a modernidade não estabeleceu definitivamente uma igualdade democrática entre todos. Mas os descentramentos que provocaram mudanças na construção de um novo mundo e de um novo ser humano foram fundamentais para eclosão das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII e para a consolidação do Estado Liberal e da igualdade formal.

A estrutura da Idade Moderna começou a ser abalada e questionada na Inglaterra com as Revoluções Inglesas no século XVII. Já a Revolução Francesa de 1789 foi fundamental na configuração de um novo mundo e na construção de novos conceitos para o Direito e para o princípio da igualdade²⁸¹. Mas, na prática, a Revolução foi incapaz de universalizar a igualdade. Nas próprias colônias francesas a desigualdade e a escravidão eram realidades presentes, e os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade eram inalcançáveis.

²⁷⁸ Ibidem, p. 213.

²⁷⁹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 1-335.

²⁸⁰ RODRIGUES, Eder Bonfim. *Op. Cit.*, p. 50.

²⁸¹ COMPARATO, Fábio Conder. *Op. Cit.*, p. 126.

Com a Revolução Gloriosa na Inglaterra e a Revolução Francesa, a burguesia pode finalmente abrir caminho para a Revolução Industrial.

Contudo, como afirma Magalhães²⁸²:

(...) a atitude de omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens ao capitalismo desumano e escravizador. O século XIX conheceu desajustamento e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar com proporções crescentes e incontroláveis.

A realização da igualdade ficou cada vez mais distante, pois o que se viu foi a exploração, a miséria, a fome e profundas desigualdades, tudo isso em nome do lucro e da acumulação de capital.

Diante desses fatos e injustiças, várias teorias buscaram a construção de uma sociedade mais justa e igual. Destacam-se Karl Marx e Friedrich Engels como os grandes teóricos do Socialismo Científico.

Marx foi crítico do modelo social instalado no período Pós-Revolução Francesa de 1789. O desenvolvimento de sua teoria levou-o a concluir que as instituições políticas e jurídicas de cada sociedade são o resultado das condições materiais da vida, em especial do modo de produção econômico; contrapôs no sistema capitalista a burguesia e o proletariado, mostrando as reais desigualdades existentes entre as duas classes sociais. A exploração destes últimos era uma realidade, pois muitas vezes eram submetidos a jornadas de trabalho de mais de dezesseis horas por dia, sujeitos a todo desrespeito possível²⁸³.

Antes mesmo do surgimento da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) houve mudança do capitalismo liberal para o capitalismo social.

A Constituição de Weimar de 1919 inaugurou o estado social e veio instituir o sistema republicano na Alemanha, que se encontrava totalmente destruída após os terríveis anos da Primeira Guerra Mundial. A igualdade foi afirmada, inclusive a igualdade entre homem e mulher, e a igualdade entre os filhos legítimos e aqueles tidos como filhos ilegítimos.

A igualdade também se fez presente nas relações entre empregados e empresários. Todavia, a nova feição social do capitalismo foi incapaz de impedir o surgimento do Fascismo, do Nazismo e dos Estados totalitários. Os Estados totalitários

²⁸² MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 44.

²⁸³ COMPARATO, Fábio. Conder. *Op. cit.*, p. 52.

produziram grande desigualdade e agiram com enorme repressão às camadas populares. Este modelo de Estado foi uma das causas decisivas para eclosão do maior conflito militar existente até hoje, a Segunda Guerra Mundial (1939-1945)²⁸⁴.

No final da Segunda Guerra, em 1945, foram criadas as Nações Unidas, e o princípio da igualdade é uma realidade na Carta das instituições das Nações Unidas, com o reconhecimento da igualdade de direitos entre homens e mulheres.

A Assembleia-Geral das Nações Unidas proclamou, em 10.12.1948, o mais importante documento internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que garantiu, em âmbito universal, a igualdade e a liberdade de todos os seres humanos.

Diante da normativa internacional, as Constituições locais contemplaram a mesma proclamação e trouxeram para seus textos a ordem estabelecida universalmente²⁸⁵.

A força normativa dos princípios constitucionais se concretiza se a Constituição for um reflexo dos anseios e problemas sociais existentes²⁸⁶.

Hesse²⁸⁷ esclarece: “Somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se”.

A igualdade é prevista no preâmbulo de nossa Lei Maior, nos objetivos da República Federativa do Brasil, dentre eles promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV), bem como no artigo 5º, caput, que diz “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fins do estado e que consagrou a igualdade como um direito constitucional fundamental, os homoafetivos passaram a reivindicar do ordenamento jurídico um tratamento isonômico no que tange aos direitos conferidos aos heterossexuais.

Não se pode deixar de reconhecer a igualdade prevista em lei, conhecida como igualdade formal, e no que concerne à orientação sexual implica um tratamento jurídico não diferenciado para as pessoas, independentemente de sua orientação sexual.

²⁸⁴ RODRIGUES, Eder Bonfim. *Op. Cit.*, p. 57.

²⁸⁵ MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade**. Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos. Curitiba: Juruá, 2011, p. 119.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 119.

²⁸⁷ HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 16.

Sob essa linha de raciocínio, são as lições de Torres²⁸⁸:

Dessa forma, tanto os heterossexuais como os homossexuais devem ser tratados de forma igualitária pelo direito, cessando se assim a impossibilidade de reconhecer uma identidade do casal para os parceiros homossexuais, bem como seus direitos à paternidade por meio de adoção.

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

3.4.2 Ações afirmativas como mecanismo de inclusão social dos homoafetivos

Segundo os estudiosos, a adoção de políticas sociais denominadas “ações afirmativas” têm origem nos Estados Unidos. Trata-se de um modelo de política tendente à promoção da integração do desenvolvimento e bem-estar das minorias. Foi à saída encontrada para mudanças e a inclusão social dos negros, sendo posteriormente estendidos às mulheres, a outras minorias étnicas e nacionais, aos índios e aos deficientes físicos.

Feita esta introdução, convém propor um conceito de ações afirmativas que possam ser postas em prática.

Com proficiência, Gomes²⁸⁹ define ações afirmativas como:

[..] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.

Avançando sobre a conceituação de ação afirmativa, Sell²⁹⁰ a conceitua como:

²⁸⁸ TORRES, Aimberé Francisco. **Adoção nas relações homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57.

²⁸⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

²⁹⁰ SELL, Sandro César. **Ação afirmativa e democracia racial**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2002, p. 9.

Um conjunto de estratégias políticas, cuja finalidade é, em última análise, promover a igualdade de oportunidades sociais, utilizando-se para isso “um tratamento preferencial daqueles que historicamente têm sido os perdedores na disputa pelos bens escassos de nossa sociedade (empregos, vagas em universidades, participação política, etc.)”.

Trazemos à baila, ainda sobre a conceituação, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, expresso no voto do relator ministro Humberto Martins, proferida no Recurso Especial nº 1254118:

As ações afirmativas são medidas especiais que têm por objetivo assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção, e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades²⁹¹.

Por fim, não podemos deixar de colacionar a exposição da Ministra Rocha, que destaca com precisão o tema ação afirmativa:

[...] um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não-cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é, na letra da lei fundamental, assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos... Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados²⁹².

De uma maneira geral, o termo “ação afirmativa” possui uma grande diversidade de sentidos²⁹³, mas podemos defini-la como o conjunto de políticas

²⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21079550/recurso-especial-resp-1254118-rs-2011-0108387-7-stj/relatorio-e-voto-21079552>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

²⁹² ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **Ação Afirmativa**: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, v.33, nº 131, p. 283-295, jul./set. de 1996, p. 99. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>>. Acesso em 24 jan. 2014.

²⁹³ ONIMARU, Luís Otávio de Assis; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Ação afirmativa como instrumento de efetivação da igualdade material**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1784/1693>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

compensatórias e de valorização de identidades coletivas de vítimas de alguma forma de estigmatização²⁹⁴.

Em face disso, podemos asseverar, no fundo, que as ações afirmativas podem ser entendidas como um instrumento na promoção e integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminadas em função de suas origens, raça, sexo, opção sexual etc.

Decompondo-se o conceito proposto, extraem os elementos a seguir comentados: possibilidade, necessidade e efetividade.

Busca-se, então, por meio de “ações afirmativas”, combater a discriminação como também proporcionar a igualdade de oportunidades a que todos têm direito.

E, quando se discute a questão dos homoafetivos, sob o enfoque do princípio da igualdade, efetiva a existência de discriminação e a ausência de políticas sociais destinadas atender os direitos fundamentais desse grupo.

E a ação afirmativa veio para ampliar o espaço de discussão e participação, garantindo direitos, promovendo a diversidade e o pluralismo.

Segundo Galuppo²⁹⁵, pluralismo é uma das marcas constitutiva das democracias contemporâneas, conforme o próprio autor nos esclarece:

É constitutivo da própria sociedade contemporânea e, que, portanto, não se pode, legitimamente, eliminar qualquer projeto de vida sem interferir na auto identidade de uma determinada sociedade. Ao contrário, ele deve reconhecer que todos os projetos que compõem uma sociedade, inclusive os minoritários, são relevantes na composição de sua identidade. Se os diversos projetos estão em conflito, a solução dada ao problema pelo Estado Democrático não é pressupor que um consenso radical, homogêneo e ilimitado seja historicamente possível, ou que seja possível criar-se, artificialmente (ou seja, sem a participação popular no processo decisório), um projeto ‘alternativo’, mas que é possível, preservarem-se condições mínimas para que todos os projetos se realizem para dizermos com Dworkin, o Estado Democrático de Direito percebe que estamos unidos em uma sociedade, ‘apesar de divididos em projetos, interesses e convicções’, e que, portanto, a tolerância é exigida, se queremos que a sociedade, bem como o Estado, sejam realmente pluralista.

O que se verifica é que a diversidade das concepções individuais acerca da vida digna e a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores,

²⁹⁴ ARAUJO, José Carlos Evangelista. **Ações Afirmativas e Estado Democrático Social de Direito**. São Paulo: LTr, 2009, p. 17.

²⁹⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. *In*: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de e SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 54.

costumes e tradições²⁹⁶, estão presentes na democracia e não há como optar por uma em detrimento da outra.

Nesse passo imprescindível, a lição de Cruz²⁹⁷ para quem, “A grande novidade do Estado Democrático de Direito é justamente a noção de pluralismo, o qual tem por pressuposto a admissão, de respeito e proteção de vida distintos daqueles considerados como padrão pela sociedade”.

Essa forma de pluralismo de que nos fala Galuppo e Cruz, ou seja, uma sociedade sem conflitos, homogênea, ilimitada, baseada na tolerância pela sociedade e pelo Estado, está muito longe da realidade da nossa sociedade e dos tribunais, quando se fala em concretização das liberdades sexuais.

Via de regra, a discriminação contra os homossexuais resulta da neutralidade e da indiferença do aparato estatal²⁹⁸.

A identidade não é marca da sociedade democrática contemporânea. Ao invés da homogeneidade e da similitude, a diferença e o desacordo são os traços fundamentais²⁹⁹.

A sociedade deve estar calcada na igualdade e ser inclusiva, pois deve garantir/estimular a participação de todos, aproveitando diferenças e experiências humanas, reconhecendo/desenvolvendo o potencial de cada cidadão.

Evidente que não se pode deixar de reconhecer que a sociedade, por meio de suas instituições, favorece certas parcelas mais que as outras, haja vista estruturalmente é composta por diferentes camadas ou posições sociais que são ocupadas por seus membros, o que faz gerar expectativas de via diferente, bem como desigualdades profundas, impossíveis de ser justificadas por meio de juízos de mérito ou valor³⁰⁰.

Tem-se que as relações homoafetivas, além de serem alvo de constantes manifestações discriminatória decorrentes de preconceito cultural que se prolonga pelos séculos, carregam consigo o estigma da injustiça social, em face do amorfismo jurídico em relação às minorias. Quando se trata de relações homoafetivas, os direitos, de modo geral, não encontram regulamentos efetivos a lhes garantirem uma concepção pública de justiça social, como equidade.

²⁹⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 1999, p. 2.

²⁹⁷ GALUPPO, Marcelo Campos; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. Cit.*, p. 54.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 31.

²⁹⁹ CITTADINO, Gisele. *Op.*, cit., p. 77-78.

³⁰⁰ TORRES, Aimbere Francisco. *Op. Cit.*, p. 60.

Conforme ressalta Jonh Raws³⁰¹, “[...] desigualdade supostamente inevitável na estrutura básica de qualquer sociedade, que os princípios da justiça social devem ser aplicados”.

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

Com efeito, a desigualdade social é outro fator que pode gerar preconceito frente à relação homoafetiva, por trazer uma estrutura familiar marcada pela indiferença, pela omissão das autoridades públicas e até mesmo pela sociedade privilegiada financeiramente³⁰².

Enfim, a diversidade sexual não pode ser considerada como desvio, algo que precisa ser corrigido e nem como algo a ser tolerado.

Necessário se faz dar efetividade à igualdade material e utilizar as ações afirmativas como objetivo de eliminar as desigualdades de direito e obrigações entre as sociedades homossexuais e heterossexuais.

Assim, ações afirmativas concretizam a igualdade de um modo geral, implantando, como já mencionado, o pluralismo e a diversidade de representatividade dos grupos “minoritários”.

Nossa Constituição diz que a República Federativa do Brasil está destinada a assegurar a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, que deve promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras forma de discriminação.

Esses objetivos imantam todo o texto constitucional, dando imperatividade ao princípio da igualdade jurídica, sob o aspecto formal, expressamente positivado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, por seu desdobramento em seus incisos XLI e XLII.

³⁰¹ RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 83.

³⁰² GALASSI, Almir. O preconceito, a discriminação e a intolerância, os obstáculos para a inclusão social nas opções sexuais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira e ANSELMO, José Roberto. **Estudos sobre direitos fundamentais e inclusão social**: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Boreal, 2010, p. 6.

Por constituir cláusula pétreia (art. 60, § 4º, IV), o princípio da igualdade não pode ser objeto de deliberação, posposta de emenda constitucional tendente a aboli-las³⁰³.

Com base no direito à igualdade, o Brasil está rompendo barreiras, inclusive pela judicialização. Ao Estado cabe determinar, por meio de políticas públicas para que se afirme o comportamento que advém da orientação sexual³⁰⁴.

Neste contexto, as decisões do Poder Judiciário têm demonstrado uma significativa evolução, garantindo a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual.

Podemos destacar julgado do Supremo Tribunal Federal, lastreado nas considerações, do Min. Ayres Britto, no julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132/DF) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADI 4.277/DF), que considerou perfeitamente possível o reconhecimento da família baseada numa união entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivas) na mesma medida daquela outorgada às uniões heteroafetivas³⁰⁵.

Podemos dizer que se trata de um reflexo da mobilização social em favor de uma cidadania plena para os homossexuais de um modo geral.

Conforme bem salientado pelo Prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz³⁰⁶, “Os homossexuais, pouco a pouco, vencem seus ‘fantasmas interiores’ e se reorganizam para pleitear seus direitos”.

No esforço de afirmação, é imperioso reconhecer a participação ativa de movimentos civis não governamentais, que se organizam cada vez mais em favor das conquistas de direitos fundamentais dessa minoria.

A luta por um direito não implica violência, mas postura ativa de enfrentamento do problema.

Nestes aspectos, as ações afirmativas não podem ser vistas como política de cunho discriminatório, mas apenas um meio de inclusão que é dotado de suficiente sensibilidade para a origem cultural das diferenças individuais e culturais específicas³⁰⁷.

³⁰³ ARAUJO, José Carlos Evangelista. *Op. Cit.*, p. 120.

³⁰⁴ MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo. *Op. Cit.*, 133.

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

³⁰⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão** social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 196.

Portanto, efetivar a igualdade em favor dos homossexuais e as relações homoafetivos, num Estado Democrático, é uma necessidade imperativa e indispensável.

Por todo declinado, havendo omissão ou ação inadequada surge à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, com o fito de concretizar e efetivar os direitos homoafetivos.

3.4.3 Judicialização da política

Para que possamos tratar da judicialização política é necessário fazer um pequeno esboço histórico da separação dos poderes.

Montesquieu, autor da obra famosa “O Espírito das Leis” (1748), sistematizou com profunda intuição, que logo foi acolhida como dogma dos Estados Liberais e que permanece até hoje sem alteração substancial, Teoria da Separação dos Poderes, composta por três clássicos poderes, cuja divisão é formal e o poder é um só, pelos quais se manifestam na sua plenitude: um elabora a lei (Poder Legislativo), outro que se encarrega da sua execução (Poder Executivo) e o terceiro (Poder Judiciário), que soluciona os conflitos, pronunciando o direito e assegura a realização da justiça³⁰⁸.

Não se pode deixar de considerar a lição de Alarcon: “Cada órgão tem a possibilidade, conforme a dicção constitucional, de controlar o outro por meio de um mecanismo de contenção”³⁰⁹.

A legitimidade desse controle inter-orgânico se encontra na necessidade de regular as forças sociais da época, que pretendiam o domínio do Estado. Por essa via, a condução política do Estado passa por uma forçosa negociação, uma tarefa de convencimento, especialmente entre o Executivo e o Legislativo³¹⁰.

Na atualidade, o Judiciário assume um papel bastante ativo no controle dos dois órgãos, especialmente quando lhe é conferida a guarda da Constituição.

A presença de instituições judiciais tem aumentado a partir da transição política.

A ampliação da competência do judiciário permitiu uma nova atuação da Corte Superior no cenário nacional. Desse modo, observa-se que a atuação deixa de ser a pura

³⁰⁷ HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**: estudo da teoria política. São Paulo: Ed. Loyola, 2002, p. 166.

³⁰⁸ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 241.

³⁰⁹ ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público**: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Ed. Verbatim, 2011, p. 155.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 156.

prestação jurisdicional, assim, gradativamente, tendo-se início o fenômeno da “judicialização da política”³¹¹.

Feita essa introdução, convém propor um conceito de judicialização da política.

O conceito de judicialização da política, fornecido por Tate e Vallinder, prevê que corresponde à “reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição”³¹².

Avançando sobre o tema, Peixinho³¹³ explica:

A judicialização da política tem por significado a intervenção decisória do Poder Judiciário com capacidade de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do poder judicial em matérias que seriam reservadas às competências dos Poderes Executivo e Legislativo com inspiração na teoria do checks and balances (verificar e equilibrar).

Em face disso, os anseios sociais não podem ficar à mercê de uma resposta legislativa. As questões que versam sobre direitos das “minorias”, *in casu*, os homoafetivos não podem ser considerados irrelevantes.

A omissão do Estado legitima esses grupos a buscarem a tutela jurisdicional, com o escopo de resguardar seu reconhecimento de direitos, inobstante a ausência de norma.

Tomemos, por exemplo, as decisões que têm reconhecido as uniões homoafetivas e que regulamentam a guarda e adoção de menores por homossexuais, sob os argumentos da igualdade de tratamento pela lei, proibindo a discriminação bem como o do melhor interesse do menor, como exposto na sequência:

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURIDICA. É possível o processamento e reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na constituição federal, que vedam qualquer discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preconceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as

³¹¹ CORREA, Maria Anita Araruna. **Breve análise sobre o fenômeno da judicialização da política e a sua repercussão sobre as relações externas.** Interfaces Científicas – Direito. Aracaju. V.1. N.2, p. 19-28, fev. 2013, p. 19-28.

³¹² TATE C. Neal; VALLINDER, Torbjorn *apud* MACIEL, Débora Alves: KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política:** duas análises. Revista Lua Nova, São Paulo, n. 57, dez. 2002, p. 113-133.

³¹³ PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais.** Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, nov/2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2013.

individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida³¹⁴.

ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER - ALEGAÇÕES 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 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. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fatos de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho 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 improvido³¹⁵.

De toda sorte, é necessário observarmos que a judicialização pode e de fato contribui na busca de uma justiça melhor, que possa garantir a todos o direito à felicidade.

Com efeito, a judicialização da política não significa a delegação do Poder Legislativo de sua competência ao Poder Judiciário nos Estados de Direito nem a usurpação judicial do princípio da separação dos poderes.

A judicialização da política é um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais, mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos.

3.4.4 Judicialização para os homoafetivos

Nossa Constituição diz que a República Federativa do Brasil está destinada a assegurar a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos; promover o bem de todos sem preconceitos de origem,

³¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 598362655. 8ª Câmara Cível. Rel. José Ataíde Siqueira Trindade. j. Em 10.03.2000. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4129>. Acesso em: 11 jan. 2014

³¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 14.332/98. Rel. Jorge de Miranda Magalhães. j. 23.09.99, p. 269. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4129>. Acesso em: 11 de jan. 2014.

raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação³¹⁶.

Também prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

A Constituição conduz as atividades de suas instituições. Por isso, na omissão ou ação inadequada abre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em questões que, tradicionalmente, são consideradas de âmbito do Poder Executivo e do Poder Legislativo, que seriam os locais que a política deveria ser feita³¹⁷.

Quando se elegem temas tão instigantes e desafiadores, é porque se acredita que a mobilização social, perante os três poderes, tem o grande papel de reconhecer direitos devidamente assegurados pela Constituição às "minorias".

A homoafetividade está divorciada de conceitos de doença ou desvio: ela reconhecida como orientação sexual.

A judicialização da homoafetividade importa reconhecer as uniões homoafetivas por pares do mesmo sexo com *status* jurídicos³¹⁸.

Corroborando com tal entendimento, Santos e Tavares³¹⁹ discorrem acerca do assunto:

As decisões judiciais que versam sobre o tema dão conta que, mesmo com ausência de legislação específica que disponha sobre uniões homoafetivas, é possível reconhecer esse direito, para que direitos não sejam sonogados por conta de preconceitos.

Ao Estado, cabe determinar a judicialização da sexualidade, por meio de políticas públicas, para que se afirme o comportamento que advém da orientação sexual³²⁰.

Nesse sentido, Habermas³²¹ afirma que:

Dai a necessidade de uma política compensatória de proteção jurídica, capaz

³¹⁶ LEIVAS, Paulo. Homossexualidade, políticas e direitos sociais. *In*: ÁVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula e FERREIRA Verônica. **Novas legalidades e democratização da vida social: Família, sexualidade e aborto**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 89-90.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 87.

³¹⁸ MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade**. Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2011, p. 133.

³¹⁹ SANTOS, Emerson Clairton; TAVARES, Juliana Heloíse dos Santos. Pertinência da judicialização na efetivação dos direitos homoafetivos na contemporaneidade. *In*: **Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em Paraíba-PB nos dias 5 a 8 de Novembro de 2014, p. 300-320. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a9d4a0a256f5e6ae>>, acessado em 23 de dez. 2015.

³²⁰ *Ibidem*, p. 133.

³²¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 149.

de fortalecer o conhecimento do direito, a capacidade de percepção, de articulação e de imposição por parte de cliente carente de proteção.

Fraser destaca que, em decorrência das mudanças, passamos a tomar consciência do “outro” e, conseqüentemente, dar maior ênfase na identidade e na diferença. Uma vez tomada consciência destas diferenças, surgem os movimentos de reivindicação de reconhecimento, envolvendo a sexualidade³²².

Habermas traça algumas considerações a respeito das políticas feministas que visam à igualdade de sexos³²³, ficando claro que os direitos só se tornam socialmente eficazes, quando houver efetividade dos direitos fundamentais.

É crescente o número de decisões judiciais que versam sobre o tema, mesmo com ausência de legislação específica que disponha sobre uniões, adoções homoafetivas, que, aliás, têm demonstrado uma significativa evolução na integração e na reafirmação dos direitos das minorias homossexuais.

A propósito, são reflexo da mobilização social em favor de uma “cidadania plena” para os homossexuais.

O Poder Judiciário não pode fechar-se às transformações sociais que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes, antecipam-se às modificações legislativas.

O judiciário é conclamado a contribuir pra a concretização e efetivação dos direitos fundamentais, sob a qual reconhecem direitos como: à vida, à liberdade, à igualdade³²⁴.

O Estado Democrático de Direito, como disse Teixeira, não se contenta mais com uma ação passiva³²⁵. O Judiciário não mais é visto como mero Poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da sociedade e responsável pelo bem comum.

Portanto, os direitos fundamentais sociais exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa postura repudia as normas constitucionais como meros

³²² FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação**. Disponível: <[³²³ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II, p. 147.](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ces.uc.pt%2Frcs%2Fincludes%2Fdownload.php%3Fid%3D790&ei=OxDUsjuDNKfkQfO64CICg&usg=AFQjCNGquZy_Lw18laYm9CIux1Gz3OcgqA&bvm=bv.61190604,d.cWc.> Acesso em: 14 fev. 2014.</p>
</div>
<div data-bbox=)

³²⁴ PEGORANO, Lucio; GAITAN, Jhoana Delgado. *In: FILHO, Agassiz de Almeida; CRUZ, Danielle da Rocha. Estado de Direito e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 455.

³²⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *In: FILHO, Agassiz de Almeida; CRUZ, Danielle da Rocha. Estado de Direito e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 647.

preceitos programáticos, vendo-as sempre dotadas de eficácia em temas como dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão do estudo proposto, em que pese a Constituição Federal de 1988 não elenque taxativamente a união homoafetiva como entidade familiar, não há justificativa lógico-racional que possa fundamentar a negativa ao direito dos homoafetivos. Tanto que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, assegurando os mesmos direitos e deveres previstos para os casais heterossexuais. A homoafetividade pode ser, com muito mais propriedade, apontada como uma liberdade de reconhecimento tardio. Não há dúvida de que seja um direito fundamental, ou, pelo menos, a expressão do direito fundamental à autodeterminação quanto à própria orientação sexual, isto é, quanto à própria sexualidade do indivíduo. Assim, o direito de manifestar determinação sexual é uma liberdade natural humana, imperando seu reconhecimento na atualidade em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana é fundamento constitucional, é a máxima objetivada pelo legislador e por todo o ordenamento jurídico, posto que sem proteção da pessoa humana com a preservação de sua dignidade o ente estatal perde a sua razão.

O direito a igualdade é importante preceito no ordenamento jurídico. Ao longo da história, diversas foram as concepções de igualdade que constituíram as relações entre os seres humanos e possibilitaram, em alguns momentos, inclusão ou exclusão de direitos.

O Estado de Direito veio para ampliar o espaço de discussão e participação democrática autônoma, garantido direitos, provendo diversidade e o pluralismo, diante da necessária formação comunicativa do poder público.

O paradigma do Estado Democrático de Direito possibilita uma nova forma de se ver a igualdade. Uma igualdade que proporcione inclusão de todos sem exceção.

Assim, o princípio da igualdade impõe o respeito às diferenças, sem se permitir que tais diferenças legitimem tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família.

Ressalta-se, o exercício da sexualidade faz parte da própria concepção de dignidade da pessoa humana. Trata-se de um direito inerente ao desenvolvimento da

personalidade e deve ser assegurado uma das dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, como uma forma de concretização para uma vida digna.

Por mais que os princípios da igualdade e da dignidade humana tenham relevante força normativa, o sujeito costuma praticar condutas condizentes com o comportamento cultural e social as quais são consideradas “normais”. Assim, questões de foro íntimo, em especial a sexualidade, quando consideradas desconectas à moral e aos costumes, tornam-se meio para o desencadeamento de práticas de intolerância, de preconceito, e de desrespeito dos direitos da personalidade, principalmente no seio familiar.

É possível extrair dessas considerações que, por meio de toda a evolução histórica das civilizações, a discriminação em razão do sexo vem perdendo território na mentalidade ocidental, tanto que atualmente, é comum encontrar famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo e que buscam o reconhecimento estatal, como forma de resguardar direitos.

Da mesma forma que houve uma mudança na forma de se encarar a homossexualidade, a família brasileira também passou por uma intensa transformação ao longo do tempo, para chegar até a concepção atual. O ente familiar não é estático, mas sim um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica, como espaço de poder, de laços e de liberdade.

Nesse sentido, em razão dos novos valores introduzidos e acolhidos pela Constituição Federal, imperativo se faz, nos dias atuais reconhecer a importância da família homoafetiva, apta a oferecer a criança ou adolescente o amor, afeto, carinho, acesso a educação, saúde, segurança e lazer.

A Constituição atribui a todas as entidades familiares a mesma dignidade e a mesma igualdade em merecimento de tutela. O que delinea uma base familiar é a convivência afetiva das pessoas, afeto, que deve gerar efeitos na órbita do Direito de Família, para além deste ou aquele posicionamento ideológico, sócio cultural específico ou religioso. Independente do modelo, a família essencial para estruturação de qualquer pessoa, não podendo o Estado limitar os tipos de família.

No tocante adoção, procurou-se no desenvolvimento do presente trabalho refletir como a ciência do direito vem concebendo e tratando a nova demanda social, representada pelo desejo dos homossexuais tornarem-se pais por meio de adoção de crianças e adolescentes, e assim atingir a felicidade plena pelo exercício e direito a parentalidade.

A adoção de crianças ou adolescente por homossexuais, uma vez observados os critérios legais da adoção, conforme em si a realização e concretização de dois princípios constitucionais singulares e que regem as relações familiares, pois de um polo da relação paterno-filial estabelecida se assegura à criança o direito à convivência familiar, previsto art. 227 da Constituição Federal de 1988, e de outro polo se confere ao adotante a possibilidade da paternidade responsável, previsto no art. 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988.

A negação desse direito é o mesmo que negar às crianças e aos adolescentes, o direito de terem pais e com eles formarem uma família inusitada na forma, mas ancestral no conteúdo, que é a necessidade de a pessoa humana ser amada e de pertencer a uma família.

Adoção homoafetiva, certamente, não se resume em subjetivismo, que a homossexualidade dos pais adotivos incidiria em risco o livre desenvolvimento da sexualidade do menor, que seria "influenciado", ainda que indiretamente, por seus pais adotivos a se "tornar" homossexual.

Compreende-se adoção, como direito a parentalidade, um gesto de amor e afeto, para garantir a todas as crianças e adolescentes a convivência familiar e comunitária e o acesso à educação, à saúde, à segurança, e o lazer, preconizados na Constituição Federal, com intuito de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Efetivar a igualdade num Estado Democrático de Direito é uma necessidade imperativa e indispensável, visto que não se pode afirmar que se vive numa democracia condizente com as injustiças e que não promova o fim da discriminação. Cabe ao Estado determinar a judicialização da sexualidade, por meio de políticas públicas, para que se firme que o comportamento advém da orientação sexual.

As ações afirmativas, como uma espécie de ação positiva, são legítimas e necessárias para a promoção da minoria socialmente discriminada e a efetivação do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito, visto que não se pode falar em igualdade sem a necessária participação e inclusão de todos.

Na omissão do Estado, abre-se possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, para reconhecer os direitos em geral dessas minorias. A judicialização importa reconhecer os efeitos pessoais do mesmo sexo e, por conseguinte, deferir-lhes o direito à adoção.

Portanto, o Judiciário não pode fechar-se às transformações sociais, pela própria dinâmica, muitas vezes, antecipam-se às modificações legislativas.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. São Paulo: Ed. Verbatim, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo, 2003.

AMIN, Andréia Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, E-book.

AQUINI, Marco. A fraternidade e direitos humanos. *In*. BAGGIO, Antonio Maria, (org.). **O princípio esquecido/1**. Vargem Grande Paulista, SP: Ed. Cidade Nova, 2008.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista. **Ações Afirmativas e Estado Democrático Social de Direito**. São Paulo: LTr, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÀRIES, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2004.

_____, **Política**. Barueri/SP: Martin Claret, 2002.

ÀVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula; FERREIRA, Verônica [orgs]. **Novas legalidades e democratização da vida social: Família, sexualidade e aborto**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

BAGGIO, Antonio Maria. Fraternidade e reflexão politológica contemporânea. *In*:. BAGGIO, Antonio Maria, (org.). **O princípio esquecido/2**. Vargem Grande Paulista, SP: Ed. Cidade Nova, 2008.

BARBOSA, Afonso Arnaldo. Gênese dos Direitos da Personalidade. *In*: OLIVEIRA, Alfredo Emanuel. **O fundamento dos Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

BARBOSA, Heloisa Helena. O princípio melhor interesse da criança e do adolescente. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM). Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **Começo da história:** a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, abr./jun. 2003.

BARROS, Sergio Rezende de. Direitos Humanos da família. *In: DEL'OMO, Florisbal de Souza; ARAUJO, Luiz Ivani de Amorim (Coords.). Direito de Família Contemporânea e os novos direitos:* estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

BAUMAN, Zigmunt. **Amor líquido:** sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

_____. **Identidade:** entrevista a Benedito Veichi. Rio de Janeiro, 2005.

BEAUVOUR, Simone de, **O segundo sexo:** a experiência vivida. Tradução de Sergio Millet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BITAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1989.

_____. **Os novos rumos do direito de família.** São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 1-202.

_____. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOCK, Ana Mercês Bahia. **Psicologia.** Editora Saraiva. 13. ed. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. – São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

BONHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRANDÃO, D. V. C. **Parcerias homossexuais:** aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:<
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>
Acesso em: 14 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:<
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22438095/agreg-no-recurso-extraordinario-re-687432-mg-stf>>. Acesso em 14 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:<
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20623277/agreg-no-recurso-extraordinario-re-477554-mg-stf>>. Acesso em: 14 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível Em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21079550/recurso-especial-resp-1254118-rs-2011-0108387-7-stj/relatorio-e-voto-21079552>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **AC 14.332/98**. Rel. Jorge de Miranda Magalhães. j. 23.09.99. p. 269. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4129>. Acesso em: 11 de jan. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 598362655**. 8ª Câmara Cível. Rel. José Ataíde Siqueira Trindade. j. Em 10.03.2000. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4129>. Acesso em: 11 jan. 2014.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo; Juarez de Oliveira, 2002.

BRITO, Rafaela Silva. Os princípios da fraternidade e da solidariedade como vetores na aplicabilidade do direito ambiental. *In*: PIERRY, Luiz Antonio de Araújo; CERQUEIRA, Maria do Rosário F.; CURY, Munir; FURLAN, Vanessa R. (org.). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP. Ed. Cidade Nova, 2013.

BROCHADO, Ana Carolina; RODRIGUES, Renata Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

CABRAL, Hidéliza Lacerda Tinoco Boechat. **Afetividade Como Fundamento na Parentalidade Responsável**, p. 3. Disponível em http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/10_afetividade.comofundamento.naparentalidade.responsavel.pdf. Acesso em: 30 dez. 2013.

CALVO, C. **Povertá e Svilupo** (Discurso no Congresso “Novos Horizontes da Economia de Comunhão, 10.02.12”), 2004.

CANEVACCI, Massimo (Org). **Dialética da família**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direitos da personalidade**. 2. ed., Coimbra: (s.n.), 1992.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *In*: FACHIN, Luiz Edson (coord). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rios de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

CARVALHO FILHO, Benedito José de. **Marcas de família, travessia no tempo**. São Paulo. Annablume; Fortaleza: Secretaria da Cultura e Desporto do Governo do Estado do Ceará, 2000.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 1999.

CHAUÍ, Marilena. **Repreensão sexual**. São Paulo: Ed. Brasiliense S.A, 1984.

COELHO, Fábio Alexandre. **Curso de rápido de hermenêutica jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2014.

COMPARATO, Fábio Conder. **Afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORREA, Maria Anita Araruna. **Breve análise sobre o fenômeno da judicialização da política e a sua repercussão sobre as relações externas**. Interfaces Científicas – Direito. Aracaju. V.1. N.2, p. 19-28, fev. 2013.

CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. *In*: FACHIN, Luiz Edson [org.]. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

COSTA, Wellington Soares da. **Homossexualidade e direitos à identidade sexual: um estudo a luz do direitos da personalidade**, 2008, p. 300. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/471/413>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

COTTA, Elisabete Morais; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. **Da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1441/1377>. Acesso em: 02 jan. 2015.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961.

CZAJKOWSKI, Rainer. **Reflexos jurídicos das uniões homossexuais, Jurisprudência Brasileira**. Curitiba: Juruá, 1995.

DARWIN, C. *apud* FILHO, Benedito José de Carvalho. **Marcas de família, travessia no tempo**. São Paulo. Annablume; Fortaleza: Secretaria da Cultura e Desporto do Governo do Estado do Ceará, 2000.

DESCARTE, René. **Discurso do método**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala Educacional- (Série Filosofar), 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2009.

_____. **União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça**, 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

DI LORENZO, Walber Gomes. **Teoria do estado e da solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

ENGELS, Friedrich. **A origem a família, da propriedade privada e do estado**. 14. ed., Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

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

_____. **Sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica a racionalidade patrimonialista e conceitualista**. Boletim da faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2000. V. LXXVI.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais**. A família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. **Princípios jurídicos**. Revista Uniara, Araraquara, n. 20, 2007.

FERNANDES, Milton. **Direitos da personalidade e Estado de direito**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 50, janeiro de 1980.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa**, [Coord] Margarida dos Anjos; Marina Baird Ferreira. [et. at.] 4. ed. Ver. Ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FERRY, Luc. **A revolução do amor**. Por uma Espiritualidade Laica. Tradução de Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

FIGUERÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2001.

FIGUERÓ, M. N. D. **Educação sexual**: retomando uma proposta, um desafio. Londrina: UEL, 1996.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque, 23. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2013.

FRANÇA, R. Limongi. **Manual de direito civil**, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. v. 1.

FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização**: Redistribuição, reconhecimento e participação. Disponível: <
http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ces.uc.pt%2Ffrccs%2Fincludes%2Fdownload.php%3Fid%3D790&ei=OxDUsjuDNKfkQfO64CICg&usg=AFQjCNGquZy_Lwl8laYm9CIux1Gz3OcgqA&bvm=bv.61190604,d.cWc>. Acesso em: 14 fev. 2014.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRIGINI, Ronaldo. **O concubinato e a nova ordem constitucional**. Revista dos Tribunais, São Paulo, a.81, n. 686, dez 1992.

FURLANETO, Taisa Villa. **A constitucionalização do meio ambiente como direito e dever fundamental na Carta Política Brasileira de 1988**. Revista em Tempo/ Centro Universitário Eurípedes de Marília-UNIVEM: Letras, v. 12, n. 32, 2013.

FURTADO, Luísa Elisabeth Timbó Corrêa. **Ação popular**: mecanismo de controle dos atos da Administração Pública pelo cidadão. São Paulo: LTr, 1997.

GALASSI, Almir. O preconceito, a discriminação e a intolerância, os obstáculos para a inclusão social nas opções sexuais. *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira e ANSELMO, José Roberto. **Estudos sobre direitos fundamentais e inclusão social**: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Boreal, 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. Hermenêutica constitucional e pluralismo. *In*: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de e SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito da família brasileiro**: (Introdução - abordagem sob perspectiva civil-constitucional). São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira, 2001.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. *In*: Kriterion, **Revista da Faculdade de Filosofia da Universidade de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 118, Dez. 2008.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOTTEMS, Claudinei J. A justiciabilidade das políticas públicas: a legitimidade da jurisdição constitucional e afetividade dos direitos fundamentais. *In*: GOTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (org.). **Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Ed. Loyola, 2002.

HAMAD, N. **A criança adotiva e suas famílias**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/cursos/teoria-politica-moderna/thomas-hobbes>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

_____. **Leviatã ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Ícone, 2003.

HORITA Fernando Henrique da Silva. **Afeto, amor e fraternidade: por novos paradigmas no direito de família**. RIDB, Ano 2 (2013), n. 14.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, IBDFAM, n. 1, 1999.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **Acesso à moradia**: políticas públicas e sentenças por etapas. Curitiba: Juruá, 2014.

LEIVAS, Paulo. Homossexualidade, políticas e direitos sociais. *In*: ÁVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula e FERREIRA Verônica. **Novas legalidades e democratização da vida social**: Família, sexualidade e aborto. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do “*numerus clausus*”. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania**: o novo CCB e a “*vacatio legis*”. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2. ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1999.

LOREZENTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1988.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Alimentos. Doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.). **Ações de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte. Mandamentos, 2004.

MALDONADO, M. T. **Os caminhos do coração**: pais e filhos adotivos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARIRONI, Luís Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito da Família e guarda dos filhos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MATTIA, Fábio Maria. **Direito da Personalidade aspectos gerais**. R. Inf. Legisl. Brasília, a 14 n. 56 out/dez 1977, p. 248, Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181045/000360913.pdf?sequence=3>. Acesso em: 15 ago. 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida embrionária e sua proteção**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 158, nota 171.

MELLO, Luiz. **Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOSQUETA, Ozelame Rigo. **Homoparentalidade**. Direito à adoção humana assistida por casais homoafetivos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios de processo civil na Constituição Federal**. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. **Entre thêmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. **O fundamento dos Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

ONIMARU, Luís Otávio de Assis; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Ação afirmativa como instrumento de efetivação da igualdade material**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1784/1693>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

PAULA, Ivo de. **Dicionário Jurídico**. Ed. Pillares, 2007.

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, nov/2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2013.

PEGORANO, Lucio; GAITAN, Jhoana Delgado. *In*: FILHO, Agassiz de Almeida; CRUZ, Danielle da Rocha. **Estado de Direito e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

PENIDO, Laís de Oliveira. As aporias dos direitos fundamentais e a sua incorporação na institucionalização do Estado Democrático de Direito. *In*: FILHO, Agassiz de

Almeida; CRUZ, Danielle da Rocha Cruz. **Estado de Direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PICCIRILO, Miguel Belinati. A dignidade da pessoa humana: fundamento do estado democrático de direito brasileiro. *In*: GOTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (org). **Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira**. Birigui, SP: Boreal, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. *In*. Baggio, Antonio Maria, (org.) **O princípio esquecido/1**. Vargem Grande Paulista, SP: Ed. Cidade Nova, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 1999.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2004.

_____. **O banquete; ou, do amor**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2004.

RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. (Direito de família. Rio de Janeiro: Aide, 1994. V. I, p. 333-334) e Lira, Ricardo César Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 1999.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa, v.33, nº 131, p. 283-295, jul./set. de 1996, p. 99. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>> Acesso em 24 jan. 2014.

RODRIGUES, Eder Bonfim. **Ações Afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

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

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. **Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1988.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução; Alex Marins. Ed. Martin Claret, 2009.

_____. **Do contrato social: ou princípios do direito político**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

RUZYK, Carlos Eduardo Pionovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Emerson Clairton; TAVARES, Juliana Heloise dos Santos. Pertinência da judicialização na efetivação dos direitos homoafetivos na contemporaneidade. *In.*: **Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em Paraíba-PB nos dias 5 a 8 de Novembro de 2014, p. 300-320. Disponível e: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a9d4a0a256f5e6ae>>, acessado em 23 de dez. 2015.

_____, Adoção por pessoas do mesmo sexo, uma questão de afeto e direito a parentalidade. *In.*: TOLEDO, Iara Rodrigues; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus; MENDES, Daiane Cristina da Silva [Org]. **Estudos acerca do princípio da afetividade no direito das famílias: construção do saber jurídico & crítica aos fundamentos da dogmática jurídica**. 1. ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2014

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

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

SARMENTO, Daniel. **Livre e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen, 2006.

SELL, Sandro César. **Ação afirmativa e democracia racial**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2002.

SCHIMIDT, Shauma Shiavo. A maximização do afeto na relação entre pais e filhos. *In.*: IARA Rodrigues de Toledo; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus; FROES; Carla Baggio Laperuta (org.) **Estudos acerca da efetividade dos direitos de personalidade no direito das famílias**. 1. ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental: repesando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STEARNS. Peter N. **História da sexualidade**. São Paulo: Contexto, 2010.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. ver. Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1993, p. 139.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família Brasileiro. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords). **Manual de Direitos das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos, 2008.

TATE C. Neal; VALLINDER, Torbjorn *apud* MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: duas análises**. Revista Lua Nova, São Paulo, n. 57, dez. 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coords). O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Adoção conjunta por casais homoafetivos: um novo desafio ou falso problema?** São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *In*: FILHO, Agassiz de Almeida; CRUZ, Danielle da Rocha. **Estado de Direito e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O direito e a justiça do menor. *In*: NOVAIS TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord). **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. Temas de direito civil. *In*: NOVAIS TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord). **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

TOLEDO, Iara de. **O Direito à moradia no direito de família: um direito da personalidade?**. *In*: TOLEDO, Iara Rodrigues; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus; MENDES, Daiane Cristina da Silva [Org]. **Estudos acerca do princípio da afetividade no direito das famílias: construção do saber jurídico & crítica aos fundamentos da dogmática jurídica**. 1. ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

TORRES, Aimere Francisco. **Adoção nas relações homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

UZIEL, Anna Paula. **Família e homossexualidade**: novas questões, velos problemas. Tese (Doutorado em Ciência Sociais). Unicamp, Campinas, 2002.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homafetividade**. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo. 2. ed., Ed. Método, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnold. **Direito de família**. 7 ed. ver. ampl. e atual. Com a colaboração do prof. Luiz Murillo Fábregas, de acordo com a Constituição de 1988 e mais recente jurisprudência. São Paulo: Ed. RT, 1990.

WIEACKER, Franz. **História do privado moderno**. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gullbenkian, 1967.

ZAMABRANO, Elisabeth. **Parentalidade “impensáveis”**: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. Horizontes antropológicos. Porto Alegre, v. 12, n. 26, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a06v1226.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.