

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**GUSTAVO HENRIQUE GOMES DA ROSA**

**A UNIÃO HOMOAFETIVA:  
PROSPECTANDO NOVOS CONTORNOS JURÍDICOS**

**FLORIANÓPOLIS**

**2016**

GUSTAVO HENRIQUE GOMES DA ROSA

A UNIÃO HOMOAFETIVA:  
PROSPECTANDO NOVOS CONTORNOS JURÍDICOS

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Universidade Federal de  
Santa Catarina, como requisito para  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. MSc. Renata Raupp Gomes

FLORIANÓPOLIS

2016

## RESUMO

A determinação de família alterou-se e ainda se altera concomitantemente à evolução da sociedade. Sofre, de tempos em tempos, evoluções e pode ser classificada atualmente como o berço onde cada indivíduo desenvolve seus valores primordiais. Categoriza-se, em suma, como a primeira relação de afetividade entre pares do homem. Tendo em vista as inúmeras modificações na concepção de família, este Trabalho de Conclusão de Curso visa destacar que a consagração dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da igualdade de filiações e da pluralidade das entidades familiares ocorreu apenas com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Neste aspecto, o presente Trabalho visa destacar a maior atenção ao critério socioafetivo da parentalidade em detrimento da proeminência do vínculo consanguíneo anteriormente existente.

Tendo em vista as perspectivas multidimensionais das relações familiares, a multiparentalidade surge como fenômeno jurídico globalizante, objetivando, por fim, assegurar tutela jurídica a toda sorte de relação que possa ser enquadrada como familiar. Decorrem da sua existência efeitos vinculantes, bem como a ampliação da doutrina e da jurisprudência correlatas. Isto posto, o presente Trabalho de Conclusão de Curso faz considerações sobre a definição de família, buscando abranger especialmente a composição familiar por casais homoafetivos e aponta, em seus pormenores, a relevância do afeto como fator preponderante para a existência do vínculo parental, caracterizando-o como mola propulsora dos mais diversificados arranjos familiares existentes atualmente.

**Palavras-chave:** Família. Afetividade. Multiparentalidade. Homoafetividade.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.....	12
1.1 A homossexualidade: histórico e abordagem.....;	12
1.2 A união homoafetiva do ponto de vista jurídico ao redor do mundo..;.....;	16
2 INSTITUTO DA ADOÇÃO: HISTÓRICO E PERSPECTIVA.....	23
3 DA FAMÍLIA.....	28
3.1 Conceito de família e sua evolução no Brasil;.....	28
3.2 O impacto no ordenamento jurídico das novas famílias.....	34
3.3 Família e multiparentalidade.....	38
3.4 Reprodução humana assistida e seus reflexos no instituto da filiação.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS.....	49

## INTRODUÇÃO

A família constitui-se como a primeira relação de comunhão entre seres humanos. Vista como ponto de partida do caráter humano, a família é a primeira referência do homem enquanto ser social, sendo o seio familiar aquele que calca o desenvolvimento dos valores e distintos aprendizados para a vida, tornando a família base para inúmeras decisões, conceitos e futuras ações.

Devido às inúmeras transformações nas relações familiares ao longo dos tempos, faz-se imprescindível que o Direito e seus operadores acompanhem tais evoluções, tendo em vista principalmente seu papel de fornecer tutela jurídica às novas formações familiares. Inclui-se nesta gama de relações a homoafetividade, com número claramente cada vez mais representativo na sociedade. De relevância ímpar, a tutela integral familiar traduz-se na possibilidade jurídica da adoção, pautada no princípio da dignidade humana, isenta de discriminação e, sobretudo, fundada no melhor interesse da criança e do adolescente. Decorre daí a necessidade de sua discussão e amparo legal.

As mudanças socioculturais vivenciadas no país permitiram reconhecimento aos mais variados arranjos familiares, com destaque à amplitude na consagração da pluralidade das entidades familiares após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Embora persistam preconceitos e tabus, aos operadores do direito recai a tarefa de sair da “zona de conforto” dos conceitos outrora fixados, em prol da justiça e da proteção daqueles que possuem condições de ser uma família, sem interferência da orientação sexual, tendo em vista que se faz evidente que o fator de maior relevância à criação de um indivíduo é o afeto, não a opção sexual.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso busca demonstrar brevemente a trajetória legislativa da adoção por casais homoafetivos em território nacional chegando aos dias atuais a fim de verificar como se interpreta o disciplinamento legal deste tipo de adoção no ordenamento jurídico, assim como os efeitos jurídicos decorrentes. A sua confecção utiliza-se do método dedutivo de pesquisa e do procedimento bibliográfico, com pesquisa indireta através da doutrina e jurisprudência, seccionado em três capítulos.

O primeiro aborda a evolução histórica da homossexualidade, destacando sua existência desde a antiguidade, passando pela mitologia grega e chegando à materialização da união homoafetiva, através da exposição de fatos relevantes para a supressão do preconceito e com destaque aos países que foram pioneiros na tutela jurídica destas comunidades.

O segundo capítulo, por sua vez, trata sobre a adoção, partindo do caráter extremamente antiquado de sua instituição – mera forma de perpetuar o culto aos antepassados – até a sua caracterização nos dias atuais, envolta especialmente no cuidado ao melhor interesse da criança e do adolescente.

