

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

DENIS AUGUSTO DE OLIVEIRA

**O DIREITO À ADOÇÃO PELO CASAL HOMOSSEXUAL SOB O PRISMA DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE
NO CONTEXTO BRASILEIRO**

SÃO LEOPOLDO

2016

Denis Augusto de Oliveira

O direito à adoção pelo casal homossexual sob o prisma dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade no contexto brasileiro

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Sandra Regina Martini

São Leopoldo

2016

Ficha Catalográfica

O482d Oliveira, Denis Augusto de.
O direito à adoção pelo casal homossexual sob o prisma dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade no contexto brasileiro / por Denis Augusto de Oliveira. – 2016.
119 f. ; 30cm.
“Orientação: Prof^a. Dr^a. Sandra Regina Martini, Ciências Jurídicas”.
Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2016.
1. Adoção por homossexuais. 2. Adoção – Direito. 3. Dignidade humana. 4. Princípios constitucionais. I. Martini, Sandra Regina. II. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. III. Título.

CDU 347.633

Catálogo na Publicação:
Bibliotecária Esp. Camila R. Quaresma Martins - CRB 10/1790

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “O DIREITO À ADOÇÃO PELO CASAL HOMOSEXUAL SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE NO CONTEXTO BRASILEIRO”, elaborado pelo mestrando Denis Augusto de Oliveira, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 10 de outubro de 2016.

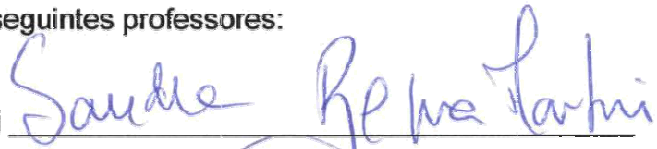


Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

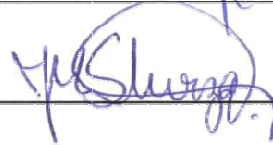
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

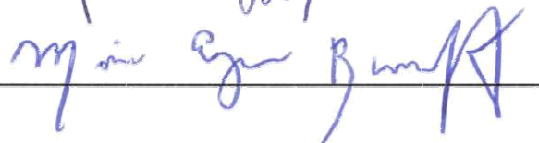
Presidente: Dra. Sandra Regina Martini



Membro: Dra. Janaína Machado Sturza



Membro: Dra. Maria Eugênia Bunchaft



Ao meu pai, por tudo, simplesmente.
À minha mãe que, de algum lugar do
Universo, olha por mim.
À Paloma que, mesmo sem saber, me faz
um pouco melhor.

AGRADECIMENTOS

O ato de agradecer é sempre cercado de riscos pela possibilidade das omissões.

Assim, inicio agradecendo aos estimados amigos que fiz no decorrer do curso de mestrado, como, por exemplo, Vanessa, Berta, Ellara, Martín, Gabrielle, Bruno e Fabrício, além de vários outros que sempre me incentivaram, de uma forma ou de outra.

Não existem palavras suficientes para agradecer toda atenção que me fora prestada pela minha orientadora, Dr^a. Sandra Martini, cuja orientação foi inestimável e sem sua ajuda, certamente este trabalho não teria sido possível.

Se é verdade que por trás de todo grande homem existe uma grande mulher, Paloma dos Santos merece, também, um agradecimento muito especial. Ela entenderá o porquê.

Por fim, novamente à minha mãe (*in memorian*), voz oculta deste trabalho e a maior incentivadora do curso de mestrado, pelo apoio sempre incondicional, que infelizmente não pode compartilhar a concretização deste sonho, mas certamente o vive lá do céu.

RESUMO

Nesta dissertação, tem-se como objetivo analisar os argumentos pelos quais se passou a conferir ao casal homossexual o direito à adoção. Para alcançar o objetivo proposto optou-se, portanto, por trabalhar com pesquisa bibliográfica e documental. Apesar da omissão legislativa no tocante à permissão da adoção por casais homossexuais, utilizando-se da nova hermenêutica constitucional, que preza pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, dentre os quais, o da igualdade e da dignidade humana, não há como negar o direito à maternidade ou paternidade a referidos casais, pois a orientação sexual, como parte integrante da personalidade humana, não pode ser utilizada como meio de discriminação do cidadão, devendo ser respeitada e incentivada por todos e, principalmente, pelo Estado. Em decisão pioneira no Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça gaúcho confirmou a decisão de um juiz de direito da Comarca de Bagé/RS, deferindo a adoção de criança à companheira da mãe dos menores. A paternidade/maternidade não está relacionada com a orientação sexual das pessoas, sendo, na realidade, uma questão de gênero, de papel, que pode ser perfeitamente exercida por dois homens ou por duas mulheres, sem nenhum prejuízo para quem dela se aproveita. A colocação da criança ou adolescente em família substituta, formada pelo casal homossexual, é mais uma forma de concretização do princípio constitucional da máxima proteção do menor, pois lhe possibilita acesso a todos os direitos fundamentais que lhe são garantidos pela Constituição Federal, tais como a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar, o que com certeza não encontraria caso permanecesse abandonado nas ruas.

Palavras-Chave: Adoção. Dignidade humana. Igualdade. Princípios constitucionais. Estado democrático de direito. Proteção integral à criança.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the arguments by which homosexual couples have been given the right of adoption. In order to achieve the proposed objective, it was decided to develop a bibliographic and documentary research. Despite the legislative omission regarding the permission of adoption by homosexual couples, using the new constitutional hermeneutics, that values the maximum effectiveness of fundamental rights, among which the equality and human dignity, there is no denying the right to maternity or paternity to those couples, since sexual orientation, as part of the human personality, can not be used as a means of citizen discrimination. Besides, it must be respected and encouraged by all and especially by the State. In pioneer decision in Rio Grande do Sul, the State Court upheld the decision of a judge of the District of Bagé / RS, which has granted child adoption to the minors' mother's companion. Fatherhood/motherhood is not related to sexual orientation of people. In fact, it is a matter of gender, of role, that can be perfectly carried out by two men or two women, without prejudice to anyone who benefits from it. The placement of a child or adolescent in a foster family, formed by homosexual couples, is another embodiment of the constitutional principle of maximum protection of the minor, for it provides access to all fundamental rights that are guaranteed by the Federal Constitution, such as life, health, food, education, leisure, professionalization, culture, dignity, respect, freedom and family life. Besides, the minor would not be able to have this all if s/he remained abandoned in the streets.

Keywords: Adoption. Human dignity. Equality. Constitutional Principles. Democratic State. Child Integral Protection.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	8
2 A FAMÍLIA E A FILIAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE	12
2.1 Contextualização do Conceito de Família: alguns aspectos históricos e jurídicos e a evolução do conceito e sua repercussão jurídica.....	12
2.2 A Função Social da Família.....	16
2.3 O Modelo de Parentalidade na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002.....	23
3 ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	28
3.1 Considerações Acerca do Princípio da Proteção Integral da Criança	28
3.1.1 Aspectos Históricos da Adoção	31
2.1.2. Doutrina da Proteção Integral: adoção como medida de proteção.....	42
3.1.3 O Código Civil Brasileiro Frente à Adoção	49
3.2 O Direito à Adoção pelo Casal Homossexual à Luz da Igualdade e da Dignidade do Ser Humano	50
3.2.1 Evolução Histórica do Princípio da Igualdade	53
3.2.2 Igualdade Formal X Igualdade Material.....	57
3.2.3 Dignidade Humana sob o Prisma Kantiano.....	69
3.2.4 A Dignidade Humana como Valor Constitucional.....	74
3.2.5 A Dignidade Humana na Constituição Federal de 1988.....	76
3.3 Direitos Humanos como Movimento e a Busca de Igualdade Através das Lutas Sociais e a Adoção por Casais Homossexuais.....	78
3.3.1 Casamento Igualitário.....	79
3.3.2 Combate à Discriminação por Orientação Sexual.....	80
3.3.3 Adoção por Casais Homossexuais.....	82
3.3.4 Companheiro Estrangeiro.....	83
4 A (NÃO)VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS HOMOSSEXUAIS: ESTUDO DE CASO.....	84
4.1 Estudo de Caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul... 84	84
4.2 Apresentação e Análise do Caso De Bagé/RS no Superior Tribunal de Justiça.....	99
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	106
REFERÊNCIAS.....	111

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 1930, o poeta brasileiro Manuel Bandeira lançou o seu quarto livro intitulado “Libertinagem”, onde consta aquele que é considerado por muitos como um dos mais importantes poemas da literatura brasileira. “Vou-me embora pra Pasárgada” traz a ideia de um lugar imaginário, de desejo de fuga da realidade melancólica, onde é possível viver de qualquer maneira e onde não há lugar para preconceitos ou qualquer outro mal da humanidade.

Diferente de Pasárgada, lugar onde tudo parece ser possível, o Brasil passou a conferir aos casais formados por pessoas homossexuais o direito de adoção através de decisões judiciais e o presente trabalho abordará juridicamente o tema da adoção nas ditas relações homoafetivas, o que tem sido objeto de grandes debates e estudos pelos operadores do direito, bem como pelas demais ciências sociais, tendo em vista as grandes mudanças que vêm acontecendo no Direito de Família após a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Ou, como prefere a desembargadora aposentada Maria Berenice Dias, Direito das Famílias.

O tema é bastante polêmico e acaba por gerar grandes discussões e divergências de cunho político, ético, moral, filosófico e religioso, além da grande repercussão social, razão maior do presente trabalho, que visa a compreendê-lo com ênfase nos seus aspectos jurídicos. No campo jurídico, o presente objeto de investigação reveste-se de suma importância, pois o reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares, e, por conseguinte, a concessão do direito de adoção em conjunto a casais homossexuais, coloca em discussão a acepção jurídica do conceito de família e também do instituto da adoção, principalmente a condição jurídica do indivíduo no ordenamento jurídico brasileiro em face de sua dignidade.

O método utilizado parte da investigação de um fenômeno concreto, eleva-se, a seguir, ao nível abstrato, por intermédio da constituição de um modelo que represente o objeto de estudo, retornando, por fim, ao concreto, dessa vez, como realidade estruturada e relacionada com a experiência do sujeito social.

O problema abordado necessita de uma análise por demais rigorosa, haja vista que se pretende entender de que modo, através de uma análise jurisprudencial a partir do ano de 2006, o direito à adoção por casais formados por pessoas do

mesmo sexo passou a ser decidido no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim sendo, o presente trabalho procura levantar questionamentos acerca do novo conceito de família, inserindo-o dentro da nova sistemática da constitucionalização do Direito Civil, além de trazer para debate temas de interesse social, bastante polêmicos, como são as relações formadas por casais homossexuais e o direito de adoção por referidas parselhas, visando a uma adequação da legislação brasileira às mudanças ocorridas na sociedade, bem como de seus operadores, para, assim, alcançar uma efetiva justiça social, pautada nos alicerces do Estado Democrático de Direito.

Esta pesquisa busca, também, discutir o atual conceito de família, pautado sempre na ordem constitucional democrática, demonstrando que referido conceito é por demais amplo e bem maior do que aquele contido no artigo 226, da Constituição Federal Brasileira, tendo como ponto central o amor, o afeto e, principalmente, a dignidade humana de seus integrantes; e que a paternidade, ou maternidade, é um direito fundamental da personalidade e que, como tal, deve ser estendido a todos os cidadãos brasileiros, independentemente de sua orientação sexual, eis que é dever do Estado promover o bem de todos.

Para alcançar os fins acima propostos, o presente trabalho utiliza um estudo descritivo analítico do tema, desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica e documental, mediante explicações fundamentadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, enfim, publicações especializadas, objetivando ampliar conhecimentos; qualitativa, pois busca apreciar a realidade do tema no ordenamento jurídico brasileiro; e analítica, pois procura analisar, explicar, classificar e compreender os problemas apresentados, contribuindo para que a partir do âmbito jurídico se possa ampliar as discussões e lutas que favoreçam a adoção por famílias homossexuais.

Por primeiro, realiza-se um breve estudo acerca da evolução do conceito de família, desde os primórdios quando a família era eminentemente patriarcal, sendo que a mulher era submetida à figura masculina, e, no decorrer dos séculos, passou a ter um conceito plural, passando a instituir valores a serem observados por toda a coletividade, e não só pelo Estado, para em seguida argumentar que a família hoje é plural e caracterizada principalmente pelo afeto, englobando as várias formas de

famílias. A mulher, que outrora era subserviente ao marido, atualmente esta em pé de igualdade com o homem e, inclusive, chefiando famílias.

Em seguida, no segundo capítulo, analisa-se o princípio da igualdade tomando como base a noção aristotélica de igualdade, o “meio-termo” entre o excesso e a falta que caracterizam a injustiça e o ideal aristotélico de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida em que se desigalam e, após, passa-se a analisar a dignidade humana sob o prisma kantiano. Ainda no segundo capítulo, traça-se um paralelo sobre os direitos humanos e a população formada pelas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis e Intersexuais - LGBTTI. Neste capítulo, ainda, se discutirá a decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 2011, reconheceu a união estável homossexual através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, bem como a decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, através da Resolução nº 175, autoriza os cartórios nacionais a celebrar casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Por fim, ainda no segundo capítulo, se trará algumas considerações, ainda que breves, sobre o princípio da proteção integral da criança, bem como os aspectos históricos da adoção, tendo este instituto nascido na Antiguidade, mais precisamente na Índia, e sendo disciplinado no Código de Hamurábi, na Babilônia, em minuciosos oito artigos.

No último capítulo, entra-se propriamente na análise dos motivos que levaram o Poder Judiciário a conferir aos casais homossexuais o direito à adoção, através de uma análise detida do caso de duas mulheres do município gaúcho de Bagé, sendo que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou a decisão de primeiro grau proferida pelo Juiz de Direito daquela Comarca e, posteriormente, também o fez o Superior Tribunal de Justiça (STJ), através do julgamento do Recurso Especial tombado sob número 889.852/RS, o qual fora interposto pelo representante do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Sublinha-se o fato de que se optou pela análise do caso de Bagé em razão de seu simbolismo e, também, pelo fato de ser a primeira decisão dessa natureza proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Estado que é por muitos considerado como o mais conservador do Brasil, mas que tem dado sucessivas provas de seu vanguardismo, muito especialmente no que diz respeito ao direito das pessoas homossexuais, sendo o pioneiro em reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares.

Dessa forma, pretende-se, em suma, com esta pesquisa demonstrar que, hoje, a família e tudo o que lhe diz respeito devem ser estudados sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior do Estado Republicano, e da igualdade, sendo a família um lugar de efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo, um lugar onde cada ser humano possa encontrar e exercer a sua felicidade, em nome do amor e do afeto, independentemente de sua orientação sexual, um lugar de direito de toda criança e adolescente.

2 A FAMÍLIA E A FILIAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE

Neste primeiro capítulo será abordada a evolução do conceito de família, desde os primórdios em que a família era eminentemente patriarcal, até os dias atuais em que o conceito de família foi esgarçado, pluralizando o que até então se entendia como entidade familiar.

2.1 Contextualização do Conceito de Família: alguns aspectos históricos e jurídicos e a evolução do conceito e sua repercussão jurídica

A Modernidade, no Ocidente, conheceu uma família oriunda de uma evolução social e cultural iniciada já na Antiguidade¹.

A família romana apresentava relações aos moldes da estrutura social. Casal, filhos, parentes, escravos e servos viviam sob a autoridade do *pater familias*, o qual detinha o direito sobre a vida e a morte de absolutamente todos os seus filhos. Esse modelo de família patriarcal considerava a esposa e os filhos incapazes e assentava-se na união fundada na comodidade e também na necessidade, sem envolver qualquer vínculo sentimental ou afetivo entre o casal e entre este e sua prole². Não havia amor.

A mulher, que naquela época não possuía qualquer direito de escolha de seu parceiro, passava a integrar a família de seu marido por uma das três formas de constituição familiar, sendo que, em qualquer uma delas, era colocada sob a autoridade do seu marido. Isto poderia acontecer por meio de uma cerimônia religiosa, reservada aos patrícios, ou pelo casamento primitivo dos plebeus que implicava na venda simbólica da mulher ao marido ou pelo casamento e pela convivência ininterrupta do homem e da mulher, pelo período de um ano³.

No começo do século XI (Idade Média) com o advento do feudalismo, o povo foi dividido em duas partes. Coube a apenas alguns dos adultos masculinos assumirem em plenitude um ofício cívico primordial, qual seja, o serviço das armas. Por este ofício, os guerreiros entregavam-se e selavam fidelidade recíproca eterna ao seu senhor, o que gerava uma união com profundos laços que se podia confundir

¹ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: M. Claret, 2003. p. 223.

² Ibid.

³ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 23.

com os de parentesco. Uma relação com simbolismo da adoção⁴. A outra parte do povo foi efetivamente objeto de exploração, durante todo o período da Idade Média. Essa massa popular também foi domesticada pelo senhor, mas de uma forma muito diferente pela qual eram submetidos os cavaleiros. Os vassallos eram tratados pelo senhor como verdadeiros membros de sua “família” – termo usado no seu sentido de domesticidade servil, de subserviência. A união não era de parentesco, e sim, pura e exclusivamente de servidão.

No período do feudalismo, a submissão de muitos casamentos aristocráticos e imperativos políticos era deveras comum. O pai “dava” sua filha ao genro que a “tomava” como sua mulher, sempre subordinada à figura da autoridade masculina. O sistema de troca generalizada regulamentava os casamentos dessa sociedade. Aliada à influência política a Igreja Católica deveria sempre intervir nas uniões: “é o indício de uma penetração crescente do poder dos clérigos na vida ‘das famílias’: eles verificam os consentimentos dos esposos e investigam as relações de consanguinidade em grau proibido que poderiam impedir a união legítima”⁵.

Do período compreendido entre os séculos XVI (consagração do Renascimento com o fim da Idade Média) ao XVIII, três evoluções ocorridas foram de fundamental importância para as transformações das sociedades no Ocidente: o novo papel do Estado, as reformas religiosas “e os progressos do saber ler e do saber escrever, graças aos quais o indivíduo pode se emancipar dos antigos elos que o prendiam a comunidade numa cultura da fala e do gesto”⁶. O Estado passou então a interferir de maneira paulatina em questões que durante muito tempo não eram de sua alçada e que eram relegadas à Igreja, principalmente a regulamentação de condutas, que antes estava sob o comando do senhor feudal. As reformas religiosas, tanto as protestantes como a Católica, exigiam cada vez mais dos fiéis uma devoção mais interior, mais íntima.

Com efeito, dividem-se nitidamente dois conjuntos de condutas: as que se pode ter em público sem constrangimento e sem escândalo e as que doravante devem ser subtraídas ao olhar dos outros. Assim, ocorre, logicamente com diferenças e defasagens conforme os diversos ambientes, com a nudez, o sono, a satisfação das

⁴ ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**: da Europa feudal à renascença. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. v. 2, p. 35.

⁵ Ibid., p. 132.

⁶ ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**: da Europa feudal à renascença. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. v. 3, p. 22.

necessidades naturais ou o ato sexual, estendendo-se a proibição aos discursos passíveis de nomear as funções que devem permanecer secretas e as partes do corpo que se tornarem vergonhosas. Exteriorizada numa estrita distinção dos comportamentos e dos espaços, essa clivagem está presente nos próprios indivíduos. Os dispositivos psíquicos que asseguram o controle permanente das pulsões, que automaticamente inserem cada conduta na esfera pública ou privada a qual pertence, instalam no íntimo de cada um as disciplinas exigidas pela norma social transformando assim as restrições impostas fora pelas autoridades ou pela comunidade numa cerrada rede de auto-restrições⁷.

Surgiu assim a separação entre as atividades humanas permitidas e proibidas, mostradas e escondidas, públicas e íntimas. Na era moderna, ocorreu, portanto, a transformação da estrutura da personalidade do indivíduo a partir de uma tensão entre impulsos e controles, emoções e censuras, tornando-o fruto dos padrões sociais, bem distante do individualismo⁸.

No século XVIII, a família tinha uma estrutura muito mais estável dada a própria concepção de família e da sua organização em estilo patriarcal. Casar era entrar em um esquema já traçado e plenamente definido. A mulher estava ciente de seu papel e do lugar que lhe cabia na vida familiar, sempre inferior ao papel do marido. Não havia dúvidas quanto a isto. Nem sequer passava pela cabeça da mulher a ideia de que poderia mudar alguma coisa desta situação. Estava conformada com ela e a aceitava como justa e necessária. O marido, por sua vez, também sabia quais eram suas atribuições na sociedade conjugal e nem poderia imaginar que um dia as poderia ou deveria compartilhar com a esposa e com os filhos⁹, demais membros de sua família.

Essa situação exigia, sobretudo do indivíduo do sexo feminino, a renúncia a todo e qualquer interesse pessoal. Renúncia esta confirmada e sancionada que servia de censura a qualquer busca de realização pessoal por parte dos membros da família, principalmente da mãe e dos filhos, que não fosse autenticada pelos costumes sociais. O indivíduo estava sujeito à comunidade e a família era regida por princípios estáveis emanados de uma sociedade igualmente tal. A mulher deveria

⁷ ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**: da Europa feudal à renascença. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. v. 3, p. 23.

⁸ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: M. Claret, 2003. p. 256.

⁹ MEZZOMO, João C; EL-KHATIB, Faissal. **A família**: conflitos e perspectivas. Curitiba: Grafipar, 1970. v. 2, p. 10.

fazer o que sempre imaginara ser o seu dever e o marido exercia sobre a sua família o poder que a sociedade lhe atribuía e lhe legitimava¹⁰.

No matrimônio não havia lugar para questões pessoais. Os interesses pessoais eram sacrificados em benefício da estrutura familiar que era julgada intocável. Ninguém se perguntava como os poderia desenvolver, porque simplesmente deveria renunciar a eles. A mulher deveria exercer a sua atividade dentro de casa e o marido, fora. A figura masculina provia o lar. A figura feminina criava os filhos e tomava conta da casa. Os trabalhos e atribuições de cada um se distinguiam de maneira bastante clara¹¹.

Estas definições e determinações de trabalhos e ofícios davam à família grande estabilidade e reduziam ao mínimo as causas de desintegração ou questionamentos. Desde que cada qual permanecesse dentro do quadro que lhe era atribuído, desempenhando suas atividades pré-estabelecidas tudo corria em paz na vida do lar¹².

Outro fator dessa época era a quase autossuficiência da família nos mais diversos setores: econômico, social, educativo e religioso. O necessário para a subsistência era produzido em casa e pelos próprios membros da família. A vida social praticamente se restringia a família, aos parentes e vizinhos. A educação era dada em casa, de pai para filho. A religião era transmitida quase por hereditariedade. Isso tornava a família um grupo fechado, que não se relacionava socialmente, alheio a tudo o que poderia modificar ou influenciar na sua estrutura interna que permanecia estável. Havia uma pronta e severa reação contra tudo o que não fosse autenticamente tradicional¹³.

A situação foi se alterando com a proclamação formal dos direitos sociais, principiada na segunda geração de direitos humanos que foi determinada pela Revolução Industrial e pela urbanização do século XIX no continente europeu, em meio à opressão e exploração das classes operárias ou nas áreas que relutavam em manter o sistema da escravidão. São os chamados “direitos da igualdade”, hoje ampliados consideravelmente e conhecidos como “direitos econômicos, sociais e culturais”.

¹⁰ MEZZOMO, João C; EL-KHATIB, Faissal. **A família**: conflitos e perspectivas. Curitiba: Grafipar, 1970. v. 2, p. 24.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: M. Claret, 2003. p. 258.

A industrialização e, sobretudo, a urbanização criaram um novo tipo de família: uma família menos estruturada, mais aberta a grande sociedade, com amplos relacionamentos e mais dependente dela. Isto tudo privou a família de muitas funções e de sua autossuficiência mais ou menos geral. Esta já não produzia mais o que consumia, participava da vida social geral e os seus membros eram educados e formados fora da família e não mais pelos pais, o que dava certa independência aos seus membros¹⁴.

O trabalho, a vida social e a educação separaram os pais e os filhos que apenas voltavam a se encontrar em determinadas horas. Estando assim dispersos, uns e outros eram influenciados por novas ideias, mentalidades e concepções provindas da sociedade, que tornaram relativas às ideias, mentalidades e concepções das impostas pela família, em especial as ideias impostas pelo chefe da família¹⁵.

O desenvolvimento dos valores do individualismo e do Iluminismo surge e caminha em conjunto com as transformações do Estado e da sociedade. Nesta perspectiva, as mudanças em curso na modernidade resultaram em transformações na subjetividade, na emergência de novas disfunções sociais e o surgimento do liberalismo¹⁶.

Assim, além de ser privada de funções que julgava essenciais, a família sofreu o impacto desses novos fatores que relativizaram aquela anterior estrutura estável e a fizeram sempre mais dependente da sociedade.

2.2 A Função Social da Família

De algum modo, como explica Freud, a civilização promove a separação da pessoa e da família, mas esta não abandona o seu membro. É inegável que tanto a família quanto a sociedade têm na educação um papel civilizador que influencia na vida das pessoas. Por isso, é deveras importante traçar um quadro histórico do papel civilizador da educação e da família¹⁷.

Em Roma, na Antiguidade, se conheceu a família patriarcal, reunida sempre sob a forte autoridade do pai, o qual exercia com mãos de ferro o poder que a

¹⁴ SCHEUNEMANN, Arno. **Homossexualidade, conjugalidade e violência**: alternativas de compreensão e perspectivas de vida. São Leopoldo: Oikos, 2005.

¹⁵ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: M. Claret, 2003. p. 256.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 23.

sociedade o legitimava. O *pater* era chefe político, sacerdote e juiz em casa e exercia grande poder sobre todos os seus filhos, genros, noras, esposa, escravos, podendo dispor livremente deles. Nos dizeres de Armand Cuvillier:

É o pai quem exerce todos os direitos: direito de reconhecer o filho ao nascer ou de repudiá-lo; direito de repudiar a mulher; direito de casar a filha, direito de casar o filho; direito de emancipar e direito de adotar; direito de designar ao morrer um tutor para a mulher e para os filhos. Só ele é proprietário do patrimônio. A mulher e o filho nada têm de seu. O dote da mulher pertence, sem reservas, ao marido; tudo o que a mulher possa adquirir durante o casamento, cai nas mãos do marido. O filho está nas mesmas condições: os frutos de seu trabalho, os benefícios do seu comércio são para o pai¹⁸.

A família clássica tinha como interesse maior, a ser tutelado, a família enquanto instituição. O compromisso era manter a vida em comum independente da existência de afeto, elemento que não era questionado, sequer era considerado. O casamento já trazia consigo intrinsecamente a necessidade clara de continuidade eterna da relação para que fosse possível a manutenção de um nível social e a subsistência da propriedade, a qual era defendida¹⁹.

A família era o lugar de exercício de uma forma de poder, no qual do poder do *pater* dependia o bom governo de sua família, considerada como único lugar de exercício de sociabilidade e educação. Educação na família representava o processo de sujeição do indivíduo ao coletivo. Considerava-se que cabia à família a experiência de governar seus membros no sentido de, por sua vez, dotá-los de governabilidade²⁰.

Havia duas naturezas de poder: uma exercida pelo Estado e regida pela Lei, em que o indivíduo era submetido e controlado, e a outra, guiada pelos costumes, em que o *pater* educava, corrigia e castigava aquele que não se sujeitasse ao domínio da coletividade²¹.

Na Idade Média a família passou então a ser regulada pelo Direito Canônico. Entre os séculos X e XV, a família era instituição religiosa, sendo reconhecido apenas o casamento celebrado na Igreja. Era local de culto, hierarquizada,

¹⁸ CUVILLIER, Armand. **Manual de sociologia**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1966. v. 3, p. 145.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid., p. 200.

²¹ ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**: da Europa feudal à renascença. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. v. 3, p. 23.

dominada pela figura paterna, na qual a mulher e os filhos tinham lugares e funções determinadas²².

Com a instituição do Concílio de Trento (1542-1563), o casamento foi caracterizado como ato solene e deveria ser precedido de publicidade, sendo que, aos nubentes somente era permitida a coabitação após a bênção religiosa. Ao sacerdote cabia a responsabilidade de manter um registro de casamento, através do qual se poderia comprovar um matrimônio. Com o advento do referido Concílio, era reconhecido o caráter exclusivo da Igreja Católica e das autoridades eclesiásticas para dispor sobre tudo que se relacionasse com o casamento, tanto a sua celebração como a sua nulidade²³.

Duas ordens de problemas fundamentais exigiam definição por parte do pai: o patrimônio e os filhos. Quanto aos filhos, tudo deveria ser feito pelo pai, de sua infância ao casamento. Tudo que o filho arrecadasse e adquirisse era de propriedade de seu pai. A autoridade sobre os filhos era exercida pelo pai e ele era seu único depositário: nem as mães e nem os avós maternos tinham qualquer poder. O pai controlava toda a sua descendência, inclusive todos os seus netos, independentemente de sua idade e da idade de seus filhos²⁴.

A maioria das crianças passava todos os seus primeiros meses longe de casa para serem amamentados pelas amas, muitas não eram retomadas por sua família antes dos dezoito meses de idade. A inserção das crianças pequenas no privado familiar se operava de maneira simples e áspera. Por partilharem muito cedo o quarto e mesmo a cama de seus irmãos mais velhos, dividiam também de suas ocupações e preocupações. Quanto mais pobre era a criança, mais cedo cessava a despreocupação da infância: por volta de seis anos meninas eram colocadas como criadas e não se falava jamais de seus brinquedos²⁵.

A formação moral e intelectual das crianças, quando retornavam para casa, após o período da amamentação, cabia ao pai, que as encorajava, aconselhava, repreendia e até mesmo espancava. A legislação autorizava-o a corrigir os seus filhos para a satisfação geral. Os filhos mais velhos eram postos à disposição do pai para lhe prestar os mais diversos serviços ou se tornavam celibatários. Seus

²² NEGRÃO, Sônia Regina. **Direito à intimidade sexual**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 332.

²³ OLIVEIRA, Denis Augusto de. Homoafetividade: uma análise transdisciplinar. **ANIMA**: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, Curitiba, ano 6, n. 12, jul./dez. 2014.

²⁴ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: M. Claret, 2003. p. 233.

²⁵ *Ibid.*, p. 226.

serviços, a vida corrente, a própria vida profissional estavam sob o controle do pai. Todas as iniciativas domésticas, mesmo puramente privadas, eram submetidas à autoridade parental²⁶.

Na Europa, durante a Renascença (séculos XV e XVI), pai e mãe tiveram um papel de fundamental importância na educação das suas crianças. Os meninos iam com o pai aos campos, as meninas ficavam em casa com a mãe, com a qual aprendiam os afazeres domésticos e o seu futuro papel de mulher. Era uma forma de educação com influências que faziam de cada ser humano um produto da coletividade e preparavam cada indivíduo para desempenhar o papel que dele se esperava²⁷.

Ao longo do século XVIII, nos países europeus, houve uma transferência da educação do privado para o público, o que coincidia com a vontade do poder político e religioso de controlar cada vez mais o conjunto da sociedade. A nova educação teve seu êxito também pelo fato de moldar as mentes das crianças e dos jovens segundo as exigências do racionalismo e do individualismo.

No Brasil, a colonização, implantada pelo Rei de Portugal Dom João III, não se desvinculou da situação europeia. O feudalismo do século XVI, ainda vivo na Península Ibérica, se prolongou para o Brasil, como explica Raymundo Faoro:

O quadro teórico daria consistência, conteúdo e inteligência ao mundo nostálgico de colonos e senhores de engenho, opulentos, arbitrários, desdenhosos da burocracia, com a palavra desafiadora à flor dos lábios, rodeados de vassallos prontos a obedecer-lhes ao grito de rebeldia. Senhores de terras e senhores de homens, altivos, independentes, atrevidos – redivivas imagens dos barões antigos. A idade média europeia arderia, transformada em outra língua e em trajes diferentes, em Pernambuco e em São Vicente²⁸.

A base da família brasileira, que aqui foi o fator colonizador por ser a unidade produtiva, era a estabilidade patriarcal, a obediência aos comandos da Igreja, a regularidade do trabalho por meio da escravidão e a união do homem português com a mulher índia e, posteriormente, com a mulher negra. “O sentido da colonização está claro: o povoamento como obra auxiliar da conquista. O casamento,

²⁶ CUVILLIER, Armand. **Manual de sociologia**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1966. v. 3, p. 212.

²⁷ Ibid.

²⁸ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. São Paulo: Globo, 2000. v. 1, p. 145.

com a assistência religiosa tornando-o estável, seria o núcleo da lealdade ao país, confundindo, no âmbito cruzado dos portugueses, com a fé²⁹.

Dentre as características comuns da sociedade feudal do final da Idade Média, a ação e o poder da Igreja Católica eram claros na sociedade do Brasil Colônia: “exclusivismo religioso desdobrado em sistema de profilaxia social e política³⁰”. Eduardo de Oliveira Leite observou que “não foi a religião que criou a família, esta é fruto espontâneo da evolução humana, mas foi seguramente a Igreja que impôs as regras, os contornos legais e a forma jurídica, como a hoje entendemos³¹”.

Como ensinou Raymundo Faoro:

A assistência social da colônia não encontrava outro remédio senão na Igreja, entregue ao seu cuidado o ensino. O clero ordenava as relações domésticas, vigiando todas suas particularidades, dele dependendo a vida social da colônia, com as ruidosas festividades nos pátios dos templos, onde as dispersas populações confraternizavam³².

Nessa época, esposas e filhos se achavam quase no mesmo nível dos escravos, em um sistema totalmente hierarquizado. Gilberto Freyre demonstra a posição que devia sabidamente o filho tomar:

Ele que nos dias de festa deveria se apresentar com roupas de homem, e duro, correto, sem machucar o terno preto em brinquedo de criança. Ele que em presença dos mais velhos devia conservar-se calado, um ar seráfico, tomando a bênção a toda pessoa de idade que entrasse em casa e lhe apresentasse a mão suja de rapé. Ele que ao pai devia chamar de ‘senhor pai’ e à mãe ‘senhora mãe’: a liberdade de chamar de papai e mamãe era só na primeira infância³³.

Assim, a família brasileira começou patriarcal, aristocrata e escravista e organizou-se numa sociedade cristã, por vezes com a mulher indígena, recém-batizada, por esposa e mãe de família. Porém, quando a relação com a mulher índia era só física, resultava filhos que os pais cristãos pouco se importavam em educar ou criar seguindo o modelo europeu e da Igreja. Essas crianças cresciam soltas,

²⁹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. São Paulo: Globo, 2000. v. 1, p. 129.

³⁰ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 42. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 79.

³¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991. v. 1, p. 132.

³² *Ibid.*, p. 224.

³³ FREYRE, op. cit., p. 474.

sem o reconhecimento dos europeus e sem o acolhimento dos indígenas³⁴. Outra grande e importante influência sobre a família brasileira foi a situação dos africanos.

Sob o regime da escravidão, os negros, para garantir o sistema econômico e os interesses políticos e religiosos, eram privados de quaisquer direitos, podendo ser trocados, mutilados, vendidos ou, até mesmo, mortos. Pais, mães e filhos eram vendidos separadamente, em conformidade com os interesses do senhor, restando aos negros como família não aquela constituída pelo afeto ou pelo sangue, mas sim a comunidade de escravos que lhe era imposta. A criança negra diante da ausência de uma família seja biológica seja afetiva apresentava, por conseguinte, um desequilíbrio emocional:

A escravidão desenraizou o negro do seu meio social e de família, soltando-o entre gente estranha e muitas vezes hostil. Dentro de tal ambiente, no contato de forças tão dissolventes, seria absurdo esperar do escravo outro comportamento senão o imoral, de que tanto o acusam³⁵.

Como lembra Yasmin Maria Rodrigues Madeira da Costa:

Excluída de qualquer direito político ou espiritual, essa população era a única fonte produtora de riquezas. Em uma tentativa de autopreservação, dois movimentos foram encetados, pelas famílias escravas, provenientes de vários troncos familiares negros. O movimento no campo da subjetividade, interno, transformou todos os padrões das suas culturas e religiosidade em uma cultura de resistência. O movimento objetivo, externo, emancipacionista, surge antes dos movimentos liberal abolicionista e foi chamado 'quilombagem'³⁶.

Gilberto Freyre lembra também que a união do homem português com a mulher índia e com a mulher negra desencadeou um ciúme ou uma inveja sexual da mulher loira e repercutiu o ódio religioso – o dos cristãos loiros contra os infiéis de pele escura. “Ódio que resultaria mais tarde em toda a Europa na idealização do tipo loiro, identificado com personagens angelicais e divinos em detrimento do moreno, identificado com os anjos maus, com os decaídos, os malvados, os traidores”.³⁷

³⁴ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. São Paulo: Globo, 2000. v. 1, p. 222.

³⁵ Ibid., p. 371.

³⁶ COSTA, Yasmin Rodrigues Madeira da. **O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro**. São Paulo: Revan, 2005. p. 56.

³⁷ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 42. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 84.

Ligada a essas transformações e características sociais, surge então a família com características até hoje reconhecidas, criando-se a figura dos impedimentos e formalidades matrimoniais e a caracterização dos filhos (legítimo e ilegítimo, naturais e espúrios, adulterinos e incestuosos).

Como bem assevera Luiz Edson Fachin:

A interpretação tradicional no direito ocidental é das fontes romanas. A família que se inseria neste modelo é aquela que já havia superado o matriarcado, e que passa a ser unidade política, jurídica e religiosa. Atravessa a Idade Média e se projeta para o Código Civil francês, que acaba adaptando este modelo, incorporando o individualismo e o voluntarismo jurídicos, repercutindo no Código Civil brasileiro³⁸.

Seguindo esta lógica e o modelo codificado francês (Código Napoleônico), o Código Civil brasileiro datado de 1916 foi o primeiro a tratar das relações jurídicas do direito de família, pois as Constituições de 1824 (Constituição do Império) e de 1891 (Constituição da República) nada dispunham em seu texto sobre o casamento. Era uma legislação acentuadamente patriarcal, conservadora, tradicional, que dividia as funções entre homens e mulheres na família, que impunha esquemas de comportamentos próprios a cada membro familiar.

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois Clóvis Beviláqua foi encarregado de elaborá-lo em 1889. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim, só podia consagrar a superioridade do homem. Sua força física foi transformada em poder pessoal, em autoridade. Detinha o comando exclusivo da família, sendo considerado o chefe da sociedade conjugal e o cabeça do casal. Por isso é que mulher ao casar perdia a sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz, tal como são considerados os índios³⁹, os pródigos e os menores com idade entre 16 e 18 anos. Para exercer qualquer atividade laboral era necessária a autorização do marido. A família identificava-se pelo nome do homem, sendo que a mulher era obrigada a adotar o sobrenome do marido. O casamento era indissolúvel. O desquite rompia o casamento, mas não dissolvia a sociedade conjugal⁴⁰.

³⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 27.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. São Paulo: RT, 2015. p. 102.

As mudanças nas relações de família foram regulando os modos de subjetivação de seus membros. A família, como afirmou Horkheimer “cuida, como um dos componentes educativos mais importantes, da reprodução dos caracteres humanos tal como os exige a vida social⁴¹”.

2.3 O Modelo de Parentalidade na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002

Maurice Godelier afirma que a família nuclear e monogâmica é elemento central na estrutura da parentalidade⁴².

É necessário verificar de que forma se operam as mudanças na família que repercutem na compreensão da parentalidade para situar o problema da adoção que não envolve laços sanguíneos⁴³.

Não se podem ignorar as enormes influências da família romana e da família canônica e de seus valores na família contemporânea. Na Roma Antiga, a família abrangia, através da autoridade, todos os submetidos a um ascendente comum vivo mais velho, independente dos vínculos de consangüinidade⁴⁴.

A autoridade do marido e do pai e a submissão da mulher e dos filhos compunham o modelo patriarcal e hierarquizado da família clássica romana. A mulher vivia totalmente sob sua autoridade, sem qualquer autonomia, pois passava da condição de filha à de esposa e era subordinada à figura masculina.

Ao longo da História a presença da mulher é uma história de ausência. Como refere Rodrigo da Cunha Pereira, o lugar dado pelo direito à mulher sempre foi um não lugar⁴⁵. Sua voz nunca foi ouvida e seu pensamento nunca era convidado a participar. Nem sabiam bem quem eram, em um mundo isento de direitos civis e cheios de direitos servis⁴⁶. À mulher era imposta a submissão e aos filhos a obediência. Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi

⁴¹ HORKHEIMER, Max. Autoridade e Família. In: HORKHEIMER, Max. **Teoria crítica: uma documentação**. São Paulo: Perspectiva e USP, 1990. p. 214.

⁴² GODELIER, Maurice. **Metamorphoses de la parenté**. Paris: Fayard, 2004. p. 56.

⁴³ Ibid., p. 61.

⁴⁴ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: M. Claret, 2003. p. 256.

⁴⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 156.

⁴⁶ CORSO, Diana. **Socorro, barata!** mulheres e baratas: inimizade letal, intimidade herdada. [S.l.], 19 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.marioedianacorso.com/category/diana/zero-hora>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

desconsiderada, não sendo reconhecido o valor econômico dos afazeres domésticos. Mas a busca da igualdade acabou impondo reflexos no âmbito das relações familiares⁴⁷.

O então pátrio poder dos filhos legítimos cabia somente ao pai em decorrência lógica da chefia da família. A mãe somente o detinha subsidiariamente, na falta ou impedimento do marido. Essa noção de pátrio poder surgiu da necessidade econômica de perpetuar a propriedade individual. Os cidadãos tinham o dever de casar com a intenção de procriar e manter sua propriedade. O direito materno foi abolido para que a herança fosse transmitida aos filhos homens que sucediam o cargo exercido pelo pai⁴⁸.

O parentesco romano não se construía somente nos laços de sangue, mas no poder. Nos dizeres de Eduardo de Oliveira Leite: “O antigo direito romano não se reconhece apenas a paternidade como fonte de poder do pai sobre o filho (mas) ela é o fundamento exclusivo do parentesco”⁴⁹. O parentesco decorria dessa subordinação e não necessariamente dos laços de sangue, pois o objetivo era econômico: perpetuar a propriedade individual do *pater*. Não há que se falar em vínculos de amor, de afeto ou de atração pessoal. Os laços conjugais que se formavam eram preponderantemente econômicos.

A religião, transmitida entre varões e impostas por eles, igualmente fixava o parentesco.⁵⁰ A família era unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, como estrutura centralizada análoga à do Estado. A monogamia procedia do sistema patriarcal: predomínio do homem, subordinação da mulher, hierarquia masculina indiscutível resguardada pela total fidelidade feminina e direito hereditário estabelecido pelo lado paterno. Os filhos teriam que ser do pai para que se tornassem os herdeiros de seu patrimônio. O casamento monogâmico era claramente de conveniência e de subordinação, arranjado pelos parentes homens para suprir a necessidade de conservar e de transmitir a propriedade privada.

Entretanto, a monogamia proibia o homem de contrair outro casamento, mas não lhe exigia como fazia às mulheres, fidelidade conjugal, o que fazia com que o

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 100.

⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991. v. 1, p. 39.

⁴⁹ Ibid., v. 1, p. 62.

⁵⁰ CUVILLIER, Armand. **Manual de sociologia**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1966. v. 3, p. 130.

pater pudesse ter filhos, fora do casamento, ilegítimos. Eduardo de Oliveira Leite aponta a grande distinção funcional:

O prazer é a única coisa que a cortesã pode dar; a concubina pode proporcionar, além disso, as satisfações da existência cotidiana; mas somente a esposa pode exercer certa função pertinente ao seu próprio *status*: dar filhos legítimos e garantir a continuidade da instituição familiar.⁵¹

Assim, o concubinato jamais era visto como um casamento. No máximo era uma união inferior e os filhos dela resultantes eram considerados ilegítimos, razão porque não herdariam o patrimônio do pai, sendo que só haviam legitimidade para tal os filhos havidos dentro do casamento. A concubina e o filho havido fora do casamento eram discriminados em nome da honra e da preservação da família constituída e que era tida pela sociedade como essencial à manutenção da ordem pública. A “paz doméstica” era a justificativa para tal proteção do vínculo matrimonial e à estrutura formal da família⁵². Gilberto Freyre explica a real preocupação do pai:

Ao sentirem aproximar-se a morte, pensavam os senhores nos seus bens e escravos em relação com os filhos legítimos seus descendentes; os testamentos acusam a preocupação econômica de perpetuidade patriarcal através dos descendentes legítimos.⁵³

O incesto era proibido: a exogamia constituía aliança política entre as famílias, que ofertavam seus membros para que outra família fosse formada e houvesse multiplicação.

A Revolução Francesa alterou a estrutura tradicional da família, retirando-lhe todo o caráter religioso e submetendo-a a um regime essencialmente leigo, liberal e igualitário. A noção de igualdade enfraqueceu a autoridade na família, ou seja, a autoridade paterna. À autoridade contrapôs-se a ideia de amor, de afeto. Diminuiu a discriminação contra os filhos naturais, nascidos fora do casamento. A distinção entre filhos legítimos e ilegítimos começou a parecer injusta e os direitos destes últimos foram aos poucos aumentados.

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família**: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991. v. 1, p. 46.

⁵² VILLELA, João Batista. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 74.

⁵³ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 42. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 488.

Como todo movimento revolucionário, foi ainda necessário o transcurso de todo o século XVIII para que os efeitos das novas ideologias atingissem a maioria da população.

O final do século XVIII encerrou, definitivamente, o poder e a atuação efetiva da Igreja⁵⁴. O século XIX assistiu o surgimento de um novo mundo, essencialmente leigo e codificado. O interesse da família passou a ser organizado para o serviço da Nação: “Napoleão, o mais assíduo leitor de Emile, de Rosseau, entendeu cedo que deveria tornar a família a sua melhor aliada para atingir os objetivos que programara para o novo Estado francês.”⁵⁵. As concepções sociais começaram a inspirar a legislação matrimonial. O Estado passou a vigiar a estrutura familiar, substituindo o patriarcado familiar pelo patriarcado do Estado.

Em matéria matrimonial, Napoleão Bonaparte manteve-se fiel aos princípios tradicionais de influência da Igreja. Em verdade, Napoleão tentou eliminar os excessos provocados pela Revolução que arruinaram sensivelmente a estrutura familiar então existente, colocando em risco a sobrevivência do Estado⁵⁶. O Código Napoleônico reafirmou a antiga noção da família hierárquica fundada sobre a autoridade do marido e do pai em detrimento da esposa e dos filhos. Ficou nítida a preeminência da família legítima, estabelecendo-se novamente uma condição desfavorável aos filhos naturais⁵⁷.

O homem do século XX encontrou-se diante de uma constatação cruel: a impotência do Estado e a silenciosa omissão da Igreja Católica, o que o levou a procurar em si mesmo soluções para seus problemas. As organizações existentes sejam elas econômica, política, social e religiosa deram sinais de seu esgotamento, gerando uma crise, uma espécie de “mal-estar” a ser combatido⁵⁸. A chamada Constituição Cidadã, datada de 05 de outubro de 1988, patrocinou a maior reforma

⁵⁴ No ensinamento de Sônia Negrão: “Os países reformados tiveram que elaborar uma legislação própria para o direito de família e exerceram assim importante influência sobre os países católicos, alguns dos quais, como a França, não tendo recebido o Concílio de Trento, se viram na contingência de criar novas formas para a matéria. O acordo entre a Igreja e o Estado se realiza então na luta comum contra os casamentos clandestinos, na exigência de uma publicidade prévia e da presença de testemunhas no ato, conquistas que se incorporam definitivamente no direito moderno. O problema das minorias não católicas leva o Estado a admitir, ao lado do casamento religioso, o casamento civil, instituído na França em 1767”. NEGRÃO, Sônia Regina. **Direito à intimidade sexual**. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁵⁵ Ibid., p. 316.

⁵⁶ Ibid., p. 308.

⁵⁷ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: M. Claret, 2003. p. 260.

⁵⁸ Ibid.

já ocorrida no âmbito do direito das famílias. Três eixos nortearam uma grande reviravolta. Ainda que o princípio da igualdade viesse consagrado desde a Constituição de 1937, a atual Constituição foi além. Já no preâmbulo assegura o direito à igualdade e estabelece como objetivo fundamental do Estado promover o bem de todos, sem preconceito de sexo (CF, 3º, IV).

Além da igualdade de todos perante a lei (CF, 5º), pela primeira vez é enfatizada a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações (CF, 5º, I). De forma até repetitiva, afirma que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (CF 226, §5º). Também fora reconhecida a igualdade entre os filhos, ao ser reconhecida qualquer designação discriminatória relativa à filiação. Havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, todos têm os mesmos direitos e qualificações (CF, 227, §6º). O próprio conceito de família recebeu tratamento abrangente e igualitário (CF 226). Foi reconhecida como entidade familiar não só a família constituída pelo casamento. Neste conceito estão albergadas tanto a união estável entre o homem e a mulher como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes⁵⁹.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. São Paulo: RT, 2015. p. 103.

3 ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste segundo capítulo será abordada a adoção propriamente dita. Iniciando-se pelo princípio da proteção integral da criança, bem como o aspecto histórico do instituto da adoção e a sua relação com os direitos humanos.

Segue-se com as considerações acerca da igualdade aristotélica e a dignidade humana para Immanuel Kant.

3.1 Considerações Acerca do Princípio da Proteção Integral da Criança

Deparar-se com a adoção, seja de uma criança ou de um adolescente, ao mesmo tempo em que nos põe em sintonia com um instituto absolutamente hodierno, delineado pelo princípio da Doutrina da Proteção Integral, remete-nos a uma prática que já se fazia presente nos primórdios das civilizações. Pelas razões mais distintas, próprias de cada momento histórico, a humanidade, desde o início, recorreu à adoção, como demonstram as várias legislações.

A partir da Constituição Federal de 1988, avanços deveras significativos são observados no trato do instituto da adoção no Brasil. Sob a influência dos princípios que integram a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, o artigo 227 da Carta constitucional de 1988 traz, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da Doutrina da Proteção Integral, garantindo às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direitos, de pessoas que estão em desenvolvimento e de prioridade absoluta. Inverteu-se, desde então, o foco da prioridade. No sistema jurídico pretérito, privilegiava-se o interesse do adulto. Com a Lei Fundamental de 1988, o interesse a ser preservado, em primeiro aspecto, é o do menor.

A mudança de paradigmas tem exigido a substituição de práticas que caracterizaram a Doutrina da Situação Irregular, representada pelo segundo Código de Menores, por ações que garantam o melhor interesse da criança, segundo as disposições trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tais como, por exemplo, o direito à saúde, à educação, à moradia digna.

Conforme mencionado acima, o princípio do melhor interesse da criança⁶⁰ decorre do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e do artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças.

No plano infraconstitucional, esse princípio encontra ressonância na disciplina da adoção, como se vê do artigo 29⁶¹ do ECA, que proíbe “a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”, e do artigo 43⁶² do mesmo Estatuto, segundo o qual “A adoção apenas será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.”.

O artigo 21⁶³ da Convenção Internacional dos Direitos da Criança dispõe, ainda, que “Os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança”.

Como é possível perceber, mesmo as regras que pormenorizam o princípio do melhor interesse da criança na esfera ordinária contam com alto nível de indeterminação, pois fazem referência a conceitos indeterminados (“incompatibilidade com a natureza da medida”, “ambiente familiar adequado”).

É saudável essa atitude do legislador, pois, diante da infinita variedade de elementos envolvidos em um pedido de adoção (é preciso analisar o perfil do adotando, do adotante, considerar os aspectos sociais e psicológicos de um e de

⁶⁰ É preciso fazer uma observação de ordem terminológica, uma vez que a referida Convenção refere-se a interesse maior da criança. Para tanto, uma vez mais nos reportamos à doutrina de Tânia da Silva Pereira, que, após fazer referência à opção terminológica adotada pela tradução oficial da Convenção para o português, observa: “Destaque-se, especialmente, o texto original em inglês ao declarar: *“In all actions considering children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interest of the child shall be a primary consideration.”*. Estamos, portanto, diante de dois conceitos diversos: a versão original vinculada a um conceito qualitativo – melhor interesse -, considerando-se o conteúdo da Convenção, assim como a orientação constitucional e infraconstitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro. O Brasil incorporou em caráter definitivo o princípio do ‘melhor interesse da criança’ em seu sistema jurídico e, sobretudo, tem representado um norteador importante para a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância em nosso continente.”. PEREIRA, Tânia Maria. **O princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática. [S.l.], 2008. p. 32. Disponível em: <http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2016.

⁶¹ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 [ECA]**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069/Compilado.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁶² Ibid.

⁶³ BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

outro, a história de vida do adotando etc.), seria impossível abarcar todas as situações por meio de fórmulas “prontas” e “acabadas”.

Em virtude de seu elevado grau de abstração, os princípios constitucionais incidem sobre um sem-número de situações, demandando do intérprete a busca de uma solução fundamentada a partir do fato e da norma incidente sobre cada caso concreto⁶⁴.

Assim, ainda que satisfeitos os requisitos formais da adoção (adotante maior de vinte e um anos de idade, diferença de idade de dezesseis anos entre adotante e adotado, consentimento do pai ou representante legal do adotando etc.), o juiz da Vara da Infância e da Juventude deve verificar, em cada caso, considerando as particularidades da situação posta à sua apreciação, se o deferimento do pedido encontra fundamento no princípio do melhor interesse da criança.

Inexiste, pois, uma receita acabada, estabelecida *a priori* pela lei, que assegure ao intérprete o cumprimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Essa condição decorre da própria natureza principiológica da norma em análise, que é dotada de elevado grau de abstração, a permitir sua incidência nas mais variadas situações envolvendo a adoção de criança ou adolescente.

Tome-se como exemplo a hipótese de adoção *intuii personae*, em que os pais biológicos indicam determinada pessoa para adotar seu filho. No regime anterior, diante dessa modalidade adotiva, o juiz muito provavelmente acataria o pedido, desde que satisfeitos os requisitos formais, considerando o aval dos próprios pais biológicos. Assim ocorreria, pois, como visto, o delineamento do instituto antes da Constituição de 1988 não privilegiava os interesses do adotando, prevalecendo o interesse destes, e, no caso específico da adoção *intuitu personae*, também o dos pais desejosos de dar seu filho a determinada pessoa.

Hoje, entretanto, se não restar evidenciado para o juiz da Vara da Infância e da Juventude que a adoção *intuitu personae* é vantajosa para o adotando, o pleito

⁶⁴ Reconhecendo a natureza principiológica da norma do melhor interesse da criança, confira-se a lição de Tânia da Silva Pereira: “As dificuldades que se apresentam no que concerne à interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente desafiam também o intérprete quanto ao princípio do melhor interesse da criança. Nessa hipótese não estamos diante da lacuna da lei, mas sim de um princípio, o qual aparece, com pequenas variáveis, em modelos jurídicos marcados por ideologias diversas. [...] Cabe sempre lembrar que o princípio do melhor interesse da criança consta de uma convenção ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90, sendo, portanto, um princípio em vigor no nosso sistema jurídico, através do artigo 5º, §2º, da Constituição da República”. PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do melhor interesse da criança**: da teoria à prática. [S.l.], 2011. p. 222-223.

deve ser rejeitado, em nome do princípio do melhor interesse da criança, que paira soberano não apenas sobre o interesse do adotante, mas de qualquer outra pessoa, inclusive do Estado, e até mesmo dos pais biológicos⁶⁵.

Assim também, se um casal desejar adotar uma criança que vem sendo mantida há muito tempo sob os cuidados de instituição de assistência social, representando um “ônus” elevado para a sociedade e para o Estado, o pedido de adoção não poderá ser acolhido somente para “solucionar” a problemática de cunho social, e contribuir para a redução das “estatísticas” relacionadas ao número de crianças e adolescentes em situação de abandono. Mesmo considerando que a institucionalização é a última alternativa nas situações de impossibilidade de convivência com a família natural, a adoção igualmente deve ser indeferida se, por algum motivo, não atender ao melhor interesse da criança e do adolescente.

3.1.1 Aspectos Históricos da Adoção

O instituto da adoção surge na mais remota Antigüidade, tendo como berço a Índia, passando, juntamente com as crenças religiosas, aos egípcios, persas, hebreus e, posteriormente, aos gregos e romanos⁶⁶. As crenças primitivas impunham a necessidade da existência de um filho, a fim de impedir a extinção do culto doméstico, considerado a base da família.

A Bíblia relata a adoção de Moisés, pela filha do Faraó, no Egito⁶⁷. Ainda, o Código de Hamurábi (1728/1686 AC.), na Babilônia, disciplinava de maneira minuciosa a adoção em oito artigos. Ao filho adotivo que ousasse afrontar os seus

⁶⁵ Confira-se o entendimento de Myriam Vasconcelos de Souza: “Desta forma, aqueles que buscam adotar uma criança previamente escolhida, contando com a anuência dos pais, correm o risco de serem rechaçados a sua pretensão. Incorporando o ECA a doutrina sociojurídica da ‘proteção integral’ em substituição da ‘situação irregular’, coloca o direito de todas as crianças e adolescentes numa perspectiva condizente com suas características de pessoas em desenvolvimento. Esta proteção se dá mesmo contra a vontade dos próprios genitores que, não raro, são desprovidos de discernimento para a escolha da família substituta, entregando seus filhos a pessoas que não têm a mínima aptidão para acolher, educar e encaminhar o menor. O legislador conferiu ao juiz da Infância e da Juventude o poder de escolha da família substituta. Porém, esse poder é, antes de mais nada, um dever: dever de decisão acerca do destino de crianças que, por incontáveis razões, não serão criadas por sua família natural, como seria de direito. Se lhes é negado o direito fundamental à família natural, é dever do Magistrado a escolha de famílias substitutas que possam propiciar a estas crianças o desenvolvimento pleno de suas potencializadas”. SOUZA, Myriam Vasconcelos de. **Adoção intuitu personae à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152-153.

⁶⁶ COSTA, Tarcisio José Martins. **Adoção transnacional, um estudo sociojurídico e comparativo da legislação atual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 39.

⁶⁷ cap. II, vers. 10. BÍBLIA. Português. **Bíblia de Jerusalém**. Porto Alegre: Paulinas, 1991.

pais dizendo que eles não eram seus pais, cortava-se a língua; ao filho adotivo que teimasse em voltar à casa dos pais biológicos, afastando-se dos pais adotivos, arrancavam-se os olhos (artigos 192 e 193).

Na Roma Antiga, era exigida a idade mínima de 60 anos para o adotante, vedada a adoção àqueles com descendência legítima⁶⁸. Na Idade Média, a adoção não rompia os vínculos de parentesco do adotivo com a família natural, ou biológica, caindo o instituto em desuso, por influência dos princípios religiosos vigentes à época.

Somente após a Revolução Francesa, a adoção ressurgiu, através do Código Napoleônico (1804), como ato jurídico capaz de estabelecer o parentesco civil e criar vínculos entre duas pessoas, passando a ser admitida em quase todas as legislações.

No Brasil, o Código Civil de 1916 deu ao instituto uma tímida e restrita possibilidade de utilização, refletindo a cultura dominante no início do século passado. Por exemplo, somente poderia adotar o maior de 50 anos, sem descendentes legítimos ou legitimados, e desde que fosse, pelo menos, 18 anos mais velho que o adotado (artigos 368 e seguintes do Código Civil de 1916).

Espelhando situação também verificada na Europa, até o século XIX a adoção no Brasil era instituto de pouca relevância⁶⁹, quadro que somente começou a mudar a partir da edição do Código Civil de 1916, que seguiu os passos do Código

⁶⁸ ALVES, João Luiz. **Código civil da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1917. p. 288.

⁶⁹ Renato Pinto Venâncio explica que, apesar de contar com previsão legal, no Brasil dos séculos XVIII e XIX, a adoção, então denominada perfilhação adotiva, foi muito pouco praticada, pois, além de implicar um processo caro e demorado, a legislação autorizava a permanência de crianças e adolescentes expostos ou enjeitados com famílias outras que não a sua de origem, permitindo até mesmo a sua utilização como mão-de-obra na medida de sua capacidade, após os sete anos de idade (o autor cita como fundamento legal para tanto o alvará de 31/1/1775, que foi declarado em vigor após a independência, por meio de provisão de 23/2/1823). Interessante notar que o declínio do instituto da adoção neste período não ocorreu apenas no Brasil, como já mencionado: “Esse fenômeno jurídico não é somente luso-brasileiro. Os historiadores, especialistas no tema, chegam a caracterizar o milênio, compreendido entre os séculos IX-XIX, como o da ‘eclipse da adoção’. A instituição, prestigiada no Império Romano e destinada a perpetuação do culto doméstico do *pater familias*, praticamente desaparece da legislação, sobrevivendo apenas como um comentário do direito romano. Esse declínio é um dos campos de pesquisa mais polêmicos referentes ao tema, havendo quem o interprete como resultado da pressão das linhagens aristocráticas medievais, ciosas em excluir elementos externos a seu meio, ou então como decorrência da ação da Igreja, na valorização dos padrinhos como pais substitutos, ou mesmo como uma deliberada estratégia para restringir o número de herdeiros legítimos, garantindo, assim a multiplicação de doações testamentárias às instituições religiosas: a descontinuidade das famílias favorecia os legados para fins caritativos”. VENÂNCIO, Renato Pinto. Adoção antes de 1916. In: LEITE, E. (Coord.). **Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 271-272.

de Napoleão, restringindo o acesso à adoção aos maiores de cinquenta anos de idade e às pessoas sem filhos.

O perfil traçado pelo legislador infraconstitucional do início do século XX refletia o espírito do instituto então vigente: possibilitar a filiação (artificial) a casais destituídos de filhos naturais⁷⁰. Tal limitação de propósito justificava o rigorismo da lei quanto aos requisitos exigidos para que a adoção fosse consumada⁷¹.

Em outras palavras, a adoção buscava atender exclusivamente à satisfação dos interesses do adotante, inexistindo qualquer disposição para salvaguardar os interesses do adotando.

A reforma instituída pela Lei n° 3.133 de 08 de maio de 1957, introduziu importantes mudanças, reduzindo o rigor dos requisitos para a adoção. Entre outras alterações, a nova Lei reduziu a idade mínima do adotante, de cinquenta para trinta anos de idade; reduziu de dezoito para dezesseis anos a diferença mínima de idade entre o adotado e o adotando; e passou a admitir a adoção por pessoas com filhos (legítimos ou legitimados)⁷².

É importante observar que a abertura da adoção para casais que já contavam com filhos naturais permitiu que o instituto atendesse a outros interesses, sobretudo o das crianças em situação de abandono⁷³, deixando de servir

⁷⁰ “A adoção como regulada na lei, destina a suprir a falta de filho legítimo. De onde resulta que não pode adotar quem tem filho legítimo ou legitimado; que (segundo algumas leis), não pode adotar quem já tenha um filho adotivo”. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. São Paulo: Bookseller, 1998. p. 531.

⁷¹ Outros requisitos para a adoção eram: a diferença de idade, entre o adotante e o adotando, de no mínimo dezoito anos; consentimento dos pais ou tutores do adotando, ou deste, se maior ou emancipado. Naquela fase, adoção consistia na mera transferência do pátrio poder ao adotante, na medida em que o adotando mantinha os laços de parentesco com sua família de origem. Ao analisar o instituto à luz do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda não vislumbrava que sua utilização poderia vir a ser ampliada, em razão do rigorismo da lei em torno de seus requisitos e também devido à sua finalidade demasiadamente restritiva: “Não cremos que a adoção venha a ser mais usada do que era. O Código Civil cercou-a de tantas exigências e atribuiu-lhe consequências tão rigorosas (quanto a impedimentos matrimoniais, por exemplo), que não é possível prever-lhe, sob as regras do Código Civil, mais intensa aplicação. Aliás, o seu fim é mesmo restrito. Filosófica, histórica e tecnicamente, a adoção representa a *factio iuris* para os casos excepcionais: o remédio consolatório, como dizia Teixeira de Freitas (Consolidação das Leis Civis, art. 217, nota 13), para aqueles que não tem filhos.” TEIXEIRA DE FREITAS apud MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Bookseller, 1999. t. 9, p. 180.

⁷² Com nova lei, os casados somente poderiam adotar após cinco anos de casados, exceto se o homem contasse com mais de cinquenta e a mulher mais de quarenta anos de idade. Quanto aos efeitos, a reforma substituiu a regra segundo a qual a adoção não produziria efeitos se demonstrada a prévia concepção de filho natural, pela norma de inexistência de efeito sucessórios quando o adotante possuir “filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos”; e, por fim, permitiu ao adotado usar o apelido do adotante, em acréscimo ou substituição do apelido dos seus pais biológicos.

⁷³ Ao referir-se às severas críticas tecidas por Ester Figueiredo Ferraz ao regramento da adoção no Código Civil de 1916, Antônio Chaves assim se manifestou: “Prossegue (Ester Figueiredo Ferraz) fazendo ver nada justificar a proibição de adotar imposta a quem já tenha prole legítima ou

exclusivamente ao adotante destituído de prole, como até então era consagrado historicamente.

Essa mudança inaugurou, assim, uma nova fase do instituto, agregando-lhe um fim social: além de propiciar a experiência da parentalidade a casais sem filhos naturais, a adoção passou a ser vista como instrumento de combate do problema do menor abandonado⁷⁴.

O Decreto nº 5.083 de 1º de dezembro de 1926, que instituiu o primeiro Código de Menores do Brasil, conhecido como Código Mello Mattos, apesar de admitir que crianças abandonadas (infantes expostos) fossem confiadas à tutela de particulares⁷⁵, estabelecia como regra primeira a institucionalização⁷⁶.

Mas a atenção ainda se voltava para a figura do adotante, eis que a Lei nº 4.655 de 02 de junho de 1965, que instituiu nova modalidade de adoção, denominada “legitimação adotiva”, cujo traço marcante consistia em desligar o adotado dos laços de parentesco com a família biológica (art. 9º, §2º), destinou-se exclusivamente a casais destituídos de “filhos legítimos, legitimados ou naturais reconhecidos” (art. 2º), o que por si só revelava que a nova legislação mantivera a

legitimada. Se levamos em conta o interesse do menor abandonado, que deve prevalecer sobre os demais, é evidente que ele terá muito mais probabilidade de sentir feliz num lar onde já existam crianças de sua idade ou de idade aproximada do que numa casa habitada exclusivamente por adultos. Voltada a atenção para o problema doloroso do filho único, mostra eu a adoção poderia contribuir para resolver certas situações dramáticas criadas no seio das famílias de três membros: pai, mãe e um só filho. A entrada de um quarto elemento faria diminuir e normalizar-se a tensão afetiva dos vínculos que mantém demasiado unidos aqueles três seres, passando o filho adotivo a dividir, com o legítimo ou legitimado, as atenções, o carinho e (por que não?) os rigores e a severidade dos pais, e cada um dos menores teria no outro o companheiro que o arrancaria do vazio da própria solidão”. CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. v. 1, p. 58-59.

⁷⁴ Nesse sentido a lição de Edgard de Moura Bittencourt: “Na fase de expansão do instituto, não poucas eram as vozes que se levantavam contra ele, sob o fundamento primacial dos inconvenientes de se introduzir sangue estranho na família. Aos poucos, contudo, a adoção assumiu sua verdadeira posição no Direito, como expediente de elevado alcance a um duplo sentido: não apenas supre nos casais a falta de filhos, dando-lhes, pelo artifício bem compreendido, aquilo que a natureza lhes negou, como também espalha em prol das crianças sem lar o manto do altruísmo, do carinho e da segurança. Alarga-se o instituto. Entre nós, já há algum tempo, desde a Lei nº 3.133 de 1957, permita-se que, mesmo tendo filhos consanguíneos, possam as pessoas adotar, com a reserva de que não fiquem aqueles prejudicados em seus direitos hereditários”. BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. Duque de Caxias: Jailson Livros, 2005. p. 243.

⁷⁵ “Artigo 23: Os expostos, que não forem recolhidos a estabelecimentos a esse fim destinados, ficarão sob a tutela das pessoas que voluntaria e gratuitamente se encarreguem da sua criação, ou terão tutores nomeados pelo juiz”. BRASIL. **Decreto nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926**. Institue o Código de Menores. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl5083.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁷⁶ “Artigo 15: A admissão dos expostos à assistência se fará por consignaçon directa, excluindo o systema das rodas”. Ibid.

concepção então reinante, satisfazendo, primordialmente, o interesse de casais sem prole⁷⁷.

Conquanto a nova lei atribuísse ao juiz, sempre que julgasse necessário, o poder discricionário para ordenar diligências e sindicâncias visando “as conveniências do menor, o seu futuro bem-estar” (art. 5º, §1º) como se tratava de dispositivo por demais genérico, revelou-se incapaz de fazer frente à supremacia dos interesses do adotante, até então prevalecente.

O novo Código de Menores, Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, voltado exclusivamente para as crianças em situação irregular⁷⁸⁷⁹, revogou expressamente a

⁷⁷ Vejam-se os demais requisitos para deferimento da legitimação adotiva. O adotando deveria se enquadrar na definição de infante exposto, assim considerado aquele cujos pais sejam desconhecidos ou hajam autorizado por escrito que o filho seja dado; o menor abandonado até sete anos de idade, cujos pais tenham sido destituídos do pátrio poder; o menor até sete anos, não reclamado por qualquer parente por mais de um ano; e, por fim, o filho natural reconhecido apenas pela mãe que não dispõe de meios para prover sua criação (art. 1º, *caput*). Quanto à pessoa do adotante, a legitimação adotiva poderia ser deferida a: casais com no mínimo cinco anos de casamento e que contassem com pelo menos um cônjuge com mais de trinta anos de idade (artigo 2º); pessoa viúva com mais de trinta e cinco anos de idade, se provado período de convivência de mais de cinco anos e a integração do menor ao lar (artigo 3º); cônjuges desquitados se a convivência com o menor tivesse se iniciado na constância do casamento, e havendo concordância de ambos quanto à manutenção da legitimação adotiva (artigo 4º). BRASIL. **Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁷⁸ “Artigo 1º. Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:
I – até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;
II – entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.
Artigo 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
I – privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
a) Falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
b) Manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
III – em perigo m oral, devido a:
a) Encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
b) Exploração em atividade contrária aos bons costumes;
IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
VI – autor da infração penal”. BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁷⁹ “O Código de Menores de 1979 (Lei 6.697, de 10/10/1979) adotou a Doutrina de Proteção ao Menor em Situação Irregular, que abrange os casos de abandono, a prática de infração penal, desvio de conduta, falta de assistência ou representação legal – enfim, a lei de menores era instrumento de controle social da infância e da adolescência, vítimas de omissões de famílias, da sociedade e do estado em seus direitos básicos. O Código de Menores não se dirigia à prevenção, só cuidava do conflito instalado. O Juiz de Menores atuava na prevenção de 2º grau, através de polícia de costumes, proibição de frequência em determinados lugares, casas de jogos etc. PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 42-43, out./dez. 1992.

Lei nº 4.655/65 e consolidou o caráter social e tutelar da adoção⁸⁰, colocando o instituto, definitivamente, a serviço do enfrentamento da questão social decorrente do crescente número de menores abandonados.

De forma inovadora, a adoção passou a integrar, sob o gênero “colocação em lar substituto” – ao lado da delegação do então pátrio poder, da guarda e da tutela -, o rol de medidas previstas pelo legislador para promover a integração sociofamiliar do menor, que também contava com outros instrumentos, como, por exemplo, a advertência, a imposição de liberdade assistida e a institucionalização.

O Código de Menores previu duas espécies de adoção: a simples (artigos 27 e 28) e a plena (artigos 29 a 37), sendo esta última sucedânea da legitimação adotiva da lei anterior.

A adoção simples aplicava-se ao menor em qualquer situação, ou seja, não era preciso que ele se encontrasse necessariamente em situação irregular. Essa modalidade adotiva apresentava os seguintes efeitos: limitação do parentesco entre o adotante e o adotado; manutenção do parentesco natural; dissolubilidade; quanto ao aspecto sucessório, diante da preexistência de filhos à adoção simples, o adotado não participava da adoção, e, se este concorresse com filhos supervenientes, era-lhe assegurada tão-somente metade do quinhão dos filhos legítimos.

Sucessora da legitimação adotiva, a adoção plena era limitada a casais que tinham contraído matrimônio havia mais de cinco anos e que contassem com um dos cônjuges com idade acima de trinta anos. Todavia, ao viúvo ou separado, era permitido adotar desde que a criança estivesse convivendo com o casal antes do falecimento ou da separação, respectivamente. Em tais casos, entretanto, o período de convivência era de três anos, contra apenas um ano na situação contemplada pela regra geral.

⁸⁰ Nesse sentido, a lição de Edgard de Moura Bittencourt: “A adoção, tal como a temos atualmente, é um instituto de índole social; porque restabelecendo o estado de família de quem o tinha desordenado, ou então, estabelecendo um estado de família para quem não tinha família alguma, introduz o indivíduo num sistema de assistencialidade mútua, e isto significa proteção pessoal dentro de um grupo, na ordem civil ou privada, na normalidade das situações. E, mais ainda, adoção, tal como a temos agora com o Código de Menores (Lei nº 6.679/79), passa a ser um instituto declaradamente tutelar, o que quer dizer um regime de proteção e assistência; é ordem jurídica de proteção a alguém e por isso tem caráter efetivamente tutelar”. BITTENCOURT, Edgard de Moura apud SALAZAR JUNIOR, João Roberto. **A adoção no código de menores**. 2006. f. 95. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7437/1/JOAO%20ROBERTO%20SALAZAR%20JR.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

A adoção plena exigia, também, que o menor estivesse em companhia dos adotantes antes de completar sete anos de idade e que, antes do período de convivência, estivesse em situação irregular, denotando o caráter social do instituto nesse período. Nessa modalidade, o filho adotado equipara-se a eventuais filhos naturais do adotante, até mesmo para efeitos sucessórios.

O Código de Menores, em seu artigo 5^o⁸¹, também contemplou norma que conferia primazia ao interesse do menor sobre os interesses do adulto-adotante. Mas, assim como o disposto no artigo 5^o, §1^o da Lei nº 4.655/65, acima mencionado, essa regra não repercutiu na prática, em virtude da cultura reinante de privilegiar os interesses do adotante e da inexistência de outros direitos que lhe conferisse o suporte imprescindível para sua implementação⁸².

Para que o interesse da criança fosse efetivamente levado em consideração nos processos de adoção não bastava uma norma isolada. Era preciso uma mudança profunda no sistema de proteção do menor, o que somente veio a se concretizar em 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal.

Assim, a Constituição Federal de 1988, rompendo com a tradição das Constituições que a precederam – que trataram do tema da criança com extrema superficialidade⁸³ – ao estabelecer que a família, a sociedade e o Estado devem

⁸¹ Artigo 5^o da Lei 6.697 de 10/10/1979: “Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”.

⁸² “Não se olvide que o revogado Código de Menores continha em seu artigo 5^o dispositivo assim genérico como esse do CC 1.625, que nunca impediu, concretamente, que a adoção fosse deferida em franca dissonância com o interesse da criança e do adolescente, o que está na gênese da nova estrutura especial, posta pela CF/88 e pelo ECA. Isto porque, na essência, a regra de prevalência do interesse da criança e do adolescente no Código de Menores vinha solteira, desamparada de um amplo sistema de garantia de seus direitos fundamentais de pessoa humana especial – princípio da proteção integral -, como é próprio do sistema Constituição Federal/ECA.”. NERY JUNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O estatuto da criança e do adolescente e o novo código civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. **Revista de Direito Privado: RDPriv**, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 38, out./dez. 2002.

Corroborando esta constatação, confirmam-se as palavras de Ademir de Carvalho Benedito, magistrado que ocupara a Vara de Menores de Pinheiros, da Comarca de São Paulo: “Em relação a menores carentes, por exemplo, a Justiça não pode mais continuar sendo apenas um agente receptor da vontade dos pais ou responsáveis, aceitando pacificamente os pedidos de internação, ou situações de abandono, sem buscar, através dos institutos do Direito de Família, previstos no Código Civil e em leis posteriores, soluções mais técnicas, mais jurídicas, e, portanto, mais justas, que atendam principalmente o supremo interesse daquele ser humano que ainda não tem a capacidade plena para exercer o seu direito, mas que já os tem, em igualdade de condições com os adultos, desde a sua concepção no ventre materno, nos expressos termos do artigo 4^o do CC”. BENEDITO, Ademir de Carvalho. Justiça de menores no Brasil: sua verdadeira finalidade. CURY, Munir et al. (Coord.). **Temas de direito do menor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 179-185.

⁸³ A primeira Constituição a tratar da infância foi a de 1934, que dispôs, em seu artigo 141: “É obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para que a União, os Estados e os municípios destinarem um por cento das respectivas rendas tributárias”, estabelecendo, ainda, no artigo 147, a gratuidade do ato de reconhecimento de filhos. A

conferir prioridade absoluta na consecução dos direitos básicos da criança e do adolescente, como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à convivência familiar etc. (art. 227, *caput*), contemplou expressamente o princípio da proteção integral⁸⁴.

Tratando-se de princípio constitucional, é dotado de plena normatividade, impondo a todos, indistintamente (família, sociedade e estado), o dever de assegurar à criança e ao adolescente, “com absoluta prioridade” – é preciso sublinhar, pois aí reside o núcleo do princípio constitucional do melhor interesse da criança -,

[...] 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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁸⁵

A revolução operada pela Constituição Federal foi acompanhada pela promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, cuja elaboração, segundo Nelson Nery Jr. e Martha Toledo Machado, “[...] decorreu do imperativo de pormenorizar o sistema especial de proteção dos

Constituição seguinte de 1937 conferiu às crianças e adolescentes uma gama maior de direitos: “Artigo 127. A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e creia ao Estado o dever de provê-las de conforto e cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e a proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole”. A Constituição de 1946 representou um retrocesso, na medida em que limitou a declarar a obrigatoriedade de assistência à maternidade, à infância e à adolescência (artigo 164). No mesmo passo, as Constituições de 1967 e 1969 apenas atribuíram à lei a tarefa de instituir a assistência à infância e à adolescência (arts. 167, §4º, e 175, §4º, respectivamente). O fato é que a norma constitucional não surtiu eficácia, como advertiu Pontes de Miranda, ao comentar este último dispositivo citado: “A regra jurídica do artigo 175, §4º, não é apenas programática. A expressão ‘instituirá’ mostra-o bem. Mas onde a sanção? À lei cabe cria-la. Cria-la a? A ênfase do legislador constituinte – assistência à maternidade, à infância e à adolescência, *excusez du peul* – sem a lei que, executada, crie os serviços e os realize, os faça funcionar e obrigue o Poder Executivo a mantê-los, cairá no vácuo”. MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1, de 1969**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970. t. 6, p. 332.

⁸⁴ “A proteção integral tem como fundamento a concepção de que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento”. PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

direitos fundamentais de crianças e adolescentes, outorgado pela Constituição de 1988 em razão das peculiaridades da personalidade infanto-juvenil.”⁸⁶.

Além disso, a ratificação pelo Brasil da Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em 20 de novembro de 1989, incorporou expressamente à normativa constitucional, nos termos do artigo 5º, §1 e 2º⁸⁷, da Constituição, o princípio do melhor interesse da criança, proclamado no artigo 3.1 da Convenção: “Artigo 3º - 1. Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança.”.

Esse conjunto normativo, integrado pela Constituição Federal, pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e pelo ECA, de cunho eminentemente principiológico, valorativo, provocou, como não poderia deixar de ser,

⁸⁶ NERY JR. Nelson; MACHADO, Marta de Toledo. O estatuto da criança e do adolescente e o novo código civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 12, ano 3, p. 12, dez. 2002.

⁸⁷ “§1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parta”. Flávia Piovesan, após discorrer sobre as concepções monista e dualista, antes da edição da EC nº 45, de 30/12/2004, expõe sua posição contrária à doutrina dominante: “Diante dessas duas sistemáticas diversas, conclui-se que o direito brasileiro, faz opção por um sistema misto, no qual para os tratados internacionais de proteção para os direitos humanos – por força do artigo 5º, parágrafo 1º - aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto que para os demais tratados internacionais aplica-se a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna. Com efeito, salvo na hipótese de tratados de direitos humanos, no texto constitucional não há qualquer dispositivo constitucional que enfrente a questão da relação entre Direito Internacional e Interno. Isto é, não há menção expressa a qualquer das correntes, seja à monista, seja à dualista. Por isso, a doutrina predominante tem entendido que, em face do silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas (a ordem interna e a ordem internacional). Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional – no caso brasileiro, este ato tem sido um decreto de execução expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno. Embora esta seja a doutrina predominante, este trabalho sustenta que esta interpretação não se aplica aos tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando-se a edição de decreto de execução. Já no caso dos tratados tradicionais, há a exigência do aludido decreto, tendo em vista o silêncio constitucional acerca da matéria. Logo, defende-se que a Constituição adota um sistema jurídico misto, na medida em que, para os tratados de direitos humanos, acolhe a sistemática da incorporação automática, enquanto que, para os tratados tradicionais, acolhe a sistemática da incorporação não-automática”. Ainda que não se entenda que os tratados de direitos humanos contam com aplicação imediata, a referida Convenção foi incorporada no direito interno por meio do Decreto nº 99.710, de 21/11/1990. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 104-105.

uma profunda mudança de paradigma no sistema de proteção à criança no Brasil⁸⁸, que abandonou definitivamente a doutrina jurídica da situação irregular, até então encampada pelo Código de Menores de 1979⁸⁹, para abraçar o princípio constitucional da proteção integral.

Com isso, além do princípio da proteção integral, os interesses das crianças e dos adolescentes passaram a contar com supremacia sobre os interesses dos adultos. Assim, sempre que uma autoridade, seja ela administrativa ou judicial, estiver diante de uma situação em que haja conflito entre os interesses de adulto, de um lado, e de criança ou de adolescente, de outro, estes últimos não de ser privilegiados.

Essa nova concepção impactou profundamente o instituto da adoção, que ganhou novos contornos e finalidades, assumindo papel de destaque na nova sistemática de proteção da criança e do adolescente no Brasil.

Como visto acima, antes da Constituição de 1988, a legislação ordinária que disciplinava a adoção contemplava requisitos eminentemente formais, que, se

⁸⁸ No plano internacional, essa mudança de paradigma ocorreu em 1959, como relata Gustavo Ferraz de Campos Mônaco: “Apenas em 1959, depois de algumas revisões da Declaração de Genebra e quase dez anos depois da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (e certamente inspirada por esta). É que a ONU resolveu proferir uma nova declaração, essa de âmbito heterogêneo, posto que não atingindo todos os seres humanos, mas tão-somente as crianças. O ponto principal dessa declaração (Resolução 1.386) relativamente a sua antecessora na proteção da infância é a mudança de paradigma que instala, muito em função da consolidação da Declaração de 1948 que universaliza a proteção dos direitos humanos, uma vez que agora a criança passa a ser vista como sujeito de direito e não mais como mero receptor passivo das ações realizadas a seu favor, dando-se início à aplicação de um princípio que trinta anos depois seria inserto na convenção subsequente, que é o princípio do melhor interesse da criança.”. O décimo quinto aniversário da convenção sobre os direitos da criança – contributo para o aprofundamento e implementação do direito internacional dos direitos humanos, Doutrina Civil. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A declaração universal dos direitos da criança e seus sucedâneos internacionais (tentativa de sistematização)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 133-134.

⁸⁹ Segundo Tânia da Silva Pereira, a proteção da infância no Brasil, desde o século XIX, passou por três correntes jurídico-doutrinárias: “A doutrina do direito penal do menor, concentrada nos Códigos Penais de 1830 e 1890, preocupou-se especialmente com a delinquência e baseou a imputabilidade na “pesquisa do discernimento” – que consistia em imputar a responsabilidade ao menor em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso. Ao Juiz era atribuída a competência para determinar se o jovem ‘era ou não capaz de dolo e, para tal fim, levaria em conta a vida pregressa, seu modo de pensar, sua linguagem, não justificando basear-se apenas numa razão, obrigando-o a pesquisar o conjunto dos elementos informadores”. [...] A doutrina jurídica da situação irregular passou a vigorar efetivamente entre nós com o advento do Código de Menores de 1979. [...] Por mais de dez anos, as decisões tomadas em nome da lei, tantas vezes arbitrárias, eram frutos de critérios subjetivos do juiz, marcados pela discriminação, desinformação, ou, ainda, pela falta de condições institucionais que melhor viabilizassem a apreciação dos conflitos. [...] A doutrina jurídica da proteção integral passou a vigorar em nosso país a partir da CF/1988, mas teve as suas bases no movimento de mobilização do início da década de 80, que fora marcado por um intenso debate sobre os diversos aspectos da proteção da infância-adolescência”. PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do melhor interesse da criança**: da teoria à prática. [S.l.], 2011. p. 34-36.

traduziam alguma preocupação com a figura do adotando, eram de eficácia extremamente reduzida.

Originalmente, no Brasil, o espírito da adoção consistia em dar um filho àqueles casais que não podiam tê-lo naturalmente. Assim, o adotando era tido como mero objeto de direito, ou seja, o menor era “meio” para a satisfação do interesse do adotante. Este sim era sujeito de direito.

E, num segundo momento, com a adesão de um fim social ao instituto, este passou a ser visto como um importante instrumento de combate ao problema do menor abandonado. O interesse do adotando, o efetivo atendimento das necessidades fundamentais do menor, permanecia em segundo plano.

Os princípios constitucionais proclamados na Constituição de 1988, sobretudo aqueles dirigidos especialmente às crianças e aos adolescentes, nos artigos 226 e 227, alteraram profundamente esse estado de coisas, na medida em que as crianças e os adolescentes efetivamente ascenderam à condição de “sujeitos de direito”.

Marques, ao estudar a adoção internacional do Brasil, bem resumiu a profunda transformação que o instituto da adoção atravessou no plano do Direito pátrio:

Em resumo, o direito brasileiro superou assim a visão tradicional do instituto da adoção, de negócio jurídico privado, de interesse prioritário dos pais adotivos, de continuação de sua família, seu nome, sua cultura (adoção clássica), para pensar o instituto da adoção como uma das soluções individuais para as dificuldades específicas daquele adotado em manter o vínculo com sua própria família ou, no caso da adoção internacional e subsidiária à nacional, dificuldades de encontrar uma família apropriada em seu próprio país. É a nova adoção, concentrada nos interesses e bem-estar da criança, visto sob o lado afetivo e econômico, em que a criança passa de passivo ‘objeto’ de decisão das autoridades competentes a sujeito de direitos protegíveis no novo processo de adoção.⁹⁰

Portanto, se no passado a adoção privilegiava a pessoa do adotante, ou era tida como instrumento voltado para minorar problemas sociais, após a Constituição de 1988 a essência do instituto passou a ser informada pelo princípio da proteção integral da criança e pelo princípio do melhor interesse da criança.

⁹⁰ MARQUES. Cláudia Lima. **A subsidiariedade da adoção internacional**: diálogo entre a Convenção de Haia de 1993, o ECA e o novo código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 59.

O direito à adoção internacional, por outro lado, aparece, como prática regular, após a Segunda Grande Guerra Mundial, em face da existência de multidões de crianças órfãs, sem qualquer possibilidade de acolhimento em suas próprias famílias. Crianças da Alemanha, Itália, Grécia, do Japão, da China e de outros países foram adotadas por casais estadunidenses e europeus. Conforme o Serviço Internacional de Adoção, milhares, ou até mesmo milhões de crianças foram encaminhadas para o exterior sem que tivessem os documentos indispensáveis para regularizar a sua cidadania. Das muitas crianças adotadas na Itália, entre os anos de 1985 e 1990, quase 80% eram naturais da América Latina. Já na França, das 5.348 crianças adotadas entre os anos de 1990 e 1992, 21,16% eram crianças brasileiras⁹¹.

O absoluto descontrole, os abusos verificados no decorrer dos anos, especialmente a venda e o malfadado tráfico internacional de crianças, seja no país de origem seja no país de acolhida, fez brotar a necessidade de serem estabelecidas normas eficazes de garantia das adoções e de proteção dessas crianças.

Na América Latina, as mudanças na lei principiaram no final da década de 1980, buscando atender aos princípios da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Passou-se a considerar a criança como sujeito de direitos, afirmando o seu direito a ter um nome, a partir do nascimento, assim como o direito a ter uma nacionalidade; o direito de conhecer e conviver com seus pais, a não ser quando incompatível com seu melhor interesse; afirmando o caráter excepcional da adoção internacional, entre tantas outras disposições que foram trazidas em seus 56 artigos.

2.1.2. Doutrina da Proteção Integral: adoção como medida de proteção

Impossível deixar de mencionar, dentro deste contexto histórico, a postura vanguardista assumida pelo Brasil, em 1988, ao adotar a Doutrina da Proteção Integral, por meio do artigo 227 da Constituição Federal. Portanto, mesmo anteriormente à aprovação do texto que deu origem à Convenção, o Brasil já assumira um compromisso com a infância. Desde já, entre os direitos fundamentais

⁹¹ COSTA, Tarcisio José Martins. **Adoção transnacional, um estudo sociojurídico e comparativo da legislação atual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 64.

assegurados à criança e aos adolescentes brasileiros, encontra-se, ao lado do direito à vida, à saúde, à educação, à liberdade, ao respeito, à dignidade, o direito à convivência familiar.

O novo paradigma, marcado pelo direito fundamental à convivência familiar, o direito de a criança ser criada e educada no seio da família natural, conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, exige uma nova postura das Instituições que compõem os sistemas de proteção e de Justiça quando se vêem diante de uma criança em situação de risco em decorrência da omissão dos pais, do abuso ou da violência familiar.

Vários são os casos de violência intrafamiliar, conhecidos como violência física, sexual, psicológica, negligência e violência fatal, que povoam os Conselhos Tutelares Brasil afora, as Delegacias de Polícia, os leitos dos nosocômios, os gabinetes dos defensores públicos e do Ministério Público, as várias páginas de processos judiciais e os espaços das entidades de atendimento. Lamentavelmente, um número maior ainda permanece encoberto pelo segredo, pelo medo, sem ultrapassar os limites do próprio lar, impedindo que a proteção dos menores possa ser exercida pelos entes públicos. Apontam os estudos que as agressões ambientais, “entendidas como desde as provocadas por um vírus sobre o embrião até a violência de um pai sobre o bebê, a morte prematura de um dos pais ou o abuso sexual – podem danificar, em variados graus de intensidade, tanto o aparelho psicológico como, conseqüentemente, o genético, dada a plasticidade do sistema nervoso central”⁹².

Seguindo a linha do conhecimento científico que se dispõe, a atual legislação prevê que os casos de maus-tratos e de violência doméstica praticados contra a criança devem ser notificados ao Conselho Tutelar, para que as medidas legais possam ser adotadas em sua proteção. É indispensável que os profissionais da saúde e da educação, especialmente, estejam capacitados para identificar os casos de suspeita e confirmação de maus-tratos praticados contra seus pacientes e alunos, possibilitando a intervenção precoce, na tentativa de romper com o mal da violência. A nova obrigatoriedade de comunicação ao Conselho Tutelar, pelos profissionais da saúde e educação, reafirma a vigência da Doutrina da Proteção

⁹² ZAVASCHI, Maria Lucrecia; COSTA, Flávia; BRUNSTEIN, Carla. O bebê e os pais. In: EIZIRIK, Cláudio Laks; KAPCZINSKI, Flávio; BASSOLS, Ana Margareth Siqueira. **O ciclo da vida humana: uma perspectiva psicodinâmica**. Porto Alegre: Artmed, 2001. p. 46.

Integral, pois que são, o médico e o professor, depois dos membros da família, os mais próximos da vida, da realidade e do cotidiano do menor de idade.

A colocação em família substituta, em qualquer de suas formas previstas na lei (guarda, tutela e adoção), corresponde, na atualidade, a uma medida de proteção (artigo 101, inciso VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente), aplicada quando se mostrar inviável, ou mesmo impossível, a permanência da criança junto ao seio da família natural. No caso específico da adoção, tratando-se de adotando adolescente, o seu consentimento será indispensável (artigo 45, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Como saber se a própria família não possui condições de cuidar o filho? Somente através de uma criteriosa avaliação por profissionais, com o auxílio de uma equipe interdisciplinar que permita, num primeiro momento, a elaboração de um plano de trabalho terapêutico, com a ajuda de técnicos e do Conselho Tutelar, o que possibilitará o encaminhamento do grupo familiar para programas existentes na comunidade.

É de lembrar que nos feitos de suspensão ou destituição do poder familiar, não raras as vezes verifica-se que a mãe, o pai, ou ambos os genitores são portadores de retardo mental leve ou moderado, agravado com o uso indevido de álcool, ou outras drogas, e o desemprego. O que fazer nesses casos? É recomendável investir no grupo familiar, apesar do comprometimento dos genitores? Quais seriam os prazos recomendáveis para o investimento?

Infelizmente, o que se vê de sobejo nos processos judiciais dessa natureza são constatações, como por exemplo, “os pais não apresentam as mínimas condições para proporcionar os cuidados básicos que a prole necessita para seu desenvolvimento biopsicossocial”⁹³. De outro lado, pouco, ou nada, se observam relatos de planos de trabalho terapêutico, buscando a reinserção social desses grupos, com efetivo acompanhamento técnico e regular avaliação.

Constatada a impossibilidade de a criança permanecer junto à sua família biológica, a adoção, como forma de colocação em família substituta, surge como uma possibilidade, a essas crianças e adolescentes em situação de risco, de reconstrução do direito à convivência familiar. Ligar o abandono à adoção é uma

⁹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70003044427**, 7ª Câmara Cível. Apelado: M. P. Apelante: L.S.D. Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, julgado em 22 de maio de 2002.

possibilidade de vida para o adotante e para o adotado. Como refere João Batista Villela, “a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber”⁹⁴.

Filho não é determinado pela “descendência genética, e sim os laços de afeto que são construídos, em especial na adoção”⁹⁵. A razão maior da paternidade se funda “no desejo humano, essencial, de amar e ser amado”⁹⁶. Segundo Maria Claudia Crespo Brauner, “esboça-se, a partir das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma perspectiva maior que pode valorizar o elemento afetivo da filiação como um elo garantidor do interesse superior da criança, contrapondo-se ao critério da determinação biológica”⁹⁷. Com frequência, pergunta-se se os filhos adotivos não estariam mais propensos a se tornarem “filhos problemas”. A resposta vem em trabalho brilhante e preciso desenvolvido por Maria Lucrécia Scherer Zavaschi:

[...] não há elementos que autorizem a conclusão de que os problemas eventuais dos adotados sejam decorrentes da adoção em si. Por outro lado, as evidências colhidas no estudo do relacionamento pais-filhos na adoção levam à conclusão geral de que os comportamentos peculiares dos pais adotivos mantêm uma estreita relação com a situação atual das crianças adotadas.⁹⁸

“A história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”⁹⁹, estabelecendo entre adotante e adotado uma relação de paternidade e filiação, onde “os laços de afeto se visibilizam desde logo, sensorialmente, superlativando a base do amor verdadeiro que nutrem entre si pais e filhos”¹⁰⁰. Ilustrativa se mostra a declaração de Tizuka Yamazaki, publicada no Jornal “O Globo” (01/11/92), referindo-se a sua experiência de mãe adotiva: “Cresci muito com essa experiência. Sou muito mais humilde. Vejo o mundo de outra forma, com mais atenção e delicadeza; e

⁹⁴ VILLELA, João Batista. A desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, ano 27, n. 21, 1979.

⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 219.

⁹⁶ FREITAS, Lúcia Maria de Paula. Adoção: quem em nós quer um filho? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 3, n. 10, p. 150, jul./set. 2001.

⁹⁷ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 78, p. 207, jun. 2000.

⁹⁸ ZAVASCHI, Maria Lucrécia Scherer. Aspectos da relação pais-filhos na adoção. **Revista de Psiquiatria**, Porto Alegre, v. 1, n. 3-4, p. 38, 1979.

⁹⁹ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Veja**, São Paulo, n. 25, p. 75, abr. 1993.

¹⁰⁰ FACHIN, op. cit., p. 216.

descobri que foi Fábio, muito mais do que eu, que fez um esforço descomunal para que tudo desse certo”.¹⁰¹

Entre as várias inovações inseridas na Constituição de 1988, é possível afirmar que “a adoção passou por uma séria revisão em relação ao sistema jurídico anterior, exigindo uma rigorosa fiscalização pelo Poder Judiciário, mas, ao mesmo tempo, abrindo inúmeras possibilidades e novas oportunidades para os interessados”¹⁰².

Cabe referir que, ao lado das mudanças trazidas pelo legislador, os avanços na área da genética e da inseminação artificial também vieram abrir novas alternativas à realização da paternidade, deixando de figurar a adoção como único meio capaz de possibilitar às famílias inférteis a construção do vínculo parental. Maria Cláudia Crespo Brauner aponta:

O recurso à adoção se apresenta como uma das maneiras de realização do desejo de ter um filho, sem que exista a gravidez da mãe, pelo menos do ponto de vista biológico, pois do ponto de vista psicológico este filho já existe, é primeiramente imaginário, no espírito dos pais e o processo adotivo implica em fazer a passagem entre o filho imaginário e o filho real, que assumirá este papel, de forma definitiva na vida do adotante¹⁰³.

É possível sentir os efeitos da mudança legislativa?

Ainda existe um abismo entre o que foi idealizado, expresso através do Estatuto da Criança e do Adolescente, e o mundo que se tem. Quanto maior a distância entre os dois mundos, o mundo idealizado pelo legislador infanto-juvenil de 1990 e o mundo real, maiores serão as situações de risco enfrentadas pela população infantil. Conseqüente, maiores recursos e investimentos serão exigidos do Estado e dos profissionais competentes que atuam na área.

Nas últimas décadas, conhecimentos referentes ao desenvolvimento do bebê e da criança, antes restritos, por exemplo, à área da saúde e educação, encontram espaço nos mais diversos meios de comunicação, assim como discussões e debates sobre o instituto da adoção, contribuindo para a mudança de cultura e melhora da qualidade de vida.

¹⁰¹ FREIRE, Fernando (Org.). **Abandono e adoção**: contribuições para uma cultura da adoção. Curitiba: Terra dos Homens, 2001. p. 89.

¹⁰² PEREIRA, Tânia Maria. **Infância e adolescência**: uma visão histórica de sua proteção e jurídica no Brasil. [S.l.], 4 mar. 2011.

¹⁰³ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Nascer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 14, p. 15, jul./dez. 2000.

Guilherme Oliveira já afirmara que, “infelizmente, as boas leis não chegam para garantir boas estatísticas e muito menos para garantir felicidade”¹⁰⁴. O alerta vem confirmado, no Brasil, com a chegada do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem permitido, na última década, o levantamento de dados, em sua maioria, infelizmente, desfavoráveis à criança e ao adolescente.

É possível que, após a vigência da nova lei, tenha-se conseguido conhecer um pouco mais da realidade que nos circunda, permitindo uma tomada de consciência, por parte de toda a sociedade, das diferentes formas de violência que, historicamente, pratica-se contra todas as crianças. Mesmo sabendo do poder limitado da lei, temos como inegável que o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos dias de hoje, é um instrumento de transformação social e de garantia do princípio da dignidade do ser humano, o qual é um dos fundamentos do Estado Democrático.

Na vigência do Código de Menores, as disposições legais que regiam a adoção de criança eram outras. Tinham o ranço da Doutrina da Situação Irregular. Protegiam mais os interesses dos adultos, em detrimento do direito dos menores. Buscava-se crianças para atender às exigências dos adultos. A extinção e proibição de qualquer discriminação sobre a filiação, consagrada no artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, assim como os novos princípios trazidos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, provocaram mudanças profundas no instituto da adoção, pois vieram em boa hora.

Hoje, o quadro legal é diverso. As regras estão a serviço da proteção da criança. As autoridades têm a responsabilidade de buscar sempre o melhor interesse da criança e os reflexos da norma atingem a todos, inclusive o poder público, como se percebe a partir da observação da regra trazida no artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece:

A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.
Parágrafo único. Não existindo outro motivo, que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de proteção, apoio e promoção.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Guilherme. **Temas de direito de família**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.p. 275.

A disposição legal do artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é de suma importância, uma vez que já se relatou “que os pais, representantes maiores do meio ambiente no início da vida, submetidos à violência crônica, à pobreza e à falta de emprego, sentem-se frustrados e desesperançados, podendo tornar-se incapazes de cuidar bem de seus filhos”¹⁰⁵, (*sic*) observando-se que os pais adotivos, quer venham do exterior ou não, são, em geral, “menos miseráveis do que os genitores da criança”¹⁰⁶.

A colocação de uma criança em família substituta não pode preceder de trabalhar com os vínculos afetivos, num primeiro momento com a família natural, porquanto “o desenvolvimento pleno de um bebê só poderá ocorrer se contar com o amor de seus pais, que vai-se expressar como uma íntima relação que os estudiosos chamam de apego”¹⁰⁷. Esgotadas todas as possibilidades de manter a criança junto aos pais biológicos, há que se trabalhar as relações de confiança e de afeto da criança com os novos pais, guardiães ou tutores, recomendando-se a intervenção interdisciplinar, uma vez que a decisão judicial não tem, por si só, o condão de minimizar os conflitos afetivos de todos os envolvidos.

A fragilidade dos vínculos afetivos, entre os pais e os filhos, passa a ser fator por vezes desencadeante e facilitador do abandono e da negligência. O enfrentamento do problema, por certo, não está unicamente na alçada do Poder Judiciário. O desafio é muito maior, passando inclusive pelo adequado planejamento e execução das políticas públicas, que privilegiem o fortalecimento dos vínculos entre a mãe e o bebê, mesmo antes do nascimento, pois “é condição vital que o bebê tenha um pai e uma mãe ou outra pessoa que os substitua, caso contrário, não sobreviverá”¹⁰⁸.

Em estudo realizado no município de Porto Alegre e em 14 cidades da região metropolitana, envolvendo os registros de violência contra crianças e adolescentes até 14 anos de idade, registrados junto aos Hospitais, Conselhos Tutelares, Delegacias de Polícia e Ministério Público, no período compreendido entre os meses de maio de 1997 a maio de 1998, apontou que, em 80% dos casos, a violência ocorreu na própria residência da vítima, sendo que, em todos os tipos de

¹⁰⁵ ZAVASCHI, Maria Lucrecia; COSTA, Flávia; BRUNSTEIN, Carla. O bebê e os pais. In: EIZIRIK, Cláudio Laks; KAPCZINSKI, Flávio; BASSOLS, Ana Margareth Siqueira. **O ciclo da vida humana: uma perspectiva psicodinâmica**. Porto Alegre: Artmed, 2001. p. 45.

¹⁰⁶ FONSECA, Cláudia. **Caminhos da adoção**. São Paulo: Cortez, 1995. p. 140.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 43.

¹⁰⁸ ZAVASCHI; COSTA; BRUNSTEIN, op. cit., p. 41-42.

abuso constatados (sejam eles físicos, psicológicos, sexuais e negligência), os pais biológicos superaram, quanto à autoria, os adotivos (74,5% para 25,5%)¹⁰⁹.

Se, de um lado, é essencial garantir a regularidade e a segurança dos procedimentos jurídicos envolvendo a criança e o adolescente, de outro, parece indiscutível que a morosidade é fator que desprestigia a atuação de todas as instituições envolvidas no processo de adoção, comprometendo a sua eficácia e efetividade. Conciliar celeridade e competência no exame de casos que envolvam, especialmente, destituição do poder familiar e colocação em família substituta, seja ela homoafetiva ou heteroafetiva, é um desafio que é imposto à toda a sociedade.

Como se constata, a Doutrina da Proteção Integral vem, paulatinamente, operando significativas transformações na forma de pensar e agir do operador do direito, do profissional que se dedica à criança e da sociedade como um todo.

3.1.3 O Código Civil Brasileiro Frente à Adoção

O Código Civil (arts. 1.618 – 1.629), em linhas gerais, não inova em matéria de adoção de criança, reafirmando as disposições contidas na Lei n. 8.069/90. Acrescenta, às duas hipóteses em que o consentimento dos pais é dispensado com relação à adoção do filho, elencadas no artigo 45 do ECA (pais desconhecidos e/ou destituídos do pátrio poder), os casos de infante exposto; de pais desaparecidos; de pais destituídos do poder familiar, sem nomeação de tutor, além das hipóteses de órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano (artigos 1621 e 1624 do CCB). Embora a imprecisão das novas disposições, especialmente no que se refere à definição jurídica, a Doutrina da Proteção Integral, como não poderia deixar de ser, permanece assegurada, cabendo garantir, em qualquer hipótese, o melhor interesse da criança (*best interest of the child*).

Inovou, ainda, o Código Civil, ao afirmar que o consentimento dos pais para com a adoção, previsto no “*caput*” do artigo 1621¹¹⁰ do CC, é revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção. O dispositivo gerou insegurança aos pretendentes à adoção, bem como à criança, em razão da possibilidade conferida aos pais biológicos de voltarem atrás em sua decisão, em momento em que o

¹⁰⁹ KRISTENSEN, Christian Haag; OLIVEIRA, Margrid Sauer; FLORES, Renato Zamora. Violência contra crianças e adolescentes na grande Porto Alegre. In: _____ et al. **Violência doméstica**. [S.I.]: AMENCAR, 1999. p. 115.

¹¹⁰ Este dispositivo foi revogado com o advento da Lei 12.010/2009.

adotando já se encontrava, muitas vezes, na guarda dos requerentes à adoção. Cabe ressaltar que o texto não exime o Julgador de apurar, no caso concreto, a situação mais favorável à criança, deixando em segundo plano o interesse dos adultos envolvidos.

O instituto da adoção, no decorrer da História, sofreu muitas modificações. A partir de 1988, com a inserção da Doutrina da Proteção Integral no sistema jurídico brasileiro, as disposições legais passam a valorizar o melhor interesse da criança, em atenção à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Em 1990, com o advento da Lei n. 8.069, de 13 de julho, a adoção de uma criança ou adolescente, ao lado da guarda tutela, passa a ser uma medida que visa proteger o menor de idade (artigo 101, inciso VIII, do ECA), exigindo sempre a intervenção do Poder Judiciário.

A criança apta a ser submetida ao processo de adoção, não raras as vezes, tem uma trajetória de vida difícil, marcada por inúmeras omissões, violências, decorrentes de um lar absolutamente instável, passadas de geração em geração, transcendendo o espaço familiar para abarcar também as políticas públicas e todo o funcionamento do sistema que se vê muito atrapalhado para lidar com o abandono, a negligência e a violência familiar, que acabam por comprometer o direito à convivência familiar.

Urge que o avanço constitucional, representado pelo artigo 227 da Carta de 1988, seja cumprido pelos integrantes do sistema, a fim de assegurar, às crianças e aos adolescentes brasileiros, o princípio da dignidade humana como quer a nação brasileira e que vem albergado na Constituição Federal como princípio fundamental.

3.2 O Direito à Adoção pelo Casal Homossexual à Luz da Igualdade e da Dignidade do Ser Humano

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela Lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico¹¹¹. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o

¹¹¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito constitucional interpretado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 154-172.

tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigalam, a teor do que trata Aristóteles ao defender a justiça distributiva¹¹², é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal¹¹³.

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda a situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

O princípio da igualdade operado pela Constituição Federal de 1988 traz dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento não específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

¹¹² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito público**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado¹¹⁴.

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade – limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular¹¹⁵. O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar e aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Nesse sentido a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (uniformização na interpretação da Constituição Federal) e o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (uniformização na interpretação da legislação federal). Além disso, sempre em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os Tribunais.

Finalmente o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor. Sobre o princípio da igualdade, indispensável recordar a lição de San Tiago Dantas¹¹⁶:

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens,

¹¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, p. 79, 1993.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 58/DF. Partes: Ailton de Oliveira e outros, Presidente da República. Relator: p/ Acórdão Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, Seção I, p. 4.580, 19 abr, 1991.

¹¹⁶ DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 116, p. 357-367, 1948.

quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até essa alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário.

É esta a direção interpretativa do princípio da igualdade na doutrina¹¹⁷ e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3.2.1 Evolução Histórica do Princípio da Igualdade

Antes de se adentrar ao estudo do princípio da igualdade, o qual é de destacar ser um dos mais importantes princípios albergados na Constituição Federal de 1988 ao lado da liberdade e da dignidade humana, faz-se necessária uma breve abordagem histórica deste princípio com o intuito de demonstrar a evolução do seu sentido diante das transformações ocorridas na sociedade ao longo dos séculos.

O princípio da igualdade pertence ao rol dos direitos humanos fundamentais, e, portanto, evoluiu em conjunto com eles. De acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva, os direitos humanos têm por inspiração filosófica: a) o pensamento cristão primitivo como fonte remota (o homem é uma criatura formada à imagem de Deus e por isso possui dignidade inerente à sua condição de ser humano); b) a doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII, que se baseava na natureza racional do homem e defendia a existência de direitos inerentes à pessoa humana, bem como afirmava que o poder político emanava do homem e não da divindade, em contraposição ao regime absolutista; e c) o pensamento iluminista, que exaltava as liberdades e os valores individuais.

Com o desenvolvimento industrial, outros direitos passaram a pertencer ao rol dos direitos humanos. Esses direitos tinham como fonte de inspiração: a) o manifesto comunista e as doutrinas marxistas, que defendiam a liberdade e a igualdade não mais no sentido formal, mas no sentido material dentro do contexto do regime socialista; b) a doutrina social da Igreja, a partir do Papa Leão XIII, que

¹¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 140.

buscava uma ordem mais justa ainda no sistema capitalista, evoluindo, posteriormente para uma Igreja dos pobres, passando a defender os postulados marxistas; e c) o intervencionismo estatal, que exigia a prestação positiva do Estado, atuando no meio econômico e social, com o intuito de proteger as classes menos favorecidas¹¹⁸.

No período axial, que abrange os séculos VIII a II a.C., afirmou-se a fé monoteísta, nasceu a filosofia, substituindo o saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão, bem como surgiu em Atenas a democracia. Ao mesmo tempo em que era eliminado todo o poder político superior ao do povo, questionavam-se os mitos religiosos tradicionais. O homem passa a ser o principal objeto de análise e reflexão. O cristianismo promove a compreensão mútua entre os povos, com fundamento na exigência do amor universal.

Nesse período, foram enunciados grandes princípios que são aplicados até os dias atuais. O homem passa a ser considerado em sua igualdade essencial como ser dotado de liberdade e razão, confirmando-se a existência de direitos universais inerentes ao ser humano. Ressalte-se que o entendimento de que todos os homens têm direito a ser igualmente respeitados, em razão da igualdade essencial entre todos os seres humanos, nasceu juntamente com a lei escrita, considerada regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada. Os judeus defendiam o caráter sagrado da lei escrita, que era adotada como manifestação da própria divindade. Para os atenienses, a lei escrita representava o grande antídoto contra o arbítrio governamental.

Conforme a tradição cristã, Jesus Cristo concretiza a ideia de igualdade universal dos filhos de Deus ao afirmar que as pessoas foram criadas à imagem e semelhança do Criador. Este é considerado o marco histórico inicial do princípio da igualdade. No entanto, essa igualdade só valia efetivamente no plano sobrenatural, já que o cristianismo admitiu ainda por muitos séculos a escravidão, a desigualdade entre homens e mulheres e entre os povos.

Coube à filosofia grega aprofundar a ideia de natureza comum a todos os homens. Boécio, no século VI, definiu a pessoa não como uma exterioridade, mas pela própria substância do homem. Foi a partir desse conceito que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade de todo o ser humano, apesar das diferenças

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 32-33.

externas de ordem biológica ou cultural. Essa igualdade de essência das pessoas forma o núcleo do conceito universal dos direitos humanos.

Importante destacar que Aristóteles (384 a.C. a 322 a.C.) já defendia a igualdade de forma proporcional, partindo do pressuposto de que se as pessoas não são iguais não devem receber coisas iguais. Para o filósofo, a ideia de igualdade estava relacionada com a ideia de justiça ao conceder algo a cada um de acordo com seus méritos e de exigir de cada um aquilo que sua capacidade e possibilidade permitirem:

A justiça é uma espécie de meio-termo, porém não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária, enquanto a injustiça se relaciona com os extremos. E justiça é aquilo em virtude do qual se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que distribui, seja entre si mesmo e um outro, seja entre dois outros, não de maneira a dar mais do que convém a si mesmo e menos ao próximo (e inversamente no relativo ao que não convém), mas de maneira a dar o que é igual de acordo com a proporção; e da mesma forma quando se trata de distribuir entre duas outras pessoa¹¹⁹.

Constata-se, portanto, que Aristóteles deu início à formação do conceito de igualdade material, que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da desigualdade.

Apesar dos diversos documentos que foram elaborados reconhecendo a igualdade entre os homens, é possível afirmar que a real evolução do princípio da igualdade ocorreu a partir do constitucionalismo moderno, adotado no final do século XVIII pela maioria dos Estados, que firmaram declarações de direitos fundamentais do homem, limitando o poder estatal, inspirados na crença da existência de direitos naturais e imprescritíveis inerentes aos seres humanos.

A primeira declaração de direitos desse período é a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 12 de junho de 1776, que em seu parágrafo 1º reconhece a igualdade entre todos os seres humanos:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a

¹¹⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Saraiva, 2009.

propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.

Posteriormente, em 04 de julho de 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de autoria de Thomas Jefferson, documento que teve maior repercussão e que representou o ato inaugural da democracia moderna, pois combinava a legitimidade da soberania popular com o respeito aos direitos humanos, defendia a igualdade entre os homens no seguinte trecho:

Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados.

Essa ideia foi reforçada posteriormente na Revolução Francesa, como se verifica do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estabeleceu que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos¹²⁰". Cabe grifar o caráter universal das ideias revolucionárias francesas, que em pouco tempo foram difundidas para outros continentes. Além disso, a igualdade representou o ponto central do movimento revolucionário. Com fundamento neste ideal foram extintas as servidões feudais, proclamou-se a emancipação dos judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos e ainda proibiu-se o tráfico de escravos nas colônias.

No entanto, essa garantia da igualdade de todos perante a lei revelou-se inútil para os trabalhadores das empresas capitalistas, que não recebiam tratamento digno, bem como estavam cada vez mais pobres, o que fez com que eles se organizassem para que fossem garantidos seus direitos. Os direitos trabalhistas e sociais vieram a ser reconhecidos como direitos fundamentais inicialmente na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. Além disso, em 1919 foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a partir daí a proteção do trabalhador assalariado passou a ser objeto de regulação convencional entre diferentes Estados.

¹²⁰ DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. França, 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 25 set. 2015.

Neste momento histórico, ocorre uma nova evolução na organização do Estado, na qual os direitos políticos, econômicos e sociais passam também a ter eficácia positiva no sentido de obrigar o Estado a intervir na atividade privada para proteger determinado grupo de indivíduos, considerados vulneráveis. O papel do Estado, que anteriormente era de mero expectador da sociedade, se transforma para que o Estado se torne protagonista com o objetivo de realizar a justiça social.

Portanto, a partir daí, o princípio da igualdade passa a ser aplicado sob sua ótica material, cabendo aos legisladores a função de editar normas que possibilitassem a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais, promovendo a intervenção do Estado em prol da equiparação dos indivíduos perante as diferentes condições de vida.

3.2.2 Igualdade Formal X Igualdade Material

Sabe-se que, apesar de serem iguais em dignidade, os homens são desiguais no que se refere a questões biológicas, sociais, culturais, etc., o que implica na necessidade, por vezes, da efetivação do princípio da igualdade não só no sentido formal, mas também sob o ângulo material, como se demonstrará a seguir. A igualdade formal é a igualdade perante a lei. Diante da lei, todos somos iguais sem distinção¹²¹. Dessa forma, impõe-se o tratamento uniforme de todas as pessoas perante a lei.

A igualdade formal prevaleceu no Estado Liberal, que possuía as seguintes características: a) garantia dos direitos individuais (direitos políticos e liberdades individuais); b) ausência de previsão de direitos sociais nos textos constitucionais; c) não intervenção do Estado no domínio econômico; d) positivação do princípio da legalidade, da separação de poderes e da liberdade contratual.

No Estado Liberal, portanto, vigiam os direitos humanos de primeira geração, também chamados de direitos de liberdade, que impõem uma prestação negativa ao Estado, que se restringe a proteger a esfera de autonomia do indivíduo.

Contudo, o Estado Liberal, de cunho individualista, acaba por provocar forte acumulação de capitais e concentração de riquezas. Essa situação tem por consequência a supressão da livre iniciativa e da livre concorrência e o aumento das desigualdades entre os cidadãos. Constatou-se, nesta época, que o liberalismo

¹²¹ Artigo 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988.

gerava a opressão das classes menos favorecidas, por isso deveria ser substituído pelo intervencionismo estatal.

Após o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, que devastou o continente europeu, deixando vários países na pobreza, e com a quebra da Bolsa de Nova York em 1929 se propiciou o surgimento de um novo ciclo social-democrático, na medida em que a neutralidade estatal mostrava-se fomentadora de profundas desigualdades e impotente para a resolução de problemas de ordem social e econômica. Surge, assim, o Estado Assistencialista ou Estado Social, que tem como característica o dirigismo econômico, ou seja, o Estado passa a ter um papel ativo, intervindo na atividade particular e conduzindo os negócios da economia.

Importante registrar que no Estado Social o princípio da igualdade ganha novo contorno incorporando a igualdade material, que legitima o tratamento diferenciado dos grupos socialmente vulneráveis, direcionado neste momento para os trabalhadores e para os mais pobres.

Nesse período, destaca-se a Constituição Mexicana de 1917, que foi a primeira carta política que sistematizou o conjunto de direitos sociais do homem (trabalhistas e previdenciários), estabelecendo, ainda, critérios de participação estatal na ordem econômica e social, e a Constituição de Weimar de 1919, que serviram de base para a nossa Constituição de 1934. Esses documentos passam a garantir também os direitos humanos de segunda geração, ou seja, os direitos sociais.

A segunda geração de direitos humanos representa a modificação do papel do Estado, exigindo-lhe um vigoroso papel ativo, além do mero fiscal das regras jurídicas. Esse papel ativo, embora necessário para proteger os direitos de primeira geração era visto anteriormente com desconfiança, por ser considerada uma ameaça aos direitos do indivíduo. Contudo, sob a influência das doutrinas socialistas, constatou-se que a inserção formal de liberdade e igualdade em declarações de direitos não garantiam a sua efetiva concretização, o que gerou movimentos sociais de reivindicação de um papel ativo do Estado para realizar aquilo que Celso Lafer denominou 'direito de participar do bem-estar social'.

Cabe salientar que, tais quais os direitos da primeira geração (ou dimensão), os direitos sociais são também titularizados pelo indivíduo contra o Estado. Nesse momento são reconhecidos os chamados direitos sociais, como o direito à saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros, que demandam prestações

positivas do Estado para seu atendimento e são denominados direitos de igualdade por garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a concretização das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de direitos.

No nosso ordenamento jurídico, desde a Constituição do Império de 1824, o princípio da igualdade sempre foi previsto como a "igualdade perante a lei", reforçando o sentido da igualdade formal. No entanto, José Afonso da Silva¹²² defende que a interpretação do princípio da igualdade deve sempre ser feita de maneira ampla, para que seja atendida também a igualdade material:

Mas, como já vimos, o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica em que os 'iguais' podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como 'essenciais' ou 'relevantes', certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos 'essenciais' previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas 'situações idênticas', ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos.

Rizzatto Nunes¹²³ corrobora o entendimento de que o respeito ao princípio da igualdade deve atender tanto à igualdade formal como à igualdade material:

É preciso que coloquemos, então, o que todos sabem: o respeito ao princípio da igualdade impõe dois comandos. O primeiro, de que a lei não pode fazer distinções entre as pessoas que ela considera iguais – deve tratar todos do mesmo modo; o segundo, o de que a lei pode ou melhor, deve – fazer distinções para buscar igualar a desigualdade real existente no meio social, o que ela faz, por exemplo, isentando certas pessoas de pagar tributos; protegendo os idosos e os menores de idade; criando regras de proteção ao consumidor por ser ele vulnerável diante do fornecedor etc. É nada

¹²² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹²³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

mais que a antiga fórmula: tratar os iguais com igualdade e os desiguais desigualmente.

Claudia Lima Marques¹²⁴ defende que tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais é mais que o princípio da igualdade, é equidade, ou seja, uma solução justa para o caso concreto. Para a citada autora, deve haver uma visão diferenciada da igualdade na sociedade atual para que seja possível a efetivação dos direitos humanos:

Sendo assim, constata-se que tanto a modernidade, quanto a pós-modernidade são baseadas no discurso dos direitos, a primeira no discurso dos direitos adquiridos, na segurança e ordem (institucional), e a segunda nos direitos qualificados por sua origem, no discurso dos direitos humanos e fundamentais, como resultados de um objetivo de política legislativa de agora tratar desigualmente aqueles sujeitos da sociedade considerados vulneráveis ou mais fracos (crianças, idosos, deficientes, trabalhadores, consumidores, por exemplo). Como ensina o grande Michel Villey, não há nada mais diferenciador, mais individual, mais básico, distintivo e equitativo do que o reconhecimento dos direitos do homem, dos direitos fundamentais: de uma maneira geral é o direito de cada um à sua diferença! [...]. Constata-se também que o direito à igualdade é um dos primados do direito moderno, mas não em sua maioria direitos 'negativos' de igualdade ('Abwehrrechte'-direitos de defesa, direitos a uma conduta negativa – 'Rechte auf negative Handlungen'). Pós-moderno é o direito a ser (e continuar) diferente, como afirma Erik Jayme, o 'droit à la difference', é o direito à igualdade material (e tópico) reconstruída por ações positivas ('Rechte auf positive Handlungen') do Estado em prol do indivíduo identificado com determinado grupo."

Não é demasiado recordar que o princípio da igualdade deve operar tanto no sentido de se tornar uma vedação ao legislador na edição de leis que possam criar privilégios entre pessoas que se encontram em situação idêntica como deve ser considerado uma regra de interpretação para o operador do direito, que deverá aplicar a lei e os atos normativos de forma igualitária, ou seja, sem distinções, se estiver diante de pessoas em situações iguais. Além disso, esse princípio exerce uma função limitadora perante os particulares, que não poderão praticar condutas discriminatórias, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação vigente.

¹²⁴ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: artigos 1 ao 74: aspectos materiais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

É importante ressaltar que o que este princípio veda, na verdade, são as discriminações arbitrárias, os favoritismos e as perseguições, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, atende ao conceito de justiça. Somente será lesado o princípio da igualdade se o elemento discriminador não estiver de acordo com os interesses protegidos pela Constituição Federal.

De acordo com André Ramos Tavares¹²⁵

É preciso, portanto, encontrar um critério capaz de legitimamente apartar essas duas categorias genéricas e abstratas de pessoas. É necessário saber quais são os elementos ou as situações de igualdade ou desigualdade que autorizam, ou não, o tratamento igual ou desigual. Ou, o que dá no mesmo, é preciso concretizar esse princípio (que como qualquer outro é abstrato). A partir de critérios objetivos precisos, sob pena de torná-lo um escudo de impunidade para a prática de arbitrariedades.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹²⁶ aborda em sua obra "O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade" a preocupação em definir critérios autorizadores do tratamento jurídico diverso dispensado pela lei a certas situações ou pessoas, que não acarretem a violação ao princípio da igualdade.

Segundo este doutrinador, três fatores devem ser verificados simultaneamente para se afirmar que um *discrímen* legal é compatível com o princípio da isonomia: a) o elemento tomado como fator de desigualação; b) a correlação lógica abstrata existente entre o fator diferencial escolhido e a desigualdade de tratamento dispensada pela lei; c) a consonância desta correlação lógica com os valores prestigiados no sistema constitucional.

Conclui o autor seu estudo afirmando que

[...] não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se argüir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário.¹²⁷

¹²⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 125.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 125.

Cabe mencionar, ainda, no tocante à igualdade material, a existência de medidas de discriminação positiva denominadas também de ações afirmativas, que visam corrigir as desvantagens que sofrem os grupos socialmente vulneráveis através da instituição de políticas compensatórias que estimulam a igualdade de tratamento e de oportunidades, corrigindo injustiças do passado.

A Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, que foi ratificada pelo Brasil e, por isso, se insere no âmbito interno por força do parágrafo 2º, do art. 5º da CF/88, traz a definição das ações afirmativas no item 4 de seu art. 1º ao dispor que

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.¹²⁸

Cabe destacar que a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher também dispõe a respeito da definição das ações afirmativas que, neste caso, visam acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher. De acordo com o ensinamento de Kildare Gonçalves Carvalho¹²⁹,

As ações afirmativas envolvem um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas públicas que têm por escopo favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição na sociedade em razão, na maioria das vezes, da prática de discriminações negativas, presentes ou passadas. São medidas que objetivam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que sejam eles neutralizados, concretizando-se mediante providências efetivas em favor daquelas categorias que se encontram em situação desvantajosa. E para a aplicação de tais medidas, as ações afirmativas se acham normalmente associadas à fixação de quotas, ou seja, estabelecimento de um número preciso de lugares ou reserva de algum espaço em favor dos membros do grupo beneficiado. Fala-se,

¹²⁸ BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 27 out. 2015.

¹²⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

por isso mesmo, entre outras, em quotas de ação afirmativa para a população negra no acesso a cargos e empregos públicos, educação superior, reserva de vagas nas universidades públicas para alunos egressos da rede pública de ensino.

Como já demonstrado alhures, a igualdade formal, entendida como a igualdade perante a lei, tem sido insuficiente para que se efetive a igualdade material, sendo necessário o resgate do princípio aristotélico de justiça distributiva, que determina o tratamento igual dos iguais e o tratamento desigual dos desiguais na medida da desigualdade. Essa preocupação veio traduzida na Constituição Federal de 1988.

Já no preâmbulo da Constituição Federal, a igualdade e a justiça aparecem como valores supremos da sociedade. Cabe lembrar que apesar de o preâmbulo da Constituição não possuir caráter normativo, poderá ser utilizado como fonte de interpretação das normas constitucionais, já que nele estão traçadas as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição.

Além disso, não se pode deixar de mencionar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), que deverá orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico. Portanto, o princípio da igualdade deve ser observado com a finalidade de sempre concretizar a dignidade do ser humano. Para que isso ocorra, alguns segmentos da sociedade necessitam de tratamento legislativo diferenciado, possibilitando aos seus membros o gozo de uma vida com dignidade ou o tratamento com dignidade diante de certas situações em razão de sua vulnerabilidade.

Destaque-se, também, que a ideia de igualdade consta entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º da Constituição Federal ("I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III – [...] reduzir as desigualdades sociais e regionais e; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"). Essas normas programáticas têm como meta o alcance da igualdade material e vinculam o legislador, que deverá editar normas que possibilitem a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais.

Ao tecer seus comentários a respeito dos objetivos fundamentais da República, Alexandre de Moraes¹³⁰ faz a seguinte observação:

¹³⁰ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 232.

Os poderes públicos devem buscar os meios e instrumentos para promover condições de igualdade real e efetiva e não somente contentar-se com a igualdade formal, em respeito a um dos objetivos fundamentais da República: construção de uma sociedade justa. Para adoção desse preceito deve existir uma política legislativa e administrativa que não pode contentar-se com a pura igualdade legal, adotando normas especiais tendentes a corrigir os efeitos díspares ocasionados pelo tratamento igual dos desiguais.

A Constituição Federal abre o título dos direitos e garantias fundamentais afirmando no *caput* do art. 5º que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". A igualdade de todos prevista neste artigo deve se compatibilizar com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os objetivos definidos no art. 3º. Portanto, não basta ao Estado se abster de discriminar, mas deve também atuar positivamente no sentido da redução das desigualdades e da busca incessante pela inclusão social.

Ainda no artigo 5º, verifica-se que o inciso XXXII dispõe a respeito da defesa do consumidor, que deve ser tratado legislativamente de forma diferenciada dentro da relação de consumo, em razão de sua vulnerabilidade diante das práticas abusivas do mercado, promovendo assim a igualdade material entre o consumidor e o fornecedor.

Os incisos LXXIV e LXXVI do art. 5º determinam a prestação pelo Estado de assistência jurídica integral, bem como a obtenção do registro de nascimento e da certidão de óbito gratuitamente àqueles que comprovarem a insuficiência de recursos. Tais dispositivos pretendem efetivar a igualdade material, pois permitem aos hipossuficientes o pleno acesso à Justiça, bem como a igualdade de tratamento e de oportunidades, atendendo, assim, ao princípio da dignidade de cada ser humano.

A igualdade material também está prevista nos direitos sociais (art. 7º, CF/88), como mencionado anteriormente, ao tratar das ações afirmativas. Ademais, corroborando a necessidade de concretização de um novo modelo estatal, que atua positivamente para que haja igualdade de oportunidades para os grupos menos favorecidos (negros, mulheres, homossexuais, etc.), a Lei Maior, ao dispor sobre a organização do Estado, deixa expresso no inciso X, do art. 23, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "combater as

causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos".¹³¹

Importante registrar a preocupação da ordem econômica (art. 170 CF/88) em assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, incluindo entre os seus princípios a redução das desigualdades regionais e sociais. Além disso, o inciso IX deste artigo dispõe a respeito do "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País".¹³²

A busca da igualdade material está positivada ainda no art. 193 da Constituição Federal, que fixa como objetivos da ordem social o bem-estar e a justiça sociais; no art. 196, que impõe o dever do Estado de garantir o acesso universal e igualitário às ações de saúde; no inciso I, do art. 206, que inclui entre os princípios da educação a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; no art. 227, que determina o tratamento prioritário e diferenciado da criança e do adolescente; no inciso II, do parágrafo 1º, do art. 227, que impõe a implementação de programas de atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência; no art. 244, que fixa que a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, edifícios públicos e veículos de transporte coletivo, permitindo a acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência, entre outros dispositivos.

Por fim, cabe citar o princípio da capacidade contributiva, expresso no parágrafo 1º do art. 145 da Constituição Federal, que pretende efetivar a justiça distributiva fiscal ao dispor que os impostos serão graduados na medida da capacidade econômica dos contribuintes, permitindo o tratamento tributário diferenciado de grupos de contribuintes, de acordo com a situação econômica de cada grupo.

Verifica-se, diante disso, que o princípio da igualdade sob a ótica material foi positivado em diversos dispositivos da Constituição Federal, que se tornaram fundamento de validade das normas infraconstitucionais, estabelecendo

¹³¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

¹³² Ibid.

discriminações positivas para certos grupos de pessoas, como, por exemplo, o art. 6º, inciso VII do CDC, entre outras.

Pode-se falar, ainda, que, sob o ângulo material, o princípio da igualdade admite a discriminação desde que o *discrímen* seja empregado com a finalidade de promover a efetiva igualdade de oportunidades e de tratamento em face das diferenças biológicas, sociais e culturais. Para que não haja violação ao princípio da igualdade, o tratamento legislativo diferenciado para certos grupos de pessoas ou para situações específicas deve estar de acordo com os interesses protegidos pela Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu implícita e expressamente os casos em que o princípio da igualdade deve ser aplicado em sua ótica material, visando à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e dos objetivos traçados em seu art. 3º. Com isso, a Lei Maior trouxe o fundamento de validade das legislações infraconstitucionais que criam direitos diferenciados para segmentos da sociedade considerados vulneráveis.

Portanto, é possível afirmar que a Constituição de 1988 consolidou o novo conteúdo semântico do princípio da igualdade juntamente com a nova concepção do papel do Estado Brasileiro, que assume a postura ativa, implementando políticas e programas que promovem a igualização na fruição de direitos, concretizando a ideia de Estado Democrático de Direito.

Tão, ou até mais importante do que a igualdade, a dignidade do ser humano é um dos mais importantes princípios trazidos na Constituição Federal de 1988. A Carta Magna surge num contexto de busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas.

Elege a instituição do Estado Democrático, o qual se destina “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, assim como o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social, bem como, seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade humana (art. 1º, inc. III) – como valor supremo –, definindo-o como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Significa dizer que, no âmbito da ponderação de bens ou valores, o princípio da dignidade do ser humano justifica, ou até mesmo exige, a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que representados em normas que

contenham direitos fundamentais, de modo a servir como verdadeiro e seguro critério para solução de conflitos.

A dignidade humana como direito fundamental evoca uma perquirição preliminar: quem são os titulares dos direitos fundamentais? A resposta deve ser refletida à luz de diferentes documentos jurídicos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, traz em seu artigo 1º o seguinte: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, conclui-se que, segundo esse documento, os titulares dos direitos fundamentais são “todas as pessoas”.

Se comparado o texto ao da Constituição Federal de 1988 que optou por “todos são iguais perante a lei”, verifica-se que a diferença se encontra na expressão “todos”. No texto da ONU o significado está entendido como: “[...] significa cada um e todos os humanos do planeta, os quais haverão que ser considerados em sua condição de seres que já nascem dotados de liberdade e igualdade em dignidade e direitos”¹³³. Mas, como conceituar a dignidade humana? O conceito de dignidade humana não é algo contemporâneo. É tema corriqueiro em debates e pesquisas de largo período.

Segundo a visão dos cristãos, havia outra denominação para auferir a ideia de algo tão subjetivo. Sarlet aponta o conceito de dignidade oriundo da Bíblia, que traz em seu corpo a crença em um valor intrínseco ao ser humano, não podendo ser ele transformado em mero objeto ou instrumento. De forma que, a chave-mestra do homem é o seu caráter, “imagem e semelhança de Deus”; tal idéia, trazida na Bíblia, explicaria a origem da dignidade e sua inviolabilidade.

Já em um sentido filosófico e político na Antiguidade, a dignidade humana estava atrelada à posição social que ocupava o indivíduo, inclusive considerado o seu grau de reconhecimento por parte da comunidade onde estava integrado. Portanto, na Antiguidade, os primeiros passos de defesa da dignidade e dos direitos do ser humano encontram-se expressos no Código de Hamurabi, da Babilônia e da Assíria e no Código de Manu, na Índia.

Assim, entende-se que nesse momento histórico era possível a classificação do indivíduo como sendo mais ou menos digno perante os outros, de acordo com

¹³³ SAVOLAINEN, Kaisa et al. **Todos os seres humanos... manual da educação para os direitos do homem**. Lisboa, Comissão Nacional da UNESCO, 1998. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/mundo/livro_onu/capitulo3.htm>. Acesso em: 1 mar. 2016.

seu *status* social. Em contraponto, o pensamento estóico, classificava a dignidade humana como uma qualidade diferenciadora do ser humano com as demais criaturas da terra; esse conceito nos remete à ideia de liberdade do indivíduo, considerando-o como um ser capaz de construir sua própria existência e destino.

Logo, conclui-se que o conceito de pessoa no sentido subjetivo, com direitos subjetivos ou fundamentais, inclusive dignidade, surge com o cristianismo e vem aperfeiçoada pelos escolásticos. Na filosofia grega, segundo ensinamentos de Fernando Ferreira dos Santos, o homem era considerado um animal político ou social. Imperava nesse pensamento uma “confusão” na relação entre indivíduo, Estado e a natureza, uma mistura de cidadania e do ser.

Com o intuito de se esclarecer o que realmente vem a ser dignidade Rizzatto Nunes¹³⁴ aponta que: “dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica”.

Assim, nesse contexto verifica-se um dos papéis do Direito, como instrumento pelo qual se controla a “bestialidade” dos atos humanos, ou seja, controlam-se os impulsos que venham a ser prejudiciais à sociedade como um todo. A dignidade apresenta-se, pois, como uma conquista da razão ético-jurídica. Seu conceito, porém, não é pacífico.

Ingo Wolfgang Sarlet¹³⁵ assevera que a dependência do elemento distintivo da razão fundamenta-se justamente na proteção daqueles que, por motivo de doença física ou deficiência mental, surgem como especialmente carecedores de proteção. E finalmente: “se atribui como objeto da dignidade aquilo que precede qualquer reconhecimento, subtrai-se dela, na procura da ‘vida humana pura’, a dimensão social, para adquirir-se, por meio disso, a indisponibilidade da dignidade.”

Há também conceitos que traduzem a dignidade da pessoa humana como sendo o “direito a naturalidade” ou ainda “direito a contingência”, o que traz um enorme desconforto, se formos guiados apenas pela razão e autofinalidade.

Nesse contexto Chaves Camargo¹³⁶ afirmando que a

¹³⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 56-57.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 236.

¹³⁶ KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 13, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>. Acesso em: 27 out. 2015.

[...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.

Porém, até a dignidade pode ser limitada, ou seja, a dignidade de uma pessoa só será ilimitada enquanto não afetar a dignidade de outrem. E, diferentemente do que se pensa, não é possível a uma pessoa violar a própria dignidade, pois se trata de uma razão jurídica adquirida com o decorrer da história, cabendo então ao Estado a função de zelar a saúde física e psíquica dos indivíduos.

Rizzatto Nunes considera, ainda, a dignidade da pessoa humana como sendo um supraprincípio constitucional, entendendo que se encontra acima dos demais princípios constitucionais. Como princípio fundador do Estado Brasileiro (CF art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana interessa não só pelo seu caráter principiológico, mas também, no presente estudo, pelo seu relacionamento com os direitos sociais.

3.2.3 Dignidade Humana sob o Prisma Kantiano

É comum ler em jornais, revistas e artigos a importância de se preservar a dignidade da “pessoa” humana. Porém, o que vem a ser a “pessoa”? Esta é uma questão que há centenas de anos muitos procuraram responder. Porém, até hoje, não há conceito unívoco e que se possa afirmar como correto, mesmo ante a larga e profunda reflexão.

Há quem diga que a pessoa é o conjunto do corpo, com a alma, inteligência e vontade. Na verdade, seria muita pretensão compreender a pessoa apenas em sua estrutura interna. A filosofia kantiana é responsável por uma importante contribuição a respeito. Nela, por pessoa, entende-se mais que um objeto, ou seja, como valor absoluto e insuscetível de coisificação.

Immanuel Kant aprofunda o conceito de pessoa a ponto de se encontrar um sujeito tratado como “um fim em si mesmo” e nunca como meio a atingir determinada finalidade. Enfatiza Cleber Francisco Alves que Kant dá um tratamento

especial a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que enfoca a dimensão individual da personalidade humana e a sua dimensão comunitária social.

Desta forma:

[...] diríamos, de seu caráter enigmático, a pessoa humana - na dignidade que lhe é própria - vem sendo colocada como pedra angular, vértice e ponto a ponto de referência do ordenamento jurídico, quer seja no âmbito dos diversos Estados nacionais contemporâneos, quer no âmbito supranacional.¹³⁷

Numa análise do desenvolvimento intelectual de Immanuel Kant verifica-se que o ponto central de seus estudos era o homem, a liberdade e o individualismo.

Por meio do estudo de sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes¹³⁸”, percebe-se uma influência de pensamento burguês somado ao empirismo, sensualismo e o racionalismo. Nela observa-se, ainda a existência de condições consideradas como um *a priori* ao pensamento e da ação moral do homem.

Kant diverge dos tradicionais racionalistas na medida em que estes se valem dessa condição *a priori* como base para explicar a moral. Segundo Kant, a metafísica, a existência de uma realidade transcendental, como a existência de Deus e/ou a imortalidade da alma não são as condições *a priori*.

Ainda nesse liame tem-se que a causa é, na verdade, uma forma de pensamento e, seu uso correto se dá através da experiência. No que tange a produção de conhecimento, para Kant é necessário a existência do objeto que desencadeará a ação do pensamento, sendo ele o ponto de partida, o início de todo pensamento. Mas é indispensável a existência de um ser pensante, capaz de sentir e captar essas impressões, que no caso é o homem.

Assim, segundo os racionalistas a certeza matemática e da física está extremamente vinculada a razão e a experiência; em contrapartida Kant reflete sobre a metafísica como sendo um conhecimento especulativo da razão, sendo então uma forma de obter um caminho seguro que não pode ser pela experimentação. Na “Crítica da Razão Pura”, Kant analisa o método de produção de

¹³⁷ KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 13, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>. Acesso em: 27 out. 2015.

¹³⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril, 1980.

conhecimento. Apesar de acreditar que somente por meio da razão pura conseguiríamos obter uma sociedade ideal, Kant afirma que a razão é inerente ao homem, é algo *a priori*.

Logo, a razão seria a organização de conceitos, estabelecendo regras de comportamento aos homens que somente é alcançada por meio da ciência, diferente do empírico, que nada mais é do que a experiência de vida acumulada. A sensibilidade, portanto, é a capacidade da mente receber passivamente representações diversas do objeto, sendo o entendimento a faculdade de organizar as sensações do objeto. Segundo o filósofo, ambos são extremamente necessários para a elaboração do conhecimento.

Essa capacidade de sensibilidade, ou seja, de obter sensações dos objetos, está no homem *a priori*, precedendo qualquer experiência, é a chamada intuição pura. Assim, se retirarmos a sensibilidade, ou seja, tudo que vem da sensação, (cor, textura, entre outros) só restará a intuição pura. Uma vez que o tempo e o espaço são condições, influências externas do meio na capacidade de captação de sensações do homem, a medida que somos afetados pelo objeto concluímos que não intuimos as coisas tal como são em si mesmas, mas sim do modo como elas nos aparecem.

Para Kant o objeto deve ser necessariamente submetido ao sujeito, pois tem o fenômeno como sendo o resultado da relação do objeto com o sujeito. Kant, nesse sentido, separa os conceitos *a priori* e *a posteriori*, considerando que *a priori* são os existentes ao homem antes de qualquer experiência, enquanto que o *a posteriori* os obtidos a partir de abstrações das percepções empíricas.

Percebendo então a necessidade da faculdade da imaginação, que também é afetada pelas condições temporais em que os conceitos (*a priori* ou *a posteriori*) serão aplicados sobre os objetos da experiência, a imaginação nada mais é do que o elo entre os conceitos intelectuais e a sensibilidade. A imaginação é algo que se pode usar livremente enquanto que a razão deve ser desvinculada da intuição, da imaginação, da sensibilidade.

Logo, três para Kant seriam as faculdades envolvidas na produção de conhecimento, a sensibilidade (que possibilita que o conhecimento se inicie por meios de intuições), a imaginação (que produz esquemas ou regras de síntese) e o entendimento (que julga), todas inerentes ao homem. Kant adota a chamada “revolução copernicana”, ou seja, ao invés do sujeito cognoscente girar em torno dos

objetos, estes que giram ao redor dele. Nota-se aqui a inversão do centro de preocupações, passando o homem a ser o núcleo de todas as problemáticas.

Kant estabelece o conceito de razão prática. Para ele, a vontade nada mais é do que a faculdade do homem de escolher só aquilo que a razão reconhece como praticamente necessário. Kant propõe, dessa forma, uma moral guiada por leis *a priori*. O imperativo categórico de Kant, segundo a razão, seria os elementos que esta considera como necessário, um dever.

Nessa seara, Kant estabelece como imperativo categórico, a liberdade do homem. Que para ser realmente livre necessita de condições para exercer esta liberdade, que nada mais são do que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, condições estas que devem ser proporcionadas pelo Estado.

Essa essência humana deve ser respeitada, pois é um existir *a priori*, o que significa não procurar normas no agir humano, na experiência, pois seria submeter um homem a outro homem. Conservando o que caracteriza o ser humano, que o faz dotado de dignidade especial, o apresenta para nunca ser meio para os outros, e sim um fim em si mesmo.

Immanuel Kant aborda a dignidade a partir da autodeterminação ética do ser humano, sendo a autonomia o alicerce da dignidade. Segundo a teoria da autonomia da vontade o ser humano é capaz de autodeterminar-se e agir conforme as regras legais, qualidade encontrada apenas em criaturas racionais. Logo, todo ser racional existe como um fim em si mesmo e não como um meio para a imposição de vontades arbitrárias.

Nesse sentido, “todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim”. Levando em consideração esse pensamento é que podemos classificar o ser humano em “pessoa”.

Ainda nesse sentido, Kant¹³⁹ postula:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode por-se em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade [...]. Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço.

¹³⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril, 1980. p. 52.

Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade?

Pode-se, pois constatar a forma antropocêntrica de encarar a dignidade, uma vez que a filosofia kantiana a torna privilégio dos seres racionais, colocando de imediato o ser humano no centro das transformações e do mundo. Essa questão possibilita o conflito com os valores admitidos pelos direitos de terceira geração, que são os direitos que se assentam sobre a fraternidade.

Estes não pertencem ao indivíduo, e nem a coletividade, mas sim ao gênero humano. Compõe-se pelo direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação; em suma, considera, por exemplo, o meio ambiente como sendo uma necessidade para a obtenção da dignidade da pessoa humana.

O homem deve ser entendido como um fim em si mesmo, razão pela qual lhe é atribuído valor absoluto: a dignidade. A respeito, ainda, e de acordo com a terminologia empregada pelo professor Miguel Reale, é oportuno destacar três concepções da dignidade da pessoa humana: individualismo, transpersonalismo e personalismo.

Para o individualismo, o homem, cuidando dos seus próprios interesses, indiretamente, protege e realiza os interesses coletivos. No transpersonalismo é o contrário: deve-se realizar o bem coletivo para salvaguardar os interesses individuais. Inexistindo harmonia entre o bem do indivíduo e o bem do todo, preponderam os valores coletivos.

O personalismo refuta as concepções individualista e coletivista. É um “meio termo”, ou seja, não há de se falar em predomínio do indivíduo ou do todo. Busca-se a solução na compatibilização entre os valores, considerando o que toca ao indivíduo e o que cabe ao todo.

A Constituição brasileira de 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana à posição de fundamento da República Federativa do Brasil. Dessa forma, não fez outra coisa senão considerar que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Assim, toda ação estatal deve ser avaliada considerando-se cada pessoa como um fim em si mesmo ou como meio para outros objetivos, sob pena de inconstitucional. Procura-se, com isso, compatibilizar valores individuais e coletivos.

3.2.4 A Dignidade Humana como Valor Constitucional

Segundo Pietro Alarcón de Jesús¹⁴⁰, a tendência dos ensinamentos constitucionais é no sentido de reconhecer e valorizar o ser humano como a base e o topo do direito. No período pós Segunda Guerra Mundial o que prevalecia era um ambiente envolto sob a neblina da dignidade da pessoa humana como sendo um valor indispensável para a instauração de um Estado de Direito Democrático promissor.

Nesse sentido a Constituição Italiana de 1947 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana em seu artigo 3º, com a seguinte expressão: “todos cidadãos tem a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”¹⁴¹. E, em 1949 a Assembléia das Nações Unidas consagrou expressamente as palavras: “A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la”¹⁴².

Em 1976, a Constituição da República Portuguesa expressou: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Nessa mesma linha a Constituição Espanhola estabeleceu que: “[...] A Dignidade da Pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”¹⁴³.

A Constituição da Alemanha Ocidental do pós-guerra possui, segundo tradução de Nelson Nery Junior, em seu artigo inicial feita por Rizzatto Nunes¹⁴⁴ a seguinte afirmação: “A dignidade humana é intangível. Respeitá-la, e protegê-la é obrigação de todo o poder público”. Devido à experiência nazista vivida na Alemanha, foi possível verificar a importância e a conscientização de preservar a

¹⁴⁰ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004. p. 244-256.

¹⁴¹ ITALIA. Constituição (1947). **Costituzione Della Repubblica Italiana**. 1947. Disponível em: <<http://www.quirinale.it/qrnw/costituzione/pdf/costituzione.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

¹⁴² KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 13, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>. Acesso em: 27 out. 2015.

¹⁴³ ESPAÑA. Constituição (1978). **La Constitución española de 1978**. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=97&fin=107&tipo=2>>. Acesso em: 27 out. 2015.

¹⁴⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 25.

dignidade da pessoa humana, deixando clara a responsabilidade estatal, tanto no âmbito interno como no âmbito externo, de garantir aos indivíduos esse direito.

Na França, apesar de não se encontrar de forma explícita e expressa na Constituição de 1958, o princípio da dignidade humana é utilizado por hermenêutica através do Conselho Constitucional. Nas constituições europeias a dignidade da pessoa humana está presente e sendo consagrada a cada dia. Dessa forma, a Constituição de 1990 da Croácia traz este princípio em seu artigo 25º, a da Bulgária de 1991 e da República Tcheca de 1992 em seus preâmbulos, a da Romênia, Letônia em seu artigo 1º, já a da Eslovênia, Lituânia e Rússia em seu artigo 21º e por fim a da República da Estônia de 1992 em seu artigo 10º.

No que tange aos países latinoamericanos, a Constituição da Colômbia no artigo 42º afirma o direito a dignidade da família como sendo inviolável. A dignidade, como espécie de princípio fundamental, serve de base para todos os demais princípios e normas constitucionais, inclusive as normas infraconstitucionais. Sendo assim, não há como se falar em desconsideração da dignidade da pessoa humana em nenhuma forma de interpretação, aplicação e/ou criação de normas jurídicas, pois, se trata de um supraprincípio constitucional.

No Brasil, a Constituição do Império de 1824¹⁴⁵ já representou um papel ativo no que se refere a alguns direitos fundamentais como a liberdade, a segurança individual e a propriedade. E, nesse sentido ratificava os princípios da igualdade e da legalidade, ou seja, estabelecia que nenhuma lei seria imposta sem utilidade pública e acarretaria recompensa ou castigo de forma proporcional àquele que merecesse, incluindo a abolição de privilégios.

Porém, não havia ainda menção expressa a dignidade da pessoa humana nas primeiras cartas constitucionais brasileiras, o que veio a ser expresso pela primeira vez na Constituição brasileira de 1934, no seguinte contexto do artigo 115: “a todos existência digna”. A partir deste momento se tornou imprescindível, mesmo que indiretamente, a abordagem constitucional da dignidade da pessoa humana.

¹⁴⁵ ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 125-126.

3.2.5 A Dignidade Humana na Constituição Federal de 1988

A Constituição da República de 1988 apresenta como característica a clareza no que se refere à importância da dignidade humana¹⁴⁶, em consequência de todo o contexto histórico já relatado. Nesse sentido, como pano de fundo, a Constituição Federal do Brasil de 1988 foi elaborada num cenário de pós-ditadura e de abertura política, aliados ao profundo sentimento da necessidade de solidariedade entre os povos.

Assim, nota-se a expressão de uma nova era das garantias individuais, resultado de lutas e abusos no árduo caminho do reconhecimento dessas liberdades, até se alcançar a promulgação desse texto. Pode-se afirmar que a Carta de 1988 é a Constituição mais democrática que o Brasil já teve, tendo em seu corpo blocos de direitos sociais, individuais e coletivos, tanto no sentido de princípios como comandos.

Analisando a estrutura da Constituição de 1988, Benizete Ramos de Medeiros¹⁴⁷, classifica a dignidade da pessoa humana dentro do sistema constitucional em níveis, normas, princípios e subprincípios, e regras. Em nível I, no seu preâmbulo, a Constituição faz menção ao Estado Democrático de Direito como forma de garantir os exercícios dos direitos sociais e individuais.

Em seqüência, no artigo 1º, incs. I e II e no artigo 170, *caput*, verifica-se a incumbência da ordem econômica em assegurar a todos uma existência digna. No artigo 226, §7º, foi dada ênfase a família, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

Em nível II, o artigo 3º, III e o artigo 23, X, apresentado como “dos objetivos fundamentais”, é o responsável pela afirmação da “exterminação da pobreza e das desigualdades sociais”. No nível III, a Carta Magna traz, em seu artigo 6º, o mínimo que cada indivíduo necessita: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

¹⁴⁶ “O ser humano é sem dúvida alguma o centro e o fim do direito, sendo esta característica pautada no valor básico do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana.”. STURZA, Janaína Machado. O princípio da dignidade humana: instrumento de subsídio para a consecução do direito à saúde. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org.). **Direito, cidadania & políticas públicas** Curitiba: Multideia, 2011. v. 6.

¹⁴⁷ MEDEIROS, Benizete Ramos. **Trabalho com dignidade: educação e qualificação é um caminho?** São Paulo: LTR, 2008.

Destarte, todos os direitos sociais acima citados estão intimamente ligados a dignidade da pessoa humana. Entretanto, na prática, o Estado não tem conseguido garantir esse “mínimo constitucional”, o que, aliado a ignorância do povo quanto aos seus direitos ou de como exercê-los, tem como resultado a falta de aplicabilidade da vontade do legislador constituinte.

Esse fato também pode ser visto no que tange a saúde, onde pessoas enfermas são desrespeitadas todos os dias nos hospitais e postos de saúde. Assim, proporcional é a matemática da dignidade, quanto maior a qualidade da dignidade, maior é a dificuldade de garanti-la, não apenas por parte do Estado, mas também por parte dos cidadãos que convivem entre si, podendo entre eles um violar a dignidade do outro. Ao se ter na dignidade a bússola orientadora dos direitos perdidos e ineficazes, não se tem, todavia, garantia de que o navio pródigo consiga chegar lá.

A Constituição aborda, também, a dignidade da pessoa humana em seu duplo significado, ora como princípio fundamental, ora como princípio geral. Immanuel Kant, o principal teórico na construção do princípio da dignidade da pessoa humana, parte da premissa de que nenhuma pessoa é passível de valoração, pois, sendo detentora de racionalidade gera a possibilidade de autoafirmação, ou seja, a liberdade em seu sentido amplo.

Dessa metafísica, dessa transcendentalidade do homem é que surge a dignidade e a liberdade, que nada mais são do que valores respaldantes de todo o ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais evoluíram com grande intensidade no sentido de proteger o indivíduo em sua dignidade. Porém, se faz necessário ampliar o conceito desses valores e promover a emancipação da sociedade, mais um passo da raça humana no sentido de distribuir de forma equânime o que, pelo trabalho de todos, foi e é conquistado.

Ante a uma sociedade cuja desigualdade ainda é a marca; ante a um contexto de vida onde o capitalismo e outras ideologias alimentam o individualismo; ante aos reclamos da atualidade, em que valores e vidas são constantemente depredados, pondo em risco o próprio planeta, só resta a esperança de um projeto mais solidário para a raça humana. A ação humana é capaz de orientar os caminhos da história e da existência individual e coletiva. Uma condição fundamental do ser humano é sua estrutura comunicativa e justamente por essa razão deve estar em constante processo de socialização.

3.3 Direitos Humanos como Movimento e a Busca de Igualdade Através das Lutas Sociais e a Adoção por Casais Homossexuais

O reconhecimento legal e judicial dos direitos das pessoas LGBT no Brasil tem avançado. Se por um lado a homossexualidade não é considerada crime desde o ano de 1830, nas últimas décadas se avançou na igualdade de direitos entre casais homossexuais e heterossexuais, além do combate à discriminação. Entre as reivindicações quanto aos direitos LGBT, cite-se, como exemplo, o reconhecimento das uniões homossexuais, conquista de direitos previdenciários, combate à discriminação, adoção e reconhecimento jurídico da redesignação sexual nos transexuais. As decisões judiciais têm avançado bastante no reconhecimento de direitos, enquanto a legislação tem encontrado certa resistência neste aspecto.

O Brasil, apesar de ser considerado um dos países onde mais ocorrem crimes de ódio contra LGBTs no mundo, não criminaliza expressamente a homossexualidade como os demais países lusófonos.

Avanços significativos no combate à homofobia vêm sendo conquistados a nível regional durante o governo de Sérgio Cabral no Rio de Janeiro, que criou o Conselho de Direitos LGBT, ou pelo Judiciário do Rio Grande do Sul, que foi o primeiro a reconhecer as uniões civis entre pessoas do mesmo sexo. Durante a presidência de Luiz Inácio Lula da Silva foram lançadas campanhas de conscientização contra a homofobia, como a *Brasil sem homofobia*, além da I Conferência Nacional GLBT, onde o então Ministro da Saúde José Gomes Temporão anunciou a publicação de portaria autorizando o Sistema Único de Saúde a realizar operações de redesignação sexual.

Lula foi, de fato, o primeiro presidente da República a se referir publicamente aos cidadãos gays. Durante uma entrevista ao programa *3 a 1*, da TV Brasil, ele afirmou: "o importante é que sejam cidadãos brasileiros, respeitem a Constituição e cumpram com seu compromisso com a nação. O resto é problema deles e eu sou defensor da união civil". Lula entrou para a seleta lista da revista espanhola *Zero* dos líderes latino-americanos que lutam para erradicar a homofobia. Durante o segundo turno das eleições de 2006, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) declarou seu apoio a Lula, divulgando, em nota oficial, que ele "mantém um excelente diálogo com a comunidade GLBT".

3.3.1 Casamento Igualitário

O marco na luta pelo reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo é a apresentação na Câmara dos Deputados do Projeto de lei nº 1151, de 1995, da então deputada federal Marta Suplicy, naquela ocasião filiada ao Partido dos Trabalhadores, que instituía a união civil entre pessoas do mesmo sexo, a partir do qual iniciou-se o debate nos meios de comunicação de massa do país, com inúmeras manifestações de apoio e de repulsa ¹⁴⁸. O relator designado, Roberto Jefferson, apresentou um substitutivo instituindo a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, que foi aprovado na comissão especial em final de 1996, mas aguarda até hoje sua votação no plenário da Câmara.

Enquanto o projeto continua parado no Congresso Nacional (onde além do plenário da Câmara dos Deputados, terá ainda que ser apreciado no Senado Federal e submetido à sanção presidencial para só então entrar em vigor), interessados em obter o reconhecimento de sua união tem se dirigido ao Poder Judiciário, que em muitas partes do país tem reiteradamente reconhecido os direitos decorrentes dessas uniões.

Merece destaque também a vigência da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), que em seus artigos 2º e 5º explicita a existência de uniões homoafetivas femininas. A lei, destinada a proteger a mulher da violência doméstica, deixou claro que também merece proteção a mulher que sofre violência de sua companheira. Embora o âmbito da lei seja em matéria penal, a menção de unidades familiares homoafetivas é um avanço no conceito de família existente na legislação nacional.

O Tribunal Superior Eleitoral já proferiu decisão equiparando um relacionamento homoafetivo às uniões estáveis, ao decidir que o companheiro homossexual tem o mesmo impedimento eleitoral que o cônjuge ou companheiro heterossexual do ocupante de cargo eletivo.

¹⁴⁸ MELLO, Luiz. Outras famílias: a construção social da conjugalidade homossexual no Brasil. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 24, p.197-225, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n24/n24a10.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

O STF (Supremo Tribunal Federal) reconheceu no dia 5 de maio de 2011, em decisão unânime, a equiparação da união homossexual à heterossexual¹⁴⁹. A decisão tem efeito vinculante, ou seja, tem eficácia contra todos. Os magistrados da Suprema Corte reconheceram que a relação homoafetiva é uma "família" e afirmam que um casal gay, em uma união estável, tem os mesmos direitos e deveres de um casal heterossexual, numa união estável. Adoção de filhos, pensão/aposentadoria, plano de saúde e herança são apenas alguns dos exemplos.

3.3.2 Combate à Discriminação por Orientação Sexual

A luta contra o preconceito e discriminação sofridos por homossexuais tem apresentado maiores avanços em nível estadual e municipal que em nível federal. A Constituição Federal de 1988, no inciso IV do artigo 3º, não inclui de forma expressa a orientação sexual, listando como objetivo fundamental da república “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. A inclusão da expressão "orientação sexual" nesse inciso foi tentada, à época, na própria assembleia nacional constituinte, por meio de destaque apresentado pelo então deputado federal José Genoíno, sendo derrotada em votação em janeiro de 1988 com 130 votos a favor e 317 votos contra¹⁵⁰. Posteriormente, foi objeto da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 67/99, do deputado Marcos Rolim (que reapresentou a PEC já proposta pela deputada Marta Suplicy em 1995¹⁵¹, arquivada em 2003¹⁵².

O STF, ao julgar *habeas corpus* que contestava o artigo 235 do Código Penal Militar (que criminaliza o ato libidinoso, homossexual ou não, em local sujeito

¹⁴⁹ “Dessa maneira, de acordo com o ministro Carlos Ayres de Britto, a formação da família não se encontra atrelada ao requisito da heteroafetividade nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Nas suas palavras, ‘o núcleo familiar seria o principal lócus de concreção de direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo inviolável do indivíduo’. E conclui: ‘a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada’”. BUNCHAFT. Maria Eugênia. A temática das uniões homoafetivas no Supremo Tribunal Federal à luz do Debate Honneth-Fraser. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 133-156, jan./jun. 2012.

¹⁵⁰ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, ano 2, n. 173, 29 de janeiro de 1988, p. 421-425. Acesso em: 28 abr. 2016.

¹⁵¹ DIREITOS LGBT no Brasil. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. [S.l.], 21 jun. 2015. <https://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_LGBT_no_Brasil>. Acesso em: 27 out. 2015.

¹⁵² PROJETO que criminaliza homofobia será arquivado. **Agência Senado**, Brasília, DF, 07 jan. 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/01/07/projeto-que-criminaliza-homofobia-sera-arquivado>>. Acesso em: 27 out. 2015.

à administração militar), decidiu que a discriminação por orientação sexual é proibida pelo atual texto do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal (sem ser necessário, portanto, incluir expressamente "orientação sexual" em seu texto):

Naquela ocasião (julgamento do HC 82.760), ficou assentado que o dispositivo 'visa a coibir a prática de qualquer ato libidinoso, homossexual, ou não, nas dependências militares. Com isso, a lei busca resguardar, sobretudo, a ordem e a disciplina castrense, e não a incriminar determinada opção sexual, até porque, se tal ocorresse, haveria inconstitucionalidade palmar por discriminação atentatória ao art. 3º, inciso IV, da Carta Magna¹⁵³

Por outro lado, a punição da discriminação ou preconceito por orientação sexual foi objeto do Projeto de Lei nº 5003, de 2001, de autoria da deputada federal Iara Bernardi, que foi aprovado na Câmara dos Deputados em 23 de novembro de 2006¹⁵⁴, tendo sido encaminhado ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 122/06, ainda em tramitação¹⁵⁵. O projeto equipara a punição do crime de preconceito por raça ou cor, definido na Lei nº 7.716/89, havendo quem defenda sua inconstitucionalidade¹⁵⁶.

Em âmbito estadual e municipal, há muitas leis que vedam a discriminação por orientação sexual (eventuais punições, contudo, não têm caráter penal, pois crime só pode ser definido por lei federal). Na justificativa da PEC 67/99, encontra-se uma lista de estados e municípios cujas constituições e leis orgânicas já previam, até junho de 1995, a proibição de discriminação por orientação sexual, como as constituições estaduais de Sergipe e Mato Grosso e 69 leis orgânicas municipais, dentre as quais as de São Paulo, Rio de Janeiro e Salvador.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus 85.086-3**. Partes: Minas Gerais, Min. Carlos Britto, Lúcio Carlos Finholdt Pereira, Manoel de Jesus Filho, Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Carlos Britto. Despacho de 2 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14793908/habeas-corporus-hc-85086-mg-stf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

¹⁵⁴ KRAUSE, Paul Medeiros. **Projeto de lei nº 5003-b/2001 (crimes de homofobia)**: a lei da mordaca gay, os superdireitos gays, inconstitucionalidade e totalitarismo. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF, 23 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.projeto-de-lei-no-5003-b2001-crimes-de-homofobia-a-lei-da-mordaca-gay-os-superdireitos-gays-inconstitucionalid,21151.html>>. Acesso em: 27 out. 2015.

¹⁵⁵ BERNARDI, Iara. **Projeto de lei da câmara nº 122, de 2006 - (criminaliza a homofobia)**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 27 out. 2015.

¹⁵⁶ KRAUSE, Paul Medeiros. Projeto de lei nº 5003-b/2001 (crimes de homofobia). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1269, 22 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9306>>. Acesso em: 27 out. 2015.

3.3.3 Adoção por Casais Homossexuais

A Câmara dos Deputados, no mês de agosto do ano de 2008, promoveu alteração da lei nacional, mas não permitiu que a previsão para a adoção de casais homossexuais constasse na lei. O Direito não acompanha a constante transformação da sociedade¹⁵⁷.

Há, contudo, decisões judiciais permitindo a adoção por casais homossexuais. A primeira decisão judicial a respeito ocorreu no município de Bagé, no Estado do Rio Grande do Sul, em 2005. Em junho de 2008, conforme levantamento da Folha de São Paulo, haveria dez casos finalizados ou em fase final, permitindo essas adoções, em seis estados diferentes (RS, SP, AM, PR, DF e AC)¹⁵⁸. No Rio Grande do Sul, já haveria um consenso entre os juízes quanto à possibilidade dessas adoções.

Depois da decisão do STF de 5 de Maio de 2011 "já não existem óbices legais de qualquer natureza para que um par homossexual pleiteie a adoção conjunta de um infante. O art. 42,§ 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como requisito para a adoção conjunta que os candidatos sejam unidos pelo matrimônio ou vivam em união estável, comprovada a estabilidade da família. A união homoafetiva foi equiparada à união estável para todos os efeitos. Portanto, qualquer impedimento legal que se vislumbrasse, já não cabe mais dentro do ordenamento brasileiro hodierno"¹⁵⁹.

O Superior Tribunal de Justiça, sob a justificativa de que na adoção deve-se olhar o que é o melhor para a criança, manteve decisão que permitiu a adoção por um casal de lésbicas, conforme se verá mais adiante em tópico próprio.

¹⁵⁷ "A possibilidade do Direito Fraternal, na qual a construção de um novo saber passa necessariamente por uma visão que ultrapassa, mas não esquece, os limites dos juristas e não juristas, os limites da ciência do Direito frente às novas demandas que surgem. Vemos que o Direito tradicionalmente construído não consegue dar respostas adequadas para novos desafios que envolvem o ser no e para o mundo". VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraternal na sociedade cosmopolita. **Contribuciones desde Coatepec**, Toluca, n. 12, p. 123-138, enero/junio 2007.

¹⁵⁸ VIEIRA, Willian; NUBLAT, Johanna. Justiça gaúcha facilita adoção por casais gays. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 jun. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1506200808.htm>>. Acesso em: 27 out. 2015.

¹⁵⁹ CHAVES, Marianna. União homoafetiva: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2896, 6 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19274>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

3.3.4 Companheiro Estrangeiro

Desde 2003, decisões judiciais têm concedido ao estrangeiro que comprove ter um relacionamento homossexual estável com um brasileiro o direito ao visto de permanência no país, dando o mesmo tratamento às uniões entre sexos opostos.

Em fevereiro de 2008, o Conselho Nacional de Imigração publicou a Resolução Normativa CNI nº 77, de 29 de janeiro de 2008, que dispõe sobre os critérios para a concessão de visto, sem distinção quanto ao sexo dos companheiros. Ainda em 2008, foi noticiado que o Ministério da Justiça elaborou projeto de lei alterando a Lei nº 6.815, de 1980 (Estatuto do Estrangeiro) para que a disposição seja incluída na lei (o projeto de lei nº 1151, de 1995, que institui a parceria civil registrada e aguarda há mais de uma década sua apreciação no plenário da Câmara também altera, dentre outros, o Estatuto do Estrangeiro, para prever os mesmos direitos aos parceiros homossexuais), evitando que a matéria fique regulamentada apenas em um ato administrativo infralegal¹⁶⁰.

Em 14 de maio de 2010, o Ministério das Relações Exteriores enviou circular a embaixadas e consulados de 207 países informando que passaria a conceder passaporte diplomático ou oficial aos companheiros homoafetivos de servidores do ministério que prestam serviços no exterior. Para ter direito ao passaporte, o companheiro deve estar inscrito na divisão de pessoal como dependente do servidor para fins de assistência médica, benefício que o ministério já reconhece desde 2006.¹⁶¹

¹⁶⁰ BRASIL concederá vistos para estrangeiros por união homossexual. **Bem Paraná**, Curitiba, 6 maio 2008. Disponível em: <<http://www.bemparana.com.br/noticia/66992/brasil-concedera-vistos-para-estrangeiros-por-uniao-homossexual>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

¹⁶¹ MALTCHIK, Roberto; DAMÉ, Luiza. Itamaraty oficializa direitos de gays. **O Globo**, São Paulo, 7 jun. 2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/itamaraty-oficializa-direitos-de-gays-3006963#ixzz4W4V0ayjd>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

4 A (NÃO)VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS HOMOSSEXUAIS: ESTUDO DE CASO

Neste terceiro e derradeiro capítulo, será abordada a decisão que ensejou este trabalho. A pioneira decisão da Justiça gaúcha sobre o direito de adoção pelo casal homossexual. Como dito alhures, optou-se pela análise desta decisão em razão de seu simbolismo, sendo que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou, em sede de julgamento de apelação, a decisão proferida pelo Juiz de Direito da Comarca de Bagé, o qual deferiu o pleito de um casal de mulheres. Posteriormente, tal decisão também fora confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.1 Estudo de Caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

O caso que será apresentado se trata de pedido de adoção da companheira da mãe adotiva de duas crianças, na Comarca de Bagé/RS, pedido este que fora deferido em primeiro grau e confirmado em sede de apelação. O recurso de apelação¹⁶² fora interposto pelo representante do Ministério Público. Em que pese haja muitos outros espalhados Brasil afora, este caso se trata do primeiro no Rio Grande do Sul e em razão de seu simbolismo é que se passa ao presente estudo.

A autora do pedido inicial L.I.M.B.G., fisioterapeuta e professora universitária, postulava a adoção dos menores P.H.R.M., nascido a 07.09.2002, e J.V.R.M., nascido em 26.12.2003. Na petição inaugural relatou que ambos são filhos adotivos de L.R.M., sua companheira, com quem mantinha um relacionamento aos moldes de entidade familiar havia oito anos à época. Asseverou que as crianças eram cuidadas por L. desde o seu nascimento.

O juiz responsável pelo caso, Dr. Marcos Danilo Edon Franco, julgou procedente o pleito. Irresignado com a decisão do juiz de primeiro grau, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, baseando-se na impossibilidade de ser deferida a adoção conjunta a duas pessoas, salvo se forem casadas ou mantiverem união estável (art. 1.622 do Código Civil), o que não se configuraria no caso, diante

¹⁶² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Acórdão 70013801592**, da Sétima Câmara Cível. Apelado: L. B. M. G. Apelante: M. P. Relator: Des Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, julgado em 05 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc.>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

do fato de que a autora do pedido de adoção e a mãe já adotiva dos menores são casal do mesmo sexo. O parecer do procurador de justiça, em sede recurso, opinou pelo acolhimento do recurso interposto. O caso, em segundo grau, caiu nas mãos de Luiz Felipe Brasil Santos, Desembargador relator integrante, à época, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Compunham a Câmara a Desembargadora Maria Berenice Dias, atualmente aposentada e militante dos direitos da população LGBT, e o Desembargador Ricardo Raupp Ruschel.

Em suas razões de decidir, o Desembargador relator, em atenta e precisa análise dos autos e do conjunto probatório que o instruíra, entendeu pela confirmação da decisão de primeiro grau. Sobre os argumentos trazidos em sede de apelação pelo representante do Ministério Público, de que o Código Civil vedaria a adoção por parcerias do mesmo sexo¹⁶³, o relator assim se manifestou:

No caso destes autos, L. (que já é mãe adotiva dos meninos) e LI. (ora pretendente à adoção) são mulheres, o que, em princípio, por força do art. 226, § 3º, da CF e art. 1.723 do Código Civil, obstaría reconhecer que o relacionamento entre elas entretido possa ser juridicamente definido como união estável, e, portanto, afastaria a possibilidade de adoção conjunta.

No entanto, a jurisprudência deste colegiado já se consolidou, por ampla maioria, no sentido de conferir às uniões entre pessoas do mesmo sexo tratamento em tudo equivalente ao que nosso ordenamento jurídico confere às uniões estáveis. Dentre inúmeros outros julgados, vale colacionar, a título meramente exemplificativo, o seguinte:

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

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

¹⁶³ Artigo 1.622: Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou viverem em união estável. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.

A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.¹⁶⁴

Ainda é de mencionar que o tratamento, por analogia, das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do século XIX no Direito francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não consagradas pelo casamento, a saber: concubinato e união estável. Segue o Desembargador relator:

À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato. Houve resistências inicialmente? Certamente sim, como as há agora em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fenômeno é rigorosamente o mesmo. Não se está aqui a afirmar que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugalis* do que a *affectio societatis*. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos.

Atualmente, como muito bem ensina o magistério do Ministro Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal de cada indivíduo. E essa realização pessoal pode dar-se tanto na relação de heterossexualidade ou da relação de homossexualidade. É uma questão de opção, ou de determinismo,

¹⁶⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC 70009550070**, da Sétima Câmara Cível. Apelado: A.D.O. Apelante: I.M.A. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, julgado em: 17 de novembro de 2004. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

controvérsia esta acerca da qual a ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva, mas, de toda forma, é uma decisão, e, por isso, deve ser respeitada.

É inegável que o que leva duas pessoas a conviverem é o sentimento do amor. São relações de amor, cercadas, ainda, por muito preconceito. Por isso, entendeu o relator, são aptas a servir de base a entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher.

Em contrário a esse entendimento costuma-se esgrimir, sobretudo com o argumento de que as entidades familiares estão especificadas na Constituição Federal de 1988, e que dentre elas não se alinha a união entre pessoas homossexuais. Com o fim de responder a este argumento, trouxe o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes¹⁶⁵, onde onde o julgador diz que o argumento mais consistente, contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação do Texto Constitucional.

Nele encontram-se previstas expressamente três formas de configurações familiares: aquela fundada no casamento, a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família (art. 226, §3º), além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Alguns autores, em respeito à literalidade da dicção constitucional e com argumentação que guarda certa coerência lógica, entendem que ‘qualquer outro tipo de entidade familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por projeto de lei’.

O raciocínio jurídico implícito a este posicionamento pode ser inserido entre aqueles que compõem a chamada teoria da ‘norma geral exclusiva’ segundo a qual, resumidamente, uma norma, ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos¹⁶⁶. Como se salientou em doutrina, a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco no fato de que, nos ordenamentos jurídicos, há uma outra norma geral (denominada inclusiva), cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele, de maneira idêntica¹⁶⁷. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a *contrario*

¹⁶⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 89-112, jan./mar. 2000.

¹⁶⁶ ZIETELMAN, E.; RECHT, Lüken im; DONATI, D. Il problema delle ordinamento giuridico apud BOBBIO, Norberto **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília, DF: Ed. UNB-Polis, 1989. p. 132 e ss.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p.135.

sensu, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento *a simili* ou analógico.

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

Daí ser imprescindível enfatizar, no momento interpretativo, a especificidade da normativa constitucional – composta de regras e princípios –, e considerar que os preceitos constitucionais são, essencialmente, muito mais indeterminados e elásticos do que as demais normas e, portanto, ‘não predeterminam, de modo completo, em nenhum caso, o ato de aplicação, mas este se produz ao amparo de um sistema normativo que abrange diversas possibilidades’¹⁶⁸. Assim é que as normas constitucionais estabelecem, através de formulações concisas, ‘apenas os princípios e os valores fundamentais do estatuto das pessoas na comunidade, que não de ser concretizados no momento de sua aplicação’¹⁶⁹.

Segue o Desembargador relator:

Por outro lado, é preciso não esquecer que segundo a perspectiva metodológica de aplicação direta da Constituição às relações intersubjetivas, no que se convencionou denominar de ‘direito civil-constitucional’, a normativa constitucional, mediante aplicação direta dos princípios e valores antes referidos, determina o iter interpretativo das normas de direito privado – bem como a colmatação de suas lacunas –, tendo em vista o princípio de solidariedade que transformou, completamente, o direito privado vigente anteriormente, de cunho marcadamente individualístico. No Estado democrático e social de Direito, as relações jurídicas privadas ‘perderam o caráter estritamente privatista e inserem-se no contexto mais abrangente de relações a serem dirimidas, tendo-se em vista, em última instância, no ordenamento constitucional.

Seguindo-se estes raciocínios hermenêuticos, o da especificidade da interpretação normativa civil à luz da Constituição, cumpre verificar se por que a norma constitucional não previu outras formas de

¹⁶⁸ ALONSO GARCIA, Enrique. **La interpretación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 16.

¹⁶⁹ ANDRADE, José CarlosVieira de **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 120.

entidades familiares, estariam elas automaticamente excluídas do ordenamento jurídico, sendo imprescindível, neste caso, a via emendacional para garantir proteção jurídica às uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, ou se, ao contrário, tendo-se em vista a similitude das situações, estariam essas uniões abrangidas pela expressão constitucional 'entidade familiar'.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família, consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, 'impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família'¹⁷⁰. Assim sendo, embora tenha ampliado seu prestígio constitucional, a família, como qualquer outra comunidade de pessoas, 'deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes'¹⁷¹. É o fenômeno da 'funcionalização' das comunidades intermediárias – em especial da família – com relação aos membros que as compõem¹⁷².

A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à 'forma' familiar (pense-se no ato formal do casamento) foi substituída, em conseqüência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao 'conteúdo' ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha – isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes.

Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como 'instrumento', não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma *ratio*, como os mesmos fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades 'familiares' torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua

¹⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.350.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² PERLINGIERI, P. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Camerino: ESI, 1984. p. 558.

orientação sexual – a qual se configura como direito personalíssimo –, seja a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente compromissado com a com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva. De fato, a Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se no princípio solidarista, sobre o qual funda a estrutura da República, significando dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e a antecedente a qualquer outra forma de organização social.

O argumento de que à entidade familiar denominada ‘união estável’ o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo parece insuficiente para fazer concluir que onde vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo serão capazes, a exemplo do que ocorre entre heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelados de modo semelhante, garantindo-se-lhes direitos semelhantes e, portanto, também, os deveres correspondentes. A prescindir da veste formal, a ser dada pelo legislador ordinário, a jurisprudência – que, em geral, espelha a sensibilidade e as convenções da sociedade civil –, vem respondendo afirmativamente.

A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais, ou homossexuais inatas, e do fato de que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie – a ser, portanto, curada e destinada a desaparecer –, mas uma manifestação particular do ser humano, e considerado, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa, ao qual está definitivamente vinculado todo o ordenamento jurídico, e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações entre pessoas do mesmo sexo devem merecer status semelhante às demais comunidade de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar.

Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sociojurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista dos seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como se procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver (CF, art. 226, §8º).

Partindo-se do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas homossexuais, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto. Esta questão,

inclusive já foi superada com a entrada em vigor da Lei 12.010/2009 e com a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

É necessário atentar para que na origem da formação dos laços de filiação prepondera, acima dos meros laços de sangue, a convenção social. É João Baptista Villela¹⁷³ que assinala:

Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.

Este também é o entendimento de Françoise Héritier¹⁷⁴. Além de a formação do vínculo de filiação assentar-se, ainda que de forma predominante, na convenção jurídica, é de observar, igualmente, que nem sempre, na definição dos papéis de mãe e de pai, há coincidência do sexo biológico com o sexo social. Neste passo é Nadaud que traz de maneira precisa:

Independentemente da forma da filiação, observa-se que esse laço não é senão excepcionalmente, em vista da diversidade das sociedades humanas, superponível ao engendramento biológico ou à procriação: existe, com efeito, uma ‘dissociação entre a ‘verdade biológica do engendramento’ e a filiação’. Este ponto é essencial pois explica porque, na maior parte das sociedades, o engendramento e a parentalidade são coisas distintas. Do mesmo modo, quando se fala de pai e de mãe, e, portanto, de um indivíduo masculino ou feminino, é preciso diferenciar o sexo biológico do social, os quais, freqüentemente, estão longe de coincidir: bom número de sociedades dissociam o sexo biológico do gênero na gênese dos laços de filiação.¹⁷⁵

¹⁷³ VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte. ano 27, n. 21, 1979.

¹⁷⁴ “Não existem, até nossos dias, sociedades humanas que sejam fundadas unicamente sobre a simples consideração da procriação biológica ou que lhe tenham atribuído a mesma importância que a filiação socialmente definida. Todas consagram a primazia do social – da convenção jurídica que funda o social – sobre o biológico puro. A filiação não é, portanto, jamais um simples derivado da procriação”. HÉRITIER, Françoise. A coxa de Júpiter: reflexões sobre os novos modos de procriação. **Estudos Feministas**, Florianópolis, ano 8, p. 98, 1º sem 2000.

¹⁷⁵ Indépendamment de la forme de la filiation, on remarque que ce lien de filiation n’est qu’exceptionnellement, au regard de l’étendue des sociétés humaines, superposable à l’engendrement biologique ou à la procréation: il existe en effet une “dissociation entre la ‘vérité biologique de l’engendrement’ et la filiation”. Ce point est essentiel car il explique pourquoi, dans la plupart des sociétés, l’engendrement et la parenté sont deux choses distinctes. De la même façon, quand on parle de père et de mère, et donc d’un individu masculin ou féminin, il faut différencier ce qui est le sexe biologique de ce qui est le sexe social, lesquels, bien souvent, sont loin de se recouper: bon nombre de sociétés dissocient ainsi le sexe biologique du genre dans la genèse des liens de filiation. NADAUD, Stéphane. **Homoparentalité: une nouvelle chance pour la famille?**. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2002. p. 45.

Novamente Hérítier¹⁷⁶ é quem nos traz da antropologia um exemplo que evidencia que nas organizações sociais consideradas como primitivas o papel de pai nem sempre é exercido por uma pessoa do sexo masculino, tendo em mira que:

Num caso particularmente interessante encontrado entre os Nuer, é uma mulher, considerada como homem, que enquanto pai, se vê atribuir uma descendência. Nesta sociedade, com efeito, as mulheres que provam, depois de terem sido casadas por tempo suficientemente longo, sua esterilidade definitiva, retornam a sua linhagem de origem, onde são consideradas totalmente como homens. Este é apenas um dos exemplos em que a mulher estéril, longe de ser desacreditada por não poder cumprir seu destino feminino, é creditada com essência masculina. A 'bréhaigne', como mostra a etiologia proposta por Littré, é uma mulher-homem (de 'barus' = 'vir' em baixo latim), mas, pode-se, segundo a cultura, tirar dessa assimilação conclusões radicalmente diferentes. Para os Nuer, a mulher 'bréhaigne' acede ao status masculino. Como todo casamento legítimo é sancionado por importantes transferências de gado da família do marido à da esposa, este gado é repartido entre o pai e os tios paternos desta. De volta à casa de seus irmãos, a mulher estéril se beneficia, então, na qualidade de tio paterno, de parte do gado da compensação dada para suas sobrinhas. Quando ela, dessa forma, constitui um capital, ela pode, por sua vez, fornecer uma compensação matrimonial e obter uma esposa da qual ela se torna o marido. Essa relação conjugal não leva a relações homossexuais: a esposa serve seu marido e trabalha em seu benefício. A reprodução é assegurada graças a um criado, a maior parte das vezes de uma etnia estrangeira, que cumpre tarefas pastoris mas assegura também o serviço de cama junto à esposa. Todas as crianças vindas ao mundo são do 'marido', que a transferência do gado designou expressamente, segundo a lei social que faz a filiação. Elas portam seu nome, chamam-na 'pai', a respeitam e não se estabelece nenhum laço particular com seu genitor, que não possui direitos sobre elas e se vê recompensado por seu papel pelo ganho de uma vaca, por ocasião do casamento das filhas, vaca que é o prêmio por engrandar. Estatutos e papéis masculinos e femininos são aqui, portanto, independentes do sexo: é a fecundidade feminina ou sua ausência que cria a linha de separação. Levado ao extremo, esta representação que faz da mulher estéril um homem a autoriza a representar o papel de homem em toda sua extensão social.

Feitas tais observações, prossegue o Desembargador relator em suas razões de decidir, cujo voto, que foi o pioneiro no Poder Judiciário gaúcho deferindo a adoção ao casal homossexual formado por duas mulheres no município gaúcho de Bagé e que, posteriormente, teve sua decisão confirmada em grau de julgamento de

¹⁷⁶ HÉRITIER, Françoise. A coxa de Júpiter: reflexões sobre os novos modos de procriação. **Estudos Feministas**, Florianópolis, ano 8, p. 108-109, 1º sem. 2000.

Recurso Especial interposto pelo representante do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul:

Como se vê, nada há de novo sob o sol, quando se cogita de reconhecer a duas pessoas de mesmo sexo (no caso, duas mulheres), que mantêm uma relação tipicamente familiar, o direito de adotar conjuntamente. Resta verificar se semelhante modalidade de adoção constitui efetivo benefício aos adotandos, critério norteador insculpido no art. 1.625 do Código Civil. Nadaud¹⁷⁷, em sua tese de doutorado, realizou estudo sobre uma população de infantes criados em lares de homossexuais, constatando que:

[...] globalement, leurs comportements ne varient pas fondamentalement de ceux de la population générale. Il ne s'agit donc pas d'affirmer que tous les enfants de parents homosexuels 'vont bien', mais d'apporter une pierre supplémentaire à l'édifice des études qui montrent déjà que leurs comportements correspondent à ceux des autres enfants de leur âge. Ce qui revient absolument pas à nier leur spécificité.

Não é diferente a conclusão a que chegaram Tasker e Golombok¹⁷⁸:

Ce qui apparait clairement dans la présente étude, c'est que les enfants qui grandissent dans une famille lesbienne n'auront pas nécessairement de problèmes liés à cela à l'âge adulte. De fait, les résultats de la présente étude montrent que les jeunes gens élevés par une mère lesbienne réussissent bien à l'âge adulte et ont de bonnes relations avec leurs famille, leurs amie e leurs partenaires. Dans les décisions de justice que statuent sur la capacité ou l'incapacité d'un adulte à élever un enfant, il conviendrait de ne plus se fonder sur l'orientation sexuelle de la mère pour évaluer l'intérêt de l'enfant.

Idêntica é a pesquisa de CJ. Patterson¹⁷⁹, da Universidade de Virgínia (USA), ao afirmar que:

¹⁷⁷ [...] globalmente, seus comportamentos não variam fundamentalmente daqueles da população em geral. Não se trata de afirmar que todos os filhos de pais homossexuais “estão bem”, mas de acrescentar uma pedra suplementar ao edifício dos estudos que mostram que seus comportamentos correspondem aos das outras crianças de sua idade. O que não significa, absolutamente, negar sua especificidade. (tradução nossa). NADAUD, Stéphane. **Homoparentalité: une nouvelle chance pour la famille?**. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2002. p. 302.

¹⁷⁸ O que aparece claramente no presente estudo, é que as crianças que crescem em uma família de lésbicas não apresentam necessariamente problemas ligados a isso na idade adulta. De fato, os resultados do presente estudo mostram que os jovens cuidados por uma mãe lésbica alcançam bem a idade adulta e têm boas relações com suas famílias, seus amigos e seus parceiros. As decisões da justiça que avaliam a capacidade de um adulto em criar de uma criança não devem se fundar sobre a orientação sexual da mãe para avaliar o interesse da criança. (tradução nossa). TASKER, Fiona L.; GOLOMBOK, Susan. Grandir dans une famille lesbienne. In: GROSS, Martine (Coord.). **Homoparentalités, état des lieux**. Paris: Éditions érès, 2005. p. 170.

Em resume, il n'existe pas de données que permettraient d'avancer que les lesbiennes et les gays ne sont pas des parents adéquats ou encore que le développement psychosocial des enfants de gays ou de lesbiennes soit compromis, sous quelques aspect que ce soit, par rapport à celui des enfants de parents hétérosexuels. Pas une seule étude n'a constaté que les enfants de parents gays ou lesbiens sont handicapés, dans quelques domaine significatif que se soit, par rapport aux enfants de parents hétérosexuels. De plus, les résultats à ce jour laissent penser que les environnements familiaux fournis par les parents gays et lesbiens sont susceptibles de soutenir et d'aider la maturation psychosociale des enfants de la même manière que ceux fournis par les parents hétérosexuels.

Utilizando como razões de decidir, o Desembargador relator do recurso de apelação nº 70013801592, o magistrado utilizou-se de estudo realizado na Universidade de Valência, Espanha, de autoria de Navarro, Llobell e Bort¹⁸⁰, os quais apontam sempre no mesmo sentido, sem do que não existe nenhum inconveniente em reconhecer o direito de casal homossexual adotar:

Los resultados ofrecen de forma unánime datos que son coherentes com el postulado de la parentalidad como un proceso bidireccional padres-hijos que no está relacionado com la orientación sexual de los padres. Educar y criar a los hijos de forma saludable lo realizan de forma semejante los padres homosexuales y los padres heterosexuales.

Este também é o entendimento da Academia Americana de Pediatria (*American Academy of Pediatrics*), em estudo que fora coordenado por Ellen C. Perrin¹⁸¹, professora da referida Universidade, que assim concluiu:

¹⁷⁹ Em resumo, não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psicossocial dos filhos de gays e lésbicas seja comprometido sob qualquer aspecto em relação aos filhos de pais heterossexuais. Nenhum estudo constata que os filhos de pais gays ou lésbicas são deficitários em qualquer domínio significativo, em relação aos filhos de pais heterossexuais. Além disso, os resultados atuais deixam pensar que os relacionamentos familiares fornecidos pelos pais gays e lésbicas são suscetíveis de sustentar e ajudar o amadurecimento psicossocial dos filhos do mesmo modo que aqueles fornecidos pelos pais heterossexuais. (tradução nossa). PATTERSON, C. J. **Resultats des recherches concernants l'homoparentalité**. Texto cedido, por via eletrônica, pela Dra. Elizabeth Zambrano.

¹⁸⁰ Os resultados oferecem de forma unânime dados que são coerentes com o postulado da parentalidade como um processo bidireccional que não está relacionado com a orientação sexual dos pais. Educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais. NAVARRO, Frias; LLOBELL, Pascual; BORT, Monterde. **Hijos de padres homosexuales**: qué les diferencia. Texto cedido, em meio eletrônico, pela Dra. Maria Berenice Dias.(tradução nossa).

¹⁸¹ Um crescente conjunto da literatura científica demonstra que a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto a criança cujos pais são heterossexuais. O bom desenvolvimento das crianças parece ser influenciado mais pela natureza dos relacionamentos e interações dentro

A growing body of scientific literature demonstrates that children who grow up with 1 or 2 gay and/or lesbian parents fare as well in emotional, cognitive, social, and sexual functioning as do children whose parents are heterosexual. Children's optimal development seems to be influenced more by the nature of the relationships and interactions within the family unit than by the particular structural form it takes.

Nota-se, pelos estudos especializados que embasaram o voto do relator, que o fato de o casal homossexual requerer a adoção não indica qualquer inconveniente para que esta adoção seja deferida, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus pretensos adotantes.

O fato de até então, em âmbito estadual, não ter sido deferido qualquer pedido de adoção às parselhas homossexuais, fez com que o Desembargador Brasil Santos¹⁸² observasse que tal se devia tão só ao preconceito, eis que não havia qualquer fundamento científico que comprovasse cabalmente o inconveniente dessa forma de adoção. Neste sentido:

É, portanto, hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Como assinala Rolim¹⁸³:

Temos, no Brasil, cerca de 200 mil crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos porque estão fora da faixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão, em regra, ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia me dizer por quê? Será possível que a estupidez histórica construída escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o suficiente para dizer: - 'Sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais' ? Ora, tenham a santa paciência. O que todas as

da unidade familiar do que pela forma estrutural específica que esta possui. (tradução nossa). PERRIN, Ellen C. **Technical report**: coparent or second-parent adoption by same-sex parents. Texto cedido, em meio eletrônico, pela Dra. Maria Berenice Dias.

¹⁸² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Acórdão 70013801592**, da Sétima Câmara Cível. Apelado: L. B. M. G. Apelante: M. P. Relator: Des Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, julgado em 05 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc.>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

¹⁸³ ROLIM, Marcos. **Casais homossexuais e adoção**. [S.l.], 2006. Disponível em: <<http://www.rolim.com.br/cronic162.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

crianças precisam é cuidado, carinho e amor. Aquelas que foram abandonadas foram espancadas, negligenciadas e/ou abusadas sexualmente por suas famílias biológicas. Por óbvio, aqueles que as maltrataram por surras e suplícios que ultrapassam a imaginação dos torturadores; que as deixaram sem terem o que comer ou o que beber, amarradas tantas vezes ao pé da cama; que as obrigaram a manter relações sexuais ou atos libidinosos eram heterossexuais, não é mesmo? Dois neurônios seriam, então, suficientes para concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. Poderíamos acrescentar que aquela circunstância também não agrega nada de relevante, inclusive, quanto à futura orientação sexual das próprias crianças, mas isso já seria outro tema. Por ora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: - 'que valor moral é esse que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças?'

Analisados os autos, sob o enfoque da possibilidade de tal requerimento de adoção, passou-se à análise do laudo pericial¹⁸⁴, de lavra da assistente social

¹⁸⁴ "Li. de 39 anos e L. de 31 anos, convivem desde 1998. Em abril de 2003 L. teve a adoção de P.H. deferida e, em fevereiro de 2004 foi deferida a adoção de J.V.. Na época Li. participou da decisão e de todo o processo de adoção auxiliando nos cuidados e manutenção das crianças. Elas relatam que, procuram ser discretas quanto ao seu relacionamento afetivo, na presença das crianças. Participam igualmente nos cuidados e educação dos meninos, porém, é Li. que se envolve mais no deslocamento deles, quando depende de carro, pois é ela quem dirige. Li., diz que, é mais metódica e rígida do que L. e observou-se que é mais atenta na imposição de limites. Segundo a Sra. Lara, mãe de Li., a família aceita e apóia Li. na sua orientação sexual, "ela é uma filha que nunca deu problemas para a família, acho que as crianças tiveram sorte, pois têm atenção, carinho e tudo o que necessitam, Li. os trata como filhos" (SIU). Coloca que Lí. e L. se relacionam bem. Observou-se fotos dos meninos e de Li. na casa dos pais dela, eles costumam visitá-la aos finais de semana, quando almoçam todos juntos e convivem mais com as crianças e L.. Com a família de L. a convivência é mais freqüente, pois a mãe de L. auxilia no cuidado a J.V. Com relação às crianças: Os meninos chamam Li. e L. de mãe. P.H. está com 2 anos e 6 meses, freqüenta a Escolinha particular Modelando Sonhos, a tarde. A professora dele, L. B. F., informou que o menino apresenta comportamento normal para sua faixa etária, se relaciona bem e adaptou-se rapidamente. Li. e L. estão como responsáveis na escola e participam juntas nos eventos na escolinha, sendo bem aceitas pelos demais pais de alunos. Observou-se que, P.H. é uma criança com aparência saudável, alegre e ativo. J.V. faz tratamento constante para bronquite e, apesar dos problemas de saúde iniciais, apresenta aparência saudável e desenvolvimento normal para sua faixa etária. Durante a tarde, ele fica sob os cuidados da mãe de L. enquanto L. e Li. trabalham. A Sra. N. coloca que os meninos são muito afetivos com as mães e vice-versa. L. coloca que até agora, não sentiu nenhuma discriminação aos filhos e, P.H. costuma ser convidado para ir brincar na casa de coleguinhas da escolinha. São convidados para festas de aniversário de filhas de colegas de trabalho e amigos. Situação atual: Li. coloca que sempre pensou em adotar, o que se acentuou com a convivência com L. e as crianças, pois se preocupa com o futuro dos meninos, já que L. é autônoma e possui problema de saúde. E, ela já pensou em uma situação mais estável, trabalha com vínculo empregatício como professora da URCAMP, possuindo convênios de saúde e vantagens para o acesso dos meninos ao ensino básico e superior. Coloca "a minha preocupação não é criar polêmica mais resguardá-los para o futuro" (SIU). Li. relata que, quando não está trabalhando, se dedica ao cuidado das crianças. Refere-se à personalidade de cada um, demonstrando os vínculos e convivência intensa que possui com os meninos. Diz que costuma limitar a vida social às condições de saúde das crianças, principalmente J.V.. [...] Parecer: De acordo com o exposto acima, s.m.j., parece que, Li. tem exercido a parentalidade adequadamente. Com relação às vantagens da adoção para estas crianças, especificamente, conhecendo-se a família de origem, pode-se afirmar que, quanto aos efeitos sociais e jurídicos são inegáveis, quanto aos efeitos subjetivos é prematuro dizer, porém existem fortes vínculos

Berenice da Silva sendo que o mesmo foi no sentido de deferir a adoção requerida, tendo em vista a evidente existência de afeto na relação familiar, baseado no laudo e muito especialmente no princípio da proteção integral da criança, norma insculpida na Constituição Federal de 1988, o Desembargador relator votou no sentido de não acolher as razões recursais interpostas pelo representante do Ministério Público, deferindo, assim, a adoção dos irmãos P.H.R.M e J.V.R.M a Li.M.B.G que é a companheira da mãe adotiva dos menores, L.R.M.

Ao finalizar seu voto, confirmando a decisão de primeiro grau, o relator diz que é “de louvar a solução encontrada pelo em magistrado Marcos Danúbio Edon Franco, ao determinar na sentença que no assento de nascimento das crianças conste que são filhas de L.R.M. e Li.M.B.G., sem declinar a condição de pai ou mãe.”¹⁸⁵.

Este também foi o entendimento dos Desembargadores Ricardo Raupp Ruschel e Maria Berenice Dias, tendo esta última feito severas críticas a atitude do membro do Ministério Público estadual. Neste sentido foi a observação da Desembargadora, que presidia a sessão naquela oportunidade, a saber:

Em face disso é que a única observação que eu faria ao detalhado e preciso voto do eminente Relator é um questionamento sobre a legitimidade do Ministério Público em veicular o recurso de apelação contra a sentença que deferiu a adoção. Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre as funções do Ministério Público, está o de (art. 201, inc. VIII): ‘zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis’. Assim, inclusive, creio que teria o Ministério Público legitimidade para ingressar com ação de adoção cada vez que se defrontasse com esta situação consolidada para regulamentar a situação jurídica das crianças. [...] Então, não consigo encontrar outra justificativa para o recurso a não ser o preconceito. A falta de lei nunca foi motivo para a Justiça deixar de julgar ou de fazer justiça. A omissão do legislador não serve de fundamento para deixar de reconhecer a existência de direitos. O certo é que o acolhimento da apelação deixaria as crianças ao desabrigo de um vínculo de filiação que já existe. Ao não se manter a filiação dessas crianças com a sua mãe, estaríamos mantendo esta feia imagem da Justiça, que é a da Justiça cega, com

afetivos que indicam bom prognóstico”. (grifo do autor). RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Acórdão 70013801592**, da Sétima Câmara Cível. Apelado: L. B. M. G. Apelante: M. P. Relator: Des Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, julgado em 05 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc.>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

¹⁸⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Acórdão 70013801592**, da Sétima Câmara Cível. Apelado: L. B. M. G. Apelante: M. P. Relator: Des Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, julgado em 05 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc.>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

os olhos vendados. Temos de continuar, cada vez mais, buscando uma Justiça mais rente à realidade da vida. [...].¹⁸⁶

Esta foi a primeira decisão, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, deferindo o pedido de adoção formulado por um casal de mulheres da Comarca de Bagé/RS. É possível verificar, pela análise do julgado, que toda a linha de argumentação utilizada para confirmar a decisão proferida em primeiro grau de jurisdição teve absoluto amparo nos princípios da dignidade humana e da proteção integral da criança. Esta decisão foi objeto de interposição de Recurso Especial, tombado sob número 889.852/RS.

Ainda, o julgado acima fora comentado pelo doutrinador Caio Mário da Silva Pereira¹⁸⁷, logo após a decisão proferida pelo TJRS:

A adoção conjunta por duas pessoas do mesmo sexo foi objeto de reconhecimento pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como relator o Desembargador Luis Felipe Brasil Santos. A Sétima Câmara Cível, por unanimidade, confirmou a sentença de primeira instância proferida pelo Juiz Marcos Danúbio Edon Franco, da Comarca de Bagé, concedendo a adoção de dois irmãos, à companheira da mãe biológica. A decisão reconheceu como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Não identificando os estudos especializados qualquer inconveniente para que crianças fossem adotadas, e comprovado o saudável vínculo de afeto existente entre as crianças e as adotantes, destacou o ilustre Relator: 'é hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227, CF)'. Não se pode usar como argumento contrário à adoção por casal homoafetivo a impossibilidade do registro do filho. O art. 54 da Lei nº 6.015, de 1973, conhecida como 'Lei de Registros Públicos', dentre os elementos de identificação, indica os nomes e prenomes dos pais, e os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos. Nada impede a simples menção dos 'pais', atendida a ordem alfabética e respectiva filiação biológica.

¹⁸⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Acórdão 70013801592**, da Sétima Câmara Cível. Apelado: L. B. M. G. Apelante: M. P. Relator: Des Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, julgado em 05 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

¹⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5: Direito de família. p. 42.

Tanto a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quanto a decisão do Superior Tribunal de Justiça, visaram, exclusivamente, proteger os interesses dos menores, como se verá a seguir.

4.2 Apresentação e Análise do Caso De Bagé/RS no Superior Tribunal de Justiça

O acórdão proferido por ocasião do julgamento do recurso de apelação julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, fora objeto de interposição de recurso especial pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, sendo que tal irresignação tramitou sob o número 889/852/RS, cuja relatoria, na Corte Especial, ficou por conta do Ministro Luís Felipe Salomão. Em sua análise o Magistrado observou a evolução histórica da sociedade e também dos costumes que outrora era considerado obsceno ou imoral e que atualmente é visto como corriqueiro. Disse o relator:

Além da peculiaridade antes realçada, uma outra observação inicial se impõe, ao tratar de tema tão importante. É a sincronização necessária entre a interpretação legal com o tempo presente. De fato, houve momento na história em que aparecer com tronco desnudo na praia era considerado obsceno, passível o autor de prisão em flagrante. Em tempos outros, o casamento interracial, nos Estados Unidos da América, era proibido em alguns estados da federação. Destarte, em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei, segundo penso, deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. Nesse passo, a cláusula constitucional que proíbe a discriminação (art. 3º, IV, da CF) deita raízes na Declaração Universal dos Direitos do Homem.¹⁸⁸

Ainda, Fábio Konder Comparato, traz:

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao

¹⁸⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: L. M. B. G. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infancia_home_c/adocao/Jurisprudencia_adocao/reais_vantagens/STJ%20-%20REsp%20889.852.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2016.

reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade.¹⁸⁹

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro, à época, não prever expressamente o direito à adoção pelos pares homossexuais, constituindo-se, assim, lacuna na lei, o recurso especial fora desprovido ao argumento de que, com o advento da lei 12.010 de 2009, a legislação nacional garante, como já garantia, o direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, devendo o enfoque estar sempre voltado aos interesses do menor.

É sabido ainda que em se tratando de adoção, existem vários interesses envolvidos, seja daqueles que pretendem adotar, seja dos menores, seja do Ministério Público ou até mesmo da sociedade em geral. Assim, segue o ministro relator, “é bem de ver que a lacuna não pode ser óbice à proteção, pelo Estado, dos direitos das crianças e adolescentes – direitos estes que, por sua vez, são assegurados expressamente em lei. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a ‘garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes’, devendo o enfoque estar sempre voltado aos interesses do menor”.

É de observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros interesses, até porque o que está em jogo é o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. Por isso mesmo, a matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais resta vinculado obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos dos menores, sejam crianças, sejam adolescentes, pois são questões indissociáveis entre si. É o que se verifica a partir da leitura do artigo 43 do

¹⁸⁹ COMPARATO. Fábio Konder. **Afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 240.

Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.¹⁹⁰

Citando a decisão proferida pelo TJRS, o ministro relator faz referência à análise do Desembargador Relator, Luiz Felipe Brasil Santos, acerca dos estudos realizados pela Universidade da Virgínia e pela Universidade de Valência, por exemplo, dando conta de que não existe nenhum inconveniente de ordem psicológica quando uma criança é adotada por casais homossexuais, sendo o mais importante a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o núcleo familiar em que as crianças serão inseridas.

Estas pesquisas citadas tanto no julgamento do Tribunal de Justiça gaúcho quanto no Superior Tribunal de Justiça, indicam, resumidamente, que nem sempre os papéis materno e paterno são desempenhados por indivíduos feminino e masculino e que as crianças que crescem em lares de uma família de lésbicas não apresentam necessariamente problemas ligados a isso na idade adulta.

É de ressaltar, ainda, o posicionamento do membro do Ministério Público Federal, ao proferir parecer contrário ao acolhimento da irresignação recursal interposta pelo MPRS, sustentando que o mais importante para a criança é a qualidade do vínculo de afeto e de amor mantido com a pretensa adotante, inexistindo prejuízo no âmbito psicológico-emocional ao menor, sendo que a adoção visa maior segurança, maior amparo e maior afeto.

A decisão emanada do Tribunal gaúcho diz que “é hora de abandonar os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes.”¹⁹¹, o que fora ratificado em sede de julgamento de recurso especial.

As pesquisas realizadas pelas Universidades supracitadas não sinalizam qualquer prejuízo para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar os seus direitos, o pleito de adoção deve

¹⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 [ECA]**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

¹⁹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Acórdão 70013801592**, da Sétima Câmara Cível. Apelado: L. B. M. G. Apelante: M. P. Relator: Des Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, julgado em 05 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc.>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

ser deferido, seja a família formada por um pai e uma mãe, ou por dois pais ou por duas mães.

No caso das crianças de Bagé/RS, as crianças já estavam vivendo com o casal desde o seu nascimento e qualquer solução denegatória do pedido de adoção retiraria das crianças o direito à proteção integral, eis que contariam somente com uma das mães figurando em sua certidão de nascimento. Isso tudo sem falar que os menores não estariam protegidos materialmente, no que toca ao direito de alimentos, por exemplo, em caso de separação do casal de mães, ou ao direito sucessório, em caso de morte da pretensa adotante.

A situação fática já estava consolidada, as crianças identificavam as duas mulheres como mães, sendo ambas responsáveis pela educação e criação dos menores, identificando-os como verdadeiros filhos, não havendo qualquer prejuízo em suas criações. Ainda, a pretensa adotante era quem possuía melhores condições financeiras, eis que era professora universitária e funcionária pública estável, possuindo, dessa forma, meios de manutenção da família. Por outro lado, a mãe adotiva das crianças era profissional autônoma e com problemas de saúde, a qual não possuía condições de, sozinha, manter o sustento das crianças. Negar o direito à adoção, neste caso, seria afrontar o princípio da proteção integral da criança.

A realidade dos albergues brasileiros, em que milhares de crianças aguardam a oportunidade de ter uma família, fora lembrada pelo Ministro Luís Felipe Salomão¹⁹²:

A atitude da requerente, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. A adoção, quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, como no caso dos autos, é um gesto de humanidade, e LRM foi além, adotando duas crianças e delas cuidando. Os menores são, ainda, irmãos biológicos – e, segundo o Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

Em análise do recurso especial interposto, fora ressaltado pelos magistrados do STJ que os argumentos levados para análise do recurso, distava do ponto central

¹⁹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: L. M. B. G. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infancia_home_c/adocao/Jurisprudencia_adocao/reais_vantagens/STJ%20-%20REsp%20889.852.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2016.

da questão, qual seja, o interesse do menor, insurgindo-se tão somente em relação ao fato de que as crianças estavam sob a guarda de família formada por mulheres homossexuais.

A própria doutrina vai ao encontro dos argumentos trazidos pelos Ministros a Corte Superior, como ressalta Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia a respeito:

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 de a criança se sentir diferente e discriminada. Assim, a criança poderia se sentir estigmatizada não por ser adotada por pessoas homossexuais, mas pela lei de seu país não considerar sua família como tal.¹⁹³

Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão posta a julgamento no STJ, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso analisado, havia mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Na verdade, ocorreria verdadeiro prejuízo aos menores em caso de não deferimento da medida.

Ademais, recordaram os Ministros que não existe proibição para o reconhecimento de qualquer união, seja ela homo ou heterossexual a ensejar o direito a adoção, desde que preenchidos os requisitos legais, constituindo-se, assim, uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse particular, leciona Vicente Rao:

As lacunas do direito normativo, segundo Enneccerus, nos quatro casos seguintes se verificam:

[...]

2º. quando a norma é totalmente omissa: a) intencionalmente, porque o problema, ao sobrevir a lei, não se achava suficientemente amadurecido para a solução; b) ou, apenas, porque a solução não foi prevista; c) ou, ainda, porque a questão não chegou a ser praticamente suscitada até a superveniência da norma.¹⁹⁴

¹⁹³ FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais**: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009. p. 217.

¹⁹⁴ RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 1, p.456-458.

É de lembrar que o Superior Tribunal de Justiça, a despeito de não haver reconhecido expressamente a união estável homoafetiva, considerou-a análoga à união entre pessoas de sexos diferentes, fazendo incidir, a fim de dispensar tratamento igualitário, em termos patrimoniais, às relações heterossexuais e homossexuais, a norma inserta no artigo 4º da LICC, que dispõe¹⁹⁵: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

O próprio Supremo Tribunal Federal também já se manifestou, em decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello¹⁹⁶, quando analisou o pleito formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.300/DF.

¹⁹⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

¹⁹⁶ UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (ART.226,PARAGRAFO 3º, NO CASO). DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF. [...] Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (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), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas. FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 119-127; VARELLA, Luiz VARELLA, Salem Irene Innwinkl Salem. **Homoerotismo no direito brasileiro e universal: parceria civil entre pessoas do mesmo sexo**. Campinas: Agá Juris, 2000, RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE/RS, 2001. p. 97-128, MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 161-162; GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; FERNANDES, Taísa Ribeiro. **União homossexuais: efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004. GIORGIS José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 88, t. 1, p. 224-252, dez. 2002. v.g.

Finaliza o Ministro relator argumentando que tendo em vista que as uniões formadas pelos casais homossexuais merecem tratamento idêntico ao conferido às uniões estáveis prevista na Constituição Federal de 1988 (formada pelo homem e pela mulher), a circunstância de se tratar de casal homossexual, por si só, não é motivo para impedir a adoção de menores, negando assim provimento ao Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul.

O voto fora acompanhado pelos Ministros Aldir Passarinho Junior, Honildo Amaral de Mello Castro e João Otávio de Noronha que formavam, àquela ocasião, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Dessa forma, com o julgamento de deferimento do pedido de adoção pelo casal de lésbicas de Bagé/RS, se consolidou o direito de o casal homossexual requerer a adoção no Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa abordou a questão da adoção por casais formados por pessoas homossexuais sob o prisma da igualdade e da dignidade do ser humano, dois dos princípios mais importantes da Constituição da República. Buscou-se com o presente estudo, analisar todas as bases do tema, bem como argumentos contrários utilizados para a sustentação da impossibilidade da adoção por homoafetivos. Ao contrário do que se acreditava no início, as decisões judiciais privilegiaram o melhor interesse do menor, o que é protegido tanto pela Constituição Federal de 1988 quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e nem tanto a igualdade e a dignidade do ser humano, como se acreditava, princípios basilares da República Federativa do Brasil.

Fora realizado, no decorrer do presente estudo, um levantamento histórico a fim de encontrar as origens do instituto da adoção, que remonta ao Código de Hamurábi e outras civilizações como gregos e romanos. Em seguida, observou-se que o conceito e a natureza jurídica de família variaram de acordo com a época e no decorrer dos séculos a mulher deixou de ser subserviente e subordinada à figura masculina, para assumir papel protagonista na família. Adotou-se neste trabalho então a corrente híbrida ou mista, por ser a mais coerente com os pilares formadores da adoção, o acordo de vontades e o atendimento a certas formalidades legais. Em seguida, passou-se a analisar a adoção no direito brasileiro desde suas origens até a sua situação atual, passando pelos Códigos Civis dos anos de 1916 e 2002, bem como pela Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

A Constituição Federal tornou-se um marco não só no que diz respeito à adoção, mas também por ser a responsável por esgarçar o conceito de família, dando *status* de entidade familiar à união estável formada pelo homem e pela mulher, o que, até então, era tida como relações clandestinas, e por equiparar filhos adotivos e biológicos no tocante a direitos e deveres, proibindo a discriminação entre eles. A atual Lei Fundamental valorizou os vínculos familiares afetivos ao também reconhecer, *v.g.*, a família monoparental. Os princípios fundamentais provocaram uma revolução no âmbito do direito de família.

Em subtópico próprio foi tratado sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo possível constatar que há requisitos tanto de ordem objetiva, por exemplo o adotando ter na data do pedido de adoção menos do que 18 (dezoito)

anos, como de ordem subjetiva, referente à uma profunda análise dos adotantes por profissionais da área da Psicologia e Serviço Social, seja por avaliação psicológica seja por estudo social realizado por profissional competente, sempre visando proporcionar ao adotado um lar harmonioso, em observação ao princípio do melhor interesse da criança.

Conclui-se que o ECA garante maior proteção ao adotado do que o Código Civil, por ser uma lei mais específica e mais abrangente, devendo então ser aplicado de forma principal, e o Código Civil, por se tratar de lei geral, de maneira subsidiária. No primeiro capítulo, foi estudada a família e suas origens que remetem às civilizações mais remotas. A seguir, é verificada uma evolução, tanto no conceito de família e sua estruturação, chegando aos papéis desempenhados pelos seus membros, em que a família passa, então, a ter um conceito mais esgarçado, mais democrático, mais plural, em que a mulher passa a assumir um papel de protagonista em detrimento daquele subserviente, até então exercido.

No segundo capítulo, passou-se à análise da igualdade sob o prisma aristotélico e da dignidade humana sob o prisma kantiano, utilizando-se da teoria de Immanuel Kant e o seu clássico “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, bem como, para analisar a igualdade, utilizou-se da teoria de Aristóteles e a sua obra “Ética a Nicômaco”, clássico da Filosofia grega. Ainda no segundo capítulo, discutiu-se acerca dos direitos humanos das pessoas LGBTTI, bem como o direito ao casamento igualitário assegurado através da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça e, também, sobre a doutrina da proteção integral da criança, o que é protegido tanto pela Constituição brasileira quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No terceiro e derradeiro capítulo analisou-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no ano de 2006, o qual confirmou a decisão do juiz de direito da Comarca de Bagé/RS, Doutor Marcos Danilo Edon Franco que era responsável pelo caso, deferindo a adoção de crianças à companheira da mãe dos menores, baseando-se eminentemente no princípio do melhor interesse da criança. Devido à aparente ausência da lei em relação às uniões homoafetivas, os tribunais se posicionavam de duas formas: consideravam-na como sociedade de fato ou como entidade familiar. É de destacar que, após julgamento da ADI nº 4.277 pelo Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, tal entendimento já

restou superado, sendo que a totalidade das Cortes estaduais passaram a conferir *status* de entidade familiar à união formada por casais homossexuais.

A posição mais acertada foi o entendimento dessa união como entidade familiar, o que já fora reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, baseada na analogia, princípios gerais do direito e o artigo 226, §3º como uma cláusula geral de inclusão. Ela já vinha sendo adotada de forma crescente entre os juízes e tribunais pátrios, destacando-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No entanto, com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006), por exemplo, ocorreu uma modificação expressa no reconhecimento de entidade familiar. Com o propósito de impedir a violência doméstica, o legislador estendeu a proteção às companheiras do mesmo sexo, conforme previsão do parágrafo único do artigo 5º da referida Lei, o que através do princípio da igualdade também passa a ser aplicado aos casais do sexo masculino.

Assim, por meio dessa manifestação da Lei com o escopo de proteger as mulheres da violência doméstica, violência esta ocorrida em ambiente familiar, na própria residência da vítima, acabou por considerar de forma indubitável casais do mesmo sexo como entidades familiares. No direito estrangeiro, pode-se atentar para o fato de um número considerável de países reconhecerem essas uniões, alguns com o mesmo *status* de casamento, bem como seus efeitos, outros como uniões de fato ou civis, sendo os direitos variáveis de país para país. O que se tem, na verdade, é um claro avanço dos direitos à população LGBTTI, formada por Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis e Intersexuais.

No direito brasileiro comprovou-se a ausência legislativa que regulamentasse de forma expressa uma possível proibição ou permissão desta adoção. Conclui-se assim, que aquilo que a lei não restringiu, não cabe aos operadores do direito fazê-lo. Estudos demonstraram que crianças que permaneceram em instituições apresentavam sintomas de uma síndrome chamada hospitalismo, decorrente da falta de atenção, colo, carinho, e, além disso, apresentavam necessidades que iam além das fisiológicas. Ademais, elas exibiram capacidade cognitiva menores do que aquelas crianças que jamais passaram por orfanatos, mas que ao serem adotadas conseguem aumentá-los.

A preferência na escolha do perfil da criança também foi estudada, e foi verificado que os casais homossexuais têm suas pretensões à adoção voltadas às

crianças que não são componentes do ideal: branca, olhos azuis e ainda bastante jovem, ou recém nascida. Ao contrário, eles adotam crianças que são rejeitadas pela maioria de casais formado por pessoas heterossexuais. Um estudo realizado nos Estados Unidos da América mostrou que os casais homoafetivos estudam mais e apresentam condição financeira e social melhores do que os casais formados por heterossexuais.

Em relação à questão social, o preconceito brotou, mas pesquisas demonstraram que não foi nada que atrapalhasse o desenvolvimento das crianças. Assim como ocorreu com os filhos de pais separados, o preconceito só permanece até quando os mais conservadores se acostumem com a nova realidade, não sendo motivo suficiente e capaz de impedir os vários benefícios que a adoção trará ao adotado. Por último, estudos demonstraram que a orientação sexual dos pais nada tem de determinante na sexualidade dos filhos, não podendo constituir óbice para o deferimento do pedido de adoção, que os casais homoafetivos são tão capazes quanto os heterossexuais de proporcionar a uma criança um ambiente familiar amplamente saudável, sadio e harmonioso.

Cumprе ressaltar que, enquanto a lei não chega e não acompanha a evolução da sociedade, cabe aos magistrados brasileiros garantir direitos aos casais formados por gays e por lésbicas, inclusive o direito à adoção, o que exatamente fora o que ocorreu no caso estudado no capítulo terceiro deste trabalho. A prioridade absoluta do Estado brasileiro deve ser com crianças e adolescentes. É o que determina a Constituição Federal em seu artigo 227, ao assegurar-lhes uma miríade de direitos, entre eles, o direito à convivência familiar, o direito à vida, à educação, à saúde e o amplo acesso a oportunidades. E maior é a responsabilidade quando, afastados dos pais, encontrando-se em situação de vulnerabilidade.

A ciência do Direito não tem por finalidade julgar conceitos morais, religiosos ou culturais, mas sim, ajustar as relações em uma sociedade, dando amplo respaldo jurídico a todos os seus cidadãos para que seus componentes possam viver de maneira harmônica e, principalmente, com dignidade, valor maior da República brasileira.

O papel de pai e de mãe não foi considerado obrigatório no ambiente familiar da criança, pois o menor tem outros meios de ter contato com pessoas de ambos os sexos, como tios, tias, amigos, avós, professores, primos, entre outros. Os filhos de

pais homossexuais pesquisados não apresentaram qualquer distúrbio de ordem psicológica ou mental, bem como foi desmistificada a relação entre homossexualidade e pedofilia, demonstrando haver riscos da criança ser abusada sexualmente tanto por pessoas heterossexuais como por cidadãos homossexuais, sendo comprovada a maior incidência entre sujeitos heterossexuais. Portanto, como se vê, não apenas em Pasárgada é possível a felicidade e a harmonia, não caracterizando, assim, o utópico desejo trazido no poema do pernambucano Manuel Bandeira, em que somente “lá” era possível ser feliz independente de qualquer coisa.

REFERÊNCIAS

- ALONSO GARCIA, Enrique. **La interpretacion de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ALVES, João Luiz. **Código civil da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1917.
- ANDRADE, José CarlosVieira de **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**: da Europa feudal à renascença. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. v. 2.
- ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada**: da Europa feudal à renascença. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. v. 3.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BENEDITO, Ademir de Carvalho. Justiça de menores no Brasil: sua verdadeira finalidade. CURY, Munir et al. (Coord.). **Temas de direito do menor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- BERNARDI, Iara. **Projeto de lei da câmara nº 122, de 2006 - (criminaliza a homofobia)**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 27 out. 2015.
- BÍBLIA. Português. **Bíblia de Jerusalém**. Porto Alegre: Paulinas, 1991.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura apud SALAZAR JUNIOR, João Roberto. **A adoção no código de menores**. 2006. f. 95. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7437/1/JOAO%20ROBERTO%20SALAZAR%20JR.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura **Família**. Duque de Caxias: Jailson Livros. 2005.
- BOBBIO, Norberto **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Ed. UNB-Polis, 1989.
- BRASIL concederá vistos para estrangeiros por união homossexual. **Bem Paraná**, Curitiba, 6 maio 2008. Disponível em: <<http://www.bemparana.com.br/noticia/66992/brasil-concedera-vistos-para-estrangeiros-por-uniao-homossexual>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, ano 2, n. 173, 29 de janeiro de 1988, p. 421-425. Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926**. Institue o Código de Menores. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl5083.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 27 out. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. **Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 [ECA]**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas corpus 85.086-3**. Partes: Minas Gerais, Min. Carlos Britto, Lúcio Carlos Finholdt Pereira, Manoel de Jesus Filho, Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Carlos Britto. Despacho de 2 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14793908/habeas-corpus-hc-85086-mg-stf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 58/DF. Partes: Airtton de Oliveira e outros, Presidente da República. Relator: p/ Acórdão Min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, Seção I, p. 4.580, 19 abr, 1991.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Nascer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 14, p. 15, jul./dez. 2000.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 78, p. 207, jun. 2000.

BUNCHAFT. Maria Eugênia. A temática das uniões homoafetivas no Supremo Tribunal Federal à luz do Debate Honneth-Fraser. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 133-156, jan./jun. 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. v. 1.

CHAVES, Marianna. União homoafetiva: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2896, 6 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19274>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito público**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

COMPARATO. Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORSO, Diana. **Socorro, barata!** mulheres e baratas: inimidade letal, intimidade herdada. [S.l.], 19 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.marioedianacorso.com/category/diana/zero-hora>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

COSTA, Tarcisio José Martins. **Adoção transnacional, um estudo sociojurídico e comparativo da legislação atual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

COSTA, Yasmin Rodrigues Madeira da. **O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro**. São Paulo: Revan, 2005.

CUVILLIER, Armand. **Manual de sociologia**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1966. v. 3.

DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 116, p. 357-367, 1948.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. França, 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9>>

1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em: 25 set. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. São Paulo: RT, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DIREITOS LGBT no Brasil. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. [S.l.], 21 jun. 2015. <https://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_LGBT_no_Brasil>. Acesso em: 27 out. 2015.

ESPAÑA. Constituição (1978). **La Constitución española de 1978**. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=97&fin=107&tipo=2>>. Acesso em: 27 out. 2015.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. São Paulo: Bookseller, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. São Paulo: Globo, 2000. v. 1.

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

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **União homossexuais**: efeitos jurídicos. São Paulo: Método, 2004.

FONSECA, Claudia. **Caminhos da adoção**. São Paulo: Cortez, 1995.

FREIRE, Fernando (Org.). **Abandono e adoção**: contribuições para uma cultura da adoção. Curitiba: Terra dos Homens, 2001.

FREITAS, Lúcia Maria de Paula. Adoção: quem em nós quer um filho? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 3, n. 10, p. 150, jul./set. 2001.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 42. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: M. Claret, 2003.

GIORGIS José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 88, t. 1, p. 224-252, dez. 2002.

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

GODELIER, Maurice. **Metamorphoses de la parenté**. Paris: Fayard, 2004.

HÉRITIER, Françoise. A coxa de Júpiter: reflexões sobre os novos modos de procriação. **Estudos Feministas**, Florianópolis, ano 8, p. 108-109, 1º sem. 2000.

HORKHEIMER, Max. Autoridade e Família. In: HORKHEIMER, Max. **Teoria crítica: uma documentação**. São Paulo: Perspectiva e USP, 1990.

ITALIA. Constituição (1947). **Costituzione Della Repubblica Italiana de 1947**. Disponível em: <<http://www.quirinale.it/qrnw/costituzione/pdf/costituzione.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril, 1980.

KRAUSE, Paul Medeiros. Projeto de Lei nº 5003-b/2001 (crimes de homofobia): a lei da mordada gay, os superdireitos gays, inconstitucionalidade e totalitarismo. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 23 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,projeto-de-lei-no-5003-b2001-crimes-de-homofobia-a-lei-da-mordaca-gay-os-superdireitos-gays-inconstitucionalid,21151.html>>. Acesso em: 27 out. 2015.

KRAUSE, Paul Medeiros. Projeto de lei nº 5003-b/2001 (crimes de homofobia). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1269, 22 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9306>>. Acesso em: 27 out. 2015.

KRISTENSEN, Christian Haag; OLIVEIRA, Margrid Sauer; FLORES, Renato Zamora. Violência contra crianças e adolescentes na grande Porto Alegre. In: _____ et al. **Violência doméstica**. [S.I.]: AMENCAR, 1999.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 13, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>. Acesso em: 27 out. 2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991. v. 1.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

MALTCHIK, Roberto; DAMÉ, Luiza. Itamaraty oficializa direitos de gays. **O Globo**, São Paulo, 7 jun. 2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/itamaraty-oficializa-direitos-de-gays-3006963#ixzz4W4V0ayjd>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor: artigos 1 ao 74: aspectos materiais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES. Cláudia Lima. **A subsidiariedade da adoção internacional: diálogo entre a Convenção de Haia de 1993, o ECA e o novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito constitucional interpretado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

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

MEDEIROS, Benizete Ramos. **Trabalho com dignidade**: educação e qualificação é um caminho? São Paulo: LTR, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, p. 79, 1993.

MELLO, Luiz. Outras famílias: a construção social da conjugalidade homossexual no Brasil. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 24, p.197-225, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n24/n24a10.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

MEZZOMO, João C; EL-KHATIB, Faissal. **A família**: conflitos e perspectivas. Curitiba: Grafipar, 1970. v. 2.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1, de 1969**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970. t. 6.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Bookseller, 1999. t. 9.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A declaração universal dos direitos da criança e seus sucedâneos internacionais (tentativa de sistematização)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 89-112, jan./mar. 2000.

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

NAVARRO, Frias; LLOBELL, Pascual; BORT, Monterde. **Hijos de padres homosexuales**: qué les diferencia. Texto cedido, em meio eletrônico, pela Dra. Maria Berenice Dias.

NEGRÃO, Sônia Regina. **Direito à intimidade sexual**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JR. Nelson; MACHADO, Marta de Toledo. O estatuto da criança e do adolescente e o novo código civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 12, ano 3, p. 9-49, dez. 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Denis Augusto de. Homoafetividade: uma análise transdisciplinar. **ANIMA**: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, Curitiba, ano 6, n. 12, jul./dez. 2014.

OLIVEIRA, Guilherme. **Temas de direito de família**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PATTERSON, C. J. **Resultats des recherches concernant l'homoparentalité**. Texto cedido, por via eletrônica, pela Dra. Elizabeth Zambrano.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5: Direito de família.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 42-43, out./dez. 1992.

PEREIRA, Tânia Maria. **Infância e adolescência**: uma visão histórica de sua proteção e jurídica no Brasil. [S.l.], 4 mar. 2011.

PEREIRA, Tânia Maria. **O princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática. [S.l.], 2008. Disponível em: <http://www.jfgontijo.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2016.

PERLINGIERI, P. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Camerino: ESI, 1984.

PERRIN, Ellen C. **Technical report**: coparent or second-parent adoption by same-sex parents. Texto cedido, em meio eletrônico, pela Dra. Maria Berenice Dias.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Veja**, São Paulo, n. 25, p. 75, abr. 1993.

PIOVESAM, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PROJETO que criminaliza homofobia será arquivado. **Agência Senado**, Brasília, DF, 07 jan. 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/01/07/projeto-que-criminaliza-homofobia-sera-arquivado>>. Acesso em: 27 out. 2015.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 1

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC 70009550070**, da Sétima Câmara Cível. Apelado: A. D. O. Apelante: I. M. A. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, julgado em: 17 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Acórdão 70013801592**, da Sétima Câmara Cível. Apelado: L. B. M. G. Apelante: M. P. Relator: Des Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, julgado em 05 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70003044427**, Sétima Câmara Cível. Apelado: M. P. Apelante: L. S. D. Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, julgado em 22 de maio de 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: L. M. B. G. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infancia_home_c/adocao/Jurisprudencia_adocao/reais_vantagens/STJ%20-%20REsp%20889.852.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2016.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE/RS, 2001.

ROLIM, Marcos. Casais homossexuais e adoção. [S.l.], 2006. Disponível em: <<http://www.rolim.com.br/cronic162.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

SALAZAR JUNIOR, João Roberto. **A adoção no código de menores**. 2006. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7437/1/JOAO%20ROBERTO%20SALAZAR%20JR.pdf>>. Acesso em: 1 mar. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAVOLAINEN, Kaisa et al. **Todos os seres humanos... manual da educação para os direitos do homem**. Lisboa, Comissão Nacional da UNESCO, 1998. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/mundo/livro_onu/capitulo3.htm>. Acesso em: 1 mar. 2016.

SCHEUNEMANN, Arno. **Homossexualidade, conjugalidade e violência: alternativas de compreensão e perspectivas de vida**. São Leopoldo: Oikos, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Myriam Vasconcelos de. **Adoção *intuitu personae* à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STURZA, Janaína Machado. O princípio da dignidade humana: instrumento de subsídio para a consecução do direito à saúde. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org.). **Direito, cidadania & políticas públicas** Curitiba: Multideia, 2011. v. 6.

TASKER, Fiona L.; GOLOMBOK, Susan. Grandir dans une famille lesbienne. In: GROSS, Martine (Coord.). **Homoparentalités, état des lieux**. Paris: Éditions érès, 2005. p. 170.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VARELLA, Luiz VARELLA, Salem Irene Innwinkl Salem. **Homoerotismo no direito brasileiro e universal: parceria civil entre pessoas do mesmo sexo**. Campinas: Agá Juris, 2000.

VENÂNCIO, Renato Pinto. Adoção antes de 1916. In: LEITE, E. (Coord.). **Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 271-282.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **Contribuciones desde Coatepec**, Toluca, n. 12, p. 123-138, enero/junio 2007.

VIEIRA, Willian; NUBLAT, Johanna. Justiça gaúcha facilita adoção por casais gays. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 jun. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1506200808.htm>>. Acesso em: 27 out. 2015.

VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, ano 27, n. 21, 1979.

VILLELA, João Batista. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ZAVASCHI, Maria Lucrecia Scherer. Aspectos da relação pais-filhos na adoção. **Revista de Psiquiatria**, Porto Alegre, v. 1, n. 3-4, p. 38, 1979.

ZAVASCHI, Maria Lucrecia; COSTA, Flávia; BRUNSTEIN, Carla. O bebê e os pais. In: EIZIRIK, Cláudio Laks; KAPCZINSKI, Flávio; BASSOLS, Ana Margareth Siqueira. **O ciclo da vida humana: uma perspectiva psicodinâmica**. Porto Alegre: Artmed, 2001.