O terceiro e último capítulo trata sobre a evolução da conceituação do termo família no país, observando a busca por salvaguardar em sua determinação o afeto, considerado o fator de maior relevância nas relações de uma família. Isto posto, falar-se-á sobre o instituto da multiparentalidade no ordenamento jurídico interno e também sobre a utilização da barriga solidária como forma de manifestação do interesse da criação do vínculo de parentalidade por casais homoafetivos.

Seguem ainda as considerações finais do autor e as referências utilizadas.

## 1. A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

A transformação da sociedade outorga ao Direito dentro de suas prerrogativas a busca pela sua essência, a justiça, pois uma eventual omissão frente ao processo evolutivo das sociedades imputa culpa ao Direito, responsável pela regulação das relações sociais. A adoção por casais homoafetivos é um tema em voga atualmente, amplamente debatido pela sociedade e dentro do Congresso Nacional.

No entanto, é perceptível que o Poder Judiciário tem tomado para si funções legislativas, visto a omissão dos legisladores nacionais nesta matéria, incorrendo na necessidade de tutela jurídica àqueles que anseiam adotar, pois segundo o Ministro Luis Felipe Salomão a adoção é um ato de amor por si só e, portanto, verificado o bem estar do menor, não há razão plausível para cercear o direito à adoção exclusivamente em função da orientação sexual dos adotantes.

### 1.1 A homossexualidade: histórico e abordagem

Com vias de tratar o tema da homossexualidade sob a perspectiva jurídica é necessário considerá-la primeiramente enquanto manifestação social. De acordo com Alexandre Miceli Alcântara de Oliveira (2003) a primeira designação utilizada para descrever esse tipo de conduta, a priori denominada homossexualismo, foi criada pelo médico húngaro Karoly Benkert no ano de 1869. Etimologicamente, a palavra homossexualismo é constituída pelos vocábulos “homo” e “sexu”. A primeira tem origem no grego com sentido de semelhança, enquanto a segunda provém do latim e descreve aquilo que é relativo ou pertence ao sexo. Segundo Lopes (2007, p.5), para uma melhor descrição do fenômeno, atualmente se utiliza a palavra “homoafetividade”, criada pela Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, conectando o radical “homo”, que indica o semelhante ao termo “affectu”, que trata do carinho e da afeição, destacando o valor sentimental que é o cerne da relação.

Pode-se afirmar que existem valores culturais dominantes em cada época, incorrendo na existência de um sistema de exclusão baseado em características distintas para cada lugar e em cada momento histórico. Portanto, é possível constatar que na evolução das sociedades as práticas homossexuais foram

aprovadas, toleradas ou punidas dependendo da conjuntura histórica. Neste prospecto, faz-se necessário destacar que a homossexualidade é tão antiga quanto a existência da própria humanidade, fazendo-se presente na evolução social, cultural e histórica do homem, em ambientes diversos, desde aqueles mais masculinizados, como o Exército, até os mais opressivos, como a Igreja Católica. Observa-se, portanto, a dualidade entre o fascínio e a repulsa, a prática e a condenação da prática homossexual, conforme destaca Trevisan (1997, p.47).

Para Coulanges (2002) na antiguidade, em sociedades como a grega e a romana a homossexualidade era, de certo modo, tolerada e em alguns casos, inclusive, estimulada. Para essas sociedades as relações homoafetivas ocupavam a função de iniciar o jovem na vida adulta, em aspecto militar, cultural e também sexual. A prática do coito heterossexual entre os gregos tinha por objetivo a constituição da polis e a procriação, sendo a homossexualidade sempre presente em ambientes cultos, visando à satisfação da libido. A educação na Grécia buscava conjugar elementos da virilidade com o culto ao sexo masculino, enquanto a própria mitologia reiterava tais práticas.

Na mitologia grega, por sua vez, encontram-se inúmeras referências à homossexualidade, tendo como um de seus principais representantes o casal homossexual formado por Zeus e Ganimedes. Segundo a mitologia, Ganimedes foi um príncipe troiano de incrível beleza, por quem Zeus se apaixonou. Nas imediações de Troia, o jovem foi avistado por Zeus enquanto cuidava dos rebanhos de seu pai. Aturdido com a beleza do mortal, Zeus transformou-se em uma águia e o raptou, possuindo-o em pleno voo. Ganimedes foi levado ao Olimpo e, apesar do ciúme de Hera, tomou da deusa Hebe a função de servir o néctar aos deuses, bebida que oferecia a imortalidade aos deuses olímpianos. Em homenagem ao jovem, Zeus mais tarde colocou-o na constelação de Aquário.

Pode-se afirmar que a denominada “sodomia” não era dissimulada, mas ao mesmo tempo não era incitada na sociedade romana. A homossexualidade era vista, contudo, como um defeito, uma vez associada à feminilidade e, conseqüentemente, era vista como uma inaptidão e impotência política, baseada na comparação entre homossexuais e as mulheres da época. Houve, entretanto, uma exceção na sociedade romana, quando a homossexualidade estava incorporada na personalidade do imperador. Registros históricos demonstram uma aceitação



calada, velada, devido ao poder quase que absoluto do augusto imperador romano, divino em seus títulos, porém homem como todos os outros (FARIAS; BORTOLOZZI, 2009).

Para Alexandre Miceli Alcântara de Oliveira (2003, p. 31), O imperador Adriano, é descrito como:

“além de hábil guerreiro e administrador, um cultor e admirador das artes e filosofias gregas, que considerava muito superiores às romanas. Possuidor de um conhecimento enciclopédico, o seu reinado foi marcado por inúmeras viagens às províncias, que entraram para a história como as ‘Viagens de Adriano’.

A história diz que Adriano se apaixonou numa dessas viagens por um jovem proveniente da Ásia Menor, chamado Antínoo, assumindo seu romance, e tendo a companhia deste jovem em todas as suas viagens. Com sua morte, Adriano determinou luto nacional e com o objetivo de imortalizá-lo, colocou diversas estátuas suas em Roma, inclusive fundando a cidade de Antinópolis.

Com a ascensão do Cristianismo, verifica-se o aumento da repressão e da condenação das práticas homossexuais. Baseando-se na filosofia tomista, o sexo destinava-se à procriação, objetivando o aumento quantitativo na população de fiéis. O homossexualismo tornou-se crime pela Santa Inquisição, no III Concílio de Latrão, em 1179, que decretava em seu Cânon 11 que os padres que praticarem a sodomia deveriam ser depostos de seus cargos e fazer uma penitência - enquanto os leigos que a praticassem seriam excomungados.

Segundo Almeida (1985, p.1174), no século XVI Portugal encontrava-se imerso na Contra-Reforma, movimento conservador que vinha valorizar a tradição cristã em detrimento as reformas estimuladas por Martinho Lutero. Para a sociedade portuguesa da época – fortemente católica – o casamento era uma instituição divina, com o apoio de toda sociedade, tornando-se, portanto, preocupação extrema da Igreja e do Estado, inclusive no que tangia à intimidade do casal. Deste modo, observa-se o reflexo desta preocupação na legislação da época. As ordenações do Reino puniam com o degredo para o Brasil todos aqueles que cometessem delitos considerados graves, estando na lista os crimes de homicídio, estupro, feitiçaria e sodomia.

Foucault (2006, p.116), por sua vez, aponta a sexualidade começou a tomar uma dimensão científica apenas no fim do século XIX, com a contribuição

freudiana. A importância da teoria psicanalítica encontra-se no fato de ter proporcionado uma compreensão coletiva dos fenômenos de ordem sexual e afetiva que permeiam a ordem do desejo humano. Deste modo, podemos identificar na psicanálise uma contribuição no direito, no sentido de tutelar a livre orientação sexual das pessoas, e na área da psicologia, em mostrar a homossexualidade, a bissexualidade e a heterossexualidade como diferentes matizes, todas absolutamente normais, da estrutura afetiva dos sujeitos que desejam.

Vieira (1976) aponta o estudo realizado pelo zoólogo e sexólogo americano Alfred Kinsey, realizado entre 1948 e 1953, como o primeiro grande estudo estatístico sobre homossexualidade. Através dos métodos utilizados, Kinsey descartava a sexualidade binária (exclusivamente hetero ou homossexual), considerando a sexualidade como um espectro onde as práticas exclusivas figuravam nos polos extremos. Seu estudo revelou que aproximadamente 30% dos homens americanos adultos já haviam tido algum tipo de experiência sexual com algum membro do mesmo sexo e 10% apresentavam comportamento homossexual. Entre as mulheres os casos de incidência do comportamento homossexual configuravam-se como metade em relação aos homens.

Apesar de provada historicamente a existência da homossexualidade em todas as sociedades, seu tratamento social nem sempre foi favorável à sua prática. A Organização Mundial da Saúde (OMS) divulga periodicamente a classificação internacional de doenças. Em 1975 contava no capítulo das doenças mentais, caracterizado no grupo “desvios e transtornos sexuais” a prática do homossexualismo. Em 1985, numa das revisões realizadas pela organização, foi publicada uma circular desconsiderando a homossexualidade, por si só, como doença. Deveria, contudo, passar do capítulo das doenças mentais para o capítulo dos “sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais”. Com a divulgação da CID 10, não aparecem mais referências à homossexualidade, tendo em vista que os responsáveis pela sua revisão concluíram que inexistem justificativas suficientes para considerar a orientação homossexual como doença ou mesmo sintoma, tratando-se apenas de uma forma de manifestação da sexualidade humana.

É evidente, pois, a evolução recente dada ao tratamento da homossexualidade, tanto no âmbito médico quanto nas esferas jurídica e política. Não compete ao Direito a função de criador de situações sociais, sejam estas de

qualquer natureza, cabendo-lhe, no entanto, o papel do reconhecimento e regulamentação das manifestações espontâneas dos cidadãos. Constatou-se, logo, uma anomia em vários sistemas jurídicos no que tange a regulamentação da relação entre pessoas do mesmo sexo.

## 1.2 A união homoafetiva do ponto de vista jurídico ao redor do mundo

A atenção à regulamentação da união homoafetiva tornou-se parte integrante das políticas públicas em diversos países do mundo. A publicidade e o desvelamento da união entre pessoas do mesmo sexo trouxeram à tona, gradativa e concomitantemente, a premência do cuidado à esta parcela da sociedade, com destaque à necessidade de uma tutela legal para este tipo de união. Maria Berenice Dias (2007) classifica os Estados em quatro categorias, em conformidade com o seu grau de tutela jurídica concernente à união homoafetiva: o expandido, o intermediário, aqueles que não impedem a criminalização dessas uniões sem fazer nada para protegê-las e, por fim, países que consideram a homossexualidade um crime.

A primeira categoria determina-se como modelo expandido, atribuída à países que adotam políticas contra a discriminação, com o estabelecimento de ações afirmativas e apoio às organizações em prol da causa homoafetiva. A segunda categoria, denominada modelo intermediário, é aquela em que não há criminalização da homoafetividade, em que se proíbem medidas discriminatórias, todavia insuficientes juridicamente para findar a discriminação. O terceiro modelo de tratamento das uniões homoafetivas abarca os ordenamentos que unicamente impedem a criminalização de sua prática, sem posicionar-se juridicamente em função da proteção dos direitos fundamentais. O último modelo, por sua vez, tipifica a homossexualidade como um crime passível de sanções que inclusive chegam à pena de morte, como em alguns países islâmicos. Verificam-se, portanto, diferentes estágios no reconhecimento desse tipo de união entre os países, caminhando desde a proteção aos direitos reconhecidamente isônomos com casais heterossexuais até a pena de morte em casos extremos (DIAS, 2007).

Historicamente, o Estado holandês foi o primeiro a reconhecer o direito ao casamento entre homossexuais. No ano de 1995 foi criada uma comissão

parlamentar com dedicação ao estudo do tema e após dois anos, em 1997, concluiu-se que a legalização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo deveria ser aprovada. Em 2000, a lei foi aprovada por 49 votos contra 26 no Senado e por 109 contra 33 na Câmara, entrando em vigor no dia 1º de abril do ano subsequente. A Bélgica, por sua vez, reconheceu o direito ao casamento civil homoafetivo em 2003, com lei aprovada por 46 votos contra 15 no Senado e 91 votos contra 2 na Câmara, vigorando a partir de 30 de janeiro do referido ano. Esta legislação, contudo, caracterizava-se por certas limitações, como a proibição do casamento de um cidadão belga com um estrangeiro cujo país não concedesse igualdade legal ao casamento igualitário e também o veto à adoção de crianças por casais do mesmo sexo. Mais tarde, em 2004 e 2006, estas restrições foram eliminadas através de duas reformas.

Os Estados Unidos, por sua vez, devido ao seu ordenamento jurídico interno, tiveram Massachussets como o primeiro estado a regulamentar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. O argumento que embasou o entendimento dos juízes que decidiram sobre o caso é que a premissa de que a Constituição estadunidense afirma a dignidade e a igualdade para todos os indivíduos, proibindo a concepção da existência de cidadãos de segunda classe.

A Espanha seguiu o mesmo caminho, pois o então candidato à presidência do país, José Luis Rodríguez Zapatero comprometeu-se a legalizar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, caso fosse eleito. Em 2005, já no governo, apresentou uma proposta de lei aprovada por 187 votos contra 147 na Câmara dos Deputados. O Senado vetou a proposta, que teve a sua ratificação decidida pela Câmara e promulgação sequente dada pelo Rei Juan Carlos. Cabe destacar que as pesquisas de opinião pública da época demonstravam que 66% da população era a favor da lei.

Ontário e Columbia Britânica foram os primeiros estados do Canadá a legalizar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Com a adesão de outras jurisdições e após consulta ao Tribunal Supremo, o governo federal enviou uma proposta de lei ao Congresso para estender a legalização a todo o país, com o intuito de evitar que os direitos concedidos aos homossexuais fossem diferentes em cada estado. A lei foi aprovada por 158 votos contra 133 na Câmara dos Comuns e por 46 contra 22 no Senado e passou a vigorar em 20 de julho de 2005.

Em dezembro do mesmo ano, a Corte Constitucional da África do Sul definiu a proibição do casamento homossexual como inconstitucional, estabelecendo o prazo de um ano para o governo modificar a legislação em vigor. Na sentença, o juiz Albie Sachs apontou que a exclusão de casais do mesmo sexo ao direito do casamento reforça a danosa ideia de que os homossexuais devem ser tratados como cidadãos de segunda classe, desmerecedores do respeito que a Constituição visa assegurar a todos, sem distinções. Como consequência da decisão da Corte, o governo enviou uma proposta de lei objetivando legalizar o casamento homossexual em território sul-africano, aprovada por 230 votos contra 41, com vigor a partir de 30 de novembro de 2006.

Dois anos mais tarde, em 2008, o governo norueguês propôs ao Congresso um projeto de lei com o objetivo de igualar os direitos dados aos homossexuais aos direitos concedidos aos heterossexuais, com a inclusão do casamento civil, da adoção conjunta e da gravidez assistida. O projeto foi aprovado na Câmara Baixa por 84 votos favoráveis contra 41 votos negativos e no Senado por 23 votos a 17, respectivamente. Após a aprovação real concedida pelo Rei Harald V, a lei passou a vigorar no primeiro dia do ano de 2009.

Já no caso sueco, por sua vez, a aprovação da lei pelo Congresso ocorreu em abril de 2009, com o apoio de seis dentre os sete partidos que compunham o parlamento, com a exceção do Democrata-Cristão. A votação teve um total de 261 votos favoráveis à mudança da legislação, contra 22 votos contrários.

Proposta pelo ex-primeiro-ministro português José Sócrates, a lei de casamento homoafetivo — a única do mundo que não inclui a adoção conjunta — foi aprovada pela Assembleia da República com 126 votos a favor, 97 contra e 7 abstenções, em 8 de janeiro de 2010. Após a aprovação na Assembleia e no Tribunal Constitucional, que julgou sua constitucionalidade, a lei foi promulgada pelo presidente Cavaco Silva e entrou em vigor em maio do mesmo ano. Devido ao conservadorismo moral no país, muito embasado por preceitos religiosos, Portugal caracteriza-se como exceção na Europa, pois diferentemente de outros países que reconheceram o direito à adoção homoparental conjuntamente com o reconhecimento à lei do casamento, o país teve de passar por uma fase de debate

social até ser aprovado, via derrota do veto presidencial, permitindo-se a adoção a partir de fevereiro deste ano.

Em 21 de dezembro de 2009, a Assembleia Legislativa da Cidade do México aprovou por 39 votos favoráveis e 20 contrários o casamento entre pessoas do mesmo sexo, alterando o texto que definia casamento no Código Civil de “uma união livre entre um homem e uma mulher” para “uma união livre entre pessoas”. A nova lei entrou em vigor no dia 4 de março de 2010.

O parlamento da Islândia, por sua vez, aprovou a legalização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo em junho de 2010. A votação foi única no mundo, por uma razão inusitada: todos os 49 deputados islandeses aceitaram uma mudança na legislação sobre casamento, estabelecendo que a união também pode ocorrer entre “homem e homem, mulher e mulher”. Em 27 de junho, a primeira-ministra do país, a social-democrata Johanna Sigurdottir, casou com a sua parceira, escritora Jonina Leosdottir. Na ocasião da eleição de Sigurdottir como primeira-ministra, o fato de ela ser lésbica foi noticiado no mundo inteiro, sendo considerada a primeira chefe de Estado assumidamente homossexual.

Em 2007, a Federação Argentina LGBT usou de forte campanha para conquistar o casamento igualitário. A estratégia da organização foi pressionar os três poderes concomitantemente: mais de cem casais processaram os cartórios nos tribunais, a entidade apresentou projetos de lei para reformar o Código Civil no Senado e na Câmara dos Deputados, além de pedir apoio ao governo federal. Em 2010, a lei de matrimônio igualitário foi aprovada no Congresso e promulgada pela presidenta Cristina Fernández de Kirchner, apoiadora da reforma.

Em 7 de junho de 2012, o Parlamento dinamarquês aprovou um projeto de lei apresentado pelo governo de centro-esquerda no início do ano legalizando o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. O projeto recebeu 85 votos a favor, 24 contrários, além de duas abstenções e da ausência de 68 legisladores à sessão.

No Brasil o marco inicial na luta pelo reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é considerado a apresentação, na Câmara dos Deputados, do Projeto de lei nº 1151, de 1995, da então deputada federal Marta Suplicy. O projeto instituía a união civil entre pessoas do mesmo sexo, fomentando o debate nos meios de comunicação de massa do país, com inúmeras manifestações, tanto favoráveis quanto contrárias à lei. O relator designado, deputado Roberto Jefferson,

apresentou um substitutivo instituindo a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, que foi aprovado na comissão especial no final de 1996, aguardando até hoje sua votação no plenário da Câmara.

No dia 25 de Fevereiro de 2008 foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132 de autoria do Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. A ADPF indicava, como direitos fundamentais violados, o direito à isonomia, o direito à liberdade, desdobrado na autonomia da vontade, o princípio da segurança jurídica, para além do princípio da dignidade da pessoa humana. Até o ano de 2011, as relações homoafetivas vinham sendo reconhecidas no território brasileiro, com frequência cada vez maior, pelos tribunais estaduais e pelos magistrados de 1º grau, porém por tratar-se de jurisprudência esparsa e não consolidada não era consoante em todo território, e inclusive em decisões favoráveis havia uma insegurança jurídica na tutela da coletividade de direitos que existem nas relações entre duas pessoas que decidem viver como família. Toda a sorte de direitos já vinha sendo concedida aos parceiros homossexuais, como partilha de bens, pensão por morte, condição de dependente em planos de saúde, direito real de habitação, direito à declaração conjunta de Imposto de Renda, alimentos, adoção conjunta de crianças, dentre outros. Somente em maio do referido ano, o Supremo Tribunal Federal chancelou o ocorrido em tribunais inferiores, equiparando as uniões estáveis entre homossexuais e heterossexuais.

O pedido principal da ação pode ser expresso no requerimento da aplicação por analogia do art. 1723 do Código Civil brasileiro às uniões homoafetivas, com base na interpretação da Carta Magna, por parte do STF, do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro e a declaração de que as decisões judiciais negativas de equiparação jurídica das uniões homoafetivas às uniões estáveis afrontavam os direitos fundamentais. Como pedido subsidiário, requeria-se que a ADPF, no caso de seu descabimento, fosse recebido como Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que acabou ocorrendo.

No dia 02 de julho de 2009, a Procuradoria Geral da República propôs a ADPF 178 que culminou sendo recebida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal na época, Ministro Gilmar Mendes, como a ADI 4277. O objetivo principal desta ação constitucional era a declaração por parte do Supremo da obrigatoriedade

do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, desde que preenchidos os mesmos requisitos para a caracterização da união estável heterossexual, e que fossem estendidos os mesmos deveres e direitos originários da união estável aos companheiros nas uniões homoafetivas. Conforme preceituava o autor Álvaro Villaça (2000, p. 8), a união estável é caracterizada pela convivência não adúlterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.

A autora Taísa Ribeiro Fernandes (2004, p.68-70), em seu livro “Uniões Homossexuais – Efeitos Jurídicos explana que:

[...] no sentido de que há identidade de situações entre as uniões homoafetivas e heteroafetivas, visto que ambas são pautadas pela vida em comum, respeito, afeto, solidariedade, mutua assistência e tantos outros, donde, superada a letra fria do texto normativo e tendo em conta a sua substância, seu fim social (em suma, digo eu, sua interpretação teleológica) percebe-se que as uniões homoafetivas representam efetivas entidades familiares e têm, portanto, que receber o mesmo tratamento jurídico dispensado às uniões heteroafetivas, razão pela qual é cabível o recurso analógico para isto possibilitar.

Os dez Ministros que votaram no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 manifestaram-se pela procedência das respectivas ações, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e aplicando a elas o regime dedicado à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro. Os ministros do tribunal reconheceram que a relação homoafetiva é uma "família" e afirmam que um casal homossexual, quando numa união estável, tem os mesmos direitos de um casal heterossexual imbuído numa união estável. A adoção de filhos, pensão/aposentadoria, plano de saúde e herança são alguns dos exemplos dos direitos que devem ser estendidos à união homoafetiva, com vias de salvaguardar seus tutelados. Esta decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, ou seja, alcança toda sociedade. Não se pode deixar o posicionamento homogêneo e consensual, pelo menos no que diz respeito ao resultado, ao considerar que a união homoafetiva é um modelo familiar e de reconhecer a necessidade de repressão a todo e qualquer tipo de discriminação.

Alguns votos possuíram como fundamentação a interpretação conforme à Constituição, de acordo com o pedido formulado nas iniciais dos instrumentos.



Apontou-se, outrossim, a constitucionalidade da união homoafetiva como entidade familiar calcada nos direitos fundamentais, além da sustentação da argumentação também no sentido de haver uma lacuna legislativa, anomia, que deveria ser suprida por meio da analogia com o instituto mais aproximado – a união estável. Por fim, entendeu-se ainda que dever-se-ia aplicar extensivamente o regime jurídico da união estável às relações homoafetivas que cumprissem seus requisitos. Estes posicionamentos interseccionados e provenientes da variedade de fundamentações incorreram em um único resultado: a submissão da união homoafetiva ao regime jurídico da união estável, tal qual concedido à união heterossexual.

Assim sendo, com a declaração da aplicabilidade do regime de união estável às uniões homoafetivas, estas são regidas, conforme preceitua o artigo 1725 do Código Civil, na ausência de contrato prévio, no que couber, pelas normas que regulam a comunhão parcial de bens. Conforme encontra-se a partir do artigo 1658 do Código Civil, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância da união, excetuando os bens que cada cônjuge possuir ao casar, os que receberam na constância do casamento por doação, sucessão e sub-rogação, as obrigações anteriores ao casamento e aquelas provenientes de ilícitos, bens de uso pessoal, livros e instrumentos de trabalho, os proventos de seu trabalho, pensões e rendas semelhantes. Ainda sob a égide do instituto união estável, conforme a Resolução Nº175, do Conselho Nacional de Justiça, estas uniões podem ser convertidas em casamento civil, conforme assegura o artigo 1726 do Código Civil vedando às autoridades competentes de sua celebração a recusa por tratar-se de casal homoafetivo.

## 2 INSTITUTO DA ADOÇÃO: HISTÓRICO E PERSPECTIVA

A adoção é um instituto jurídico por si só e ao mesmo tempo se caracteriza como prática social de origem incerta tendo em vista à sua antiguidade. Dentre as civilizações antigas conhece-se a sua prática entre egípcios, hebreus, gregos e romanos. Os povos passados atribuíam à adoção um meio de perpetuar o culto aos antepassados, pois uma vez que a família não tivesse descendentes não haveria quem continuasse o seu culto familiar, tampouco quem realizasse o funeral e nem os ritos de passagem. Deste modo, portanto, a adoção de um filho assegurava a continuidade do culto doméstico, bem como da própria família. Por outro lado, uma pessoa ao ser adotada não receberia apenas um novo nome, tornava-se também representante do culto dos antepassados e da tradição da nova família que o acolhia. Ao ser adotado por uma nova família, portanto, um filho não poderia retornar à família natural, nem mesmo para preparar o enterro de seu pai biológico (COULANGES, 2002).

A autora Maria Helena Diniz (2008, p.484) apresenta como definição de adoção:

[...] o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta.

A prática reiterada da adoção, em diferentes tempos e culturas, acabou por torná-la um instituto de grande relevância para a sociedade, demandando, a partir disso, sua tutela jurídica. A concepção de maior acurácia para defini-la é uma modalidade de filiação pela qual se aceita como filho, de forma voluntária e legal, uma criança que não faz mais parte do seio familiar de sua família biológica.

Após uma breve conceituação de família, atribuiu-se definição ao termo pela constituição da intersecção de afeto, amor, carinho, moral, costumes para a formação da personalidade civil e social de qualquer ser humano. No caso brasileiro, a instituição da adoção remete ao Código Civil de 1916, todavia de forma bastante dissemelhante da legislação hoje vigente. A legislação civil do passado mais

dificultava do que favorecia o processo de adoção, ao definir como capazes para adotar pessoas com idade superior a 50 anos, sem prole legítima ou legitimada tendo o adotante, no mínimo, 18 anos a mais que o adotado. Transferia-se com a adoção o pátrio poder ao adotante, porém mantinha-se o vínculo de consanguinidade com a antiga família. Seu objetivo maior era trazer para o núcleo familiar sem filhos a presença do adotando, atendendo ao interesse maior dos adultos que ainda não possuíam descendentes ou não conseguiam tê-los naturalmente, a condição de pais.

A adoção do Código Civil de 1916 destacou a natureza negocial do instituto, tendo em vista a singela solenidade da escritura pública que a Lei exigia. Até então, todas as adoções eram reguladas pelo Código Civil, independentemente da idade do adotado. No ano de 1953, o então Senador Mozart Lago, apresentou um projeto de lei com vias de alterar as regras de adoção vigentes. O projeto veio a tornar-se a Lei nº 3.133/57 que alterou o Código Civil, reduzindo a idade mínima do adotante para trinta anos. Igualmente, a adoção deixou de ser voltada apenas para o interesse dos adotantes e passou a apresentar natureza assistencial, pois permitiu que pessoas pais de filhos naturais adotassem, embora não fosse reconhecido pleno direito sucessório caso o adotante possuísse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos.

Modificou-se, outrossim, a diferença de idade entre o adotante e o adotado de dezoito para dezesseis anos, sendo autorizada a inclusão do sobrenome do adotante ao do adotado. Por outro lado, ainda existia a vinculação do adotado à sua família natural, por parentesco, bem como ainda era possível o rompimento da adoção. Caso o adotante fosse casado, a adoção era possível apenas após mais de cinco anos de matrimônio, exceto quando o homem fosse maior de cinquenta anos e a esposa tivesse idade superior a quarenta anos.

Em 1965 foi publicada a Lei n. 4.655, aplicando a legitimação adotiva aos menores em estado irregular, entendendo-se nesta concepção situação de risco resultante de conduta própria – infrações, em face de conduta familiar – maus tratos – ou até da sociedade – abandono, menor de cinco anos de idade, com a finalidade de igualar os direitos do adotados aos direitos dos demais filhos do adotante, caso autorizado pelos pais biológicos e por um juiz. Tal lei inovou ao cancelar o registro original de nascimento do adotando, eliminando quaisquer informações pertinentes

aos seus pais biológicos. No ano de 1979 foi instituído no Brasil o Código de Menores, através da Lei 6.697, revogando expressamente a Lei 4.655/65, tornando remanescentes apenas duas espécies de adoção no ordenamento jurídico brasileiro: a adoção simples e a adoção plena.

A adoção simples, também denominado restrita, era tutelada pelo Código Civil, aplicada aos maiores de idade. Indivíduos com idade entre dezoito e vinte e um anos necessitavam da assistência dos pais ou responsáveis legais para validade sua declaração de vontade. O vínculo resultante desta modalidade de adoção ocorria apenas entre o adotante e o adotado, resultando apenas em perda do poder familiar pelos pais biológicos. O vínculo com seus ascendentes naturais não era quebrado, sendo possível o pleito de alimentos em face da família natural caso o pai adotivo não pudesse provê-los. Deste modo, pode-se dizer que Código de Menores não revogou o Código Civil de 1916, permanecendo válidos os requisitos e efeitos desta modalidade de adoção. Entretanto, tal filiação não era definitiva, nem irrevogável

A adoção plena, por sua vez, era aquela relativa ao adotando menor de idade. Efetuava-se com o consentimento dos pais biológicos ou do representante legal do adotando e tinha como requisito um estágio de convivência com a criança ou adolescente pelo prazo fixado pelo juiz, observadas as especificidades de cada caso. Na contramão da modalidade simples, a adoção plena tornava-se irrevogável a partir do trânsito em julgado da sentença. Não obstante, ainda se encontravam na lei distinções entre filhos legítimos e adotados, sanadas apenas com a Constituição Cidadã de 1988, tendo em vista o seu vigésimo sétimo artigo, onde versa que seu § 6º que [...] “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 1988) [...]”.

Com a ascensão deste paradigma, chega-se à visão atual da compreensão sobre o dever da família, da sociedade e do Estado, em assegurar às crianças e aos adolescentes direito à vida, saúde, alimentação, educação, cultura, profissionalização, dignidade, liberdade, convivência familiar e comunitária e ao lazer e respeito, colocando-os a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou pressão. Em função da preocupação em relação às crianças e adolescentes que a Constituição de 1988 externou, dois anos mais

tarde, em 1990, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. A partir de então, a adoção passou a ser regulamentada pela intersecção do Código Civil com o Estatuto da Criança e do Adolescente, caracterizando-se pela função social encorpada à valores jurídicos e afetivos, concedendo ao filho adotado igual estima se comparado à filiação de natureza biológica.

Criado a partir da Lei nº 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente fundamenta-se na proteção integral à criança e ao adolescente, buscando tratar a criança como sujeito de direitos e não como objeto de direito, como verificado anteriormente. Além disso, o Estatuto endossou o direito fundamental da integração familiar, natural ou substituta, para crianças e adolescentes. Em seu quadragésimo primeiro artigo, a Lei 8.069/90 pontua que [...] “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”[...] (BRASIL, 1990). Registra-se que o posterior Código Civil, do ano de 2002, não revogou o Estatuto, devendo então, ser aplicado subsidiariamente às hipóteses não contempladas pela legislação especial.

A Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, busca concretizar o princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, tendo como objetivo a proteção do menor em situação adversa. Deste modo, a família substitua é uma alternativa para crianças e adolescentes, que, por alguma razão, não podem permanecer com seus pais biológicos.

Apesar disso, para que a adoção seja efetivada, é necessário o preenchimento de uma série de requisitos legais. A adoção não mais pode se realizar para a satisfação da falta gerada pela incapacidade de procriação dos pais adotivo. Muito menos como um mero ato de caridade, a pessoa adotada precisa de uma família que tenha capacidade de lhe dedicar amor, afeto, carinho, atenção e proteção. A Legislação Brasileira, ao conceber a adoção, privilegia o interesse da criança ou adolescente, objetivando a formação de um lar e constituição de uma nova família. Ou seja, o instituto da adoção tem como finalidade proporcionar uma família à criança ou adolescente, órfão ou cujos pais foram destituídos de poder familiar.

A sociedade é conservadora e está acostumada a pensar nos papéis de gênero à maneira tradicional, o que parece dificultar a compreensão de que a

identidade de gênero feminina é preservada entre homossexuais e, ainda, que duas pessoas do mesmo sexo podem constituir um casal e ainda assumirem a parentalidade com sucesso. De acordo com o ECA/90, em seu art.42, para a efetivação da adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

O art. 197-A em sua sessão VIII do ECA/90, determina que os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil devem apresentar petição inicial na qual descreva: qualificação completa; dados familiares; cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento ou declaração relativa ao período de união estável, cópias da cédula de identidade e inscrição do cadastro de pessoa física; comprovante de renda e domicílio; atestados de sanidade física e mental; certidão de antecedentes criminais; certidão negativa de distribuição civil.

Verifica-se, portanto, que todas estas exigências podem ser atendidas pelo casal homoafetivo, inclusive a constante no item III. Assim, considera-se que a inclusão dessas famílias, consideradas minorias, na esfera social e jurídica do País pode ajudar no crescimento social, econômico e cultural nacional. É notório, pelo nível de integração legislativa, que as sociedades que alcançaram o mais alto nível social, econômico e cultural são aquelas que promoveram a integração de suas minorias. E não só a integração, mas também o desenvolvimento da identidade destes grupos.

### 3 DA FAMÍLIA

A evolução da sociedade incorre em mudanças igualmente sensíveis em aspectos culturais e normativos, refletidos diretamente na noção de família, instituto variável de acordo com a estrutura socioeconômica vigorante. A família é protegida constitucionalmente, tendo sido regulamentada pelo Código Civil de 2002, no entanto diante da gama de arranjos familiares existentes, faz-se inviável conceber um conceito único de família, com capacidade de abrangência a todas as realidades sem cerceá-las, sendo pertinente o destaque quanto à inépcia legislativa brasileira em assegurar direitos iguais à sua população, independentemente de vinculação religiosa, atribuindo ao Direito a prerrogativa da tutela de direitos iguais.

#### 3.1 Conceito de família e sua evolução no Brasil

A conceituação do termo família foge à unanimidade, no entanto faz-se necessário destacar que é a entidade familiar a primeira expressão do homem em questões concernentes à organização social, pois nela e a partir dela cria-se, mesmo que involuntariamente, um elo pautado na defesa de seus integrantes. A transformação é inerente ao termo, visto que sua compreensão varia de acordo com o contexto socioeconômico vigente, demonstrando a construção da família através do reflexo de acordos – inclusive tácitos – com normais culturais. Alvo de modificações na sua composição interna, a família também sofre alterações de acordo com as diversas de interação fora das relações familiares, demonstrando seu dinamismo.

O Direito, por sua vez, pauta a determinação do termo através da organização social formada a partir de laços sanguíneos, jurídicos ou afetivos. O modelo tradicional de família é instituído com base no argumento biológico. Isto posto, a família substituta é aquela proveniente do instituto jurídico da guarda, tutela e adoção, esta última definitiva, ao passo que as duas primeiras são transitórias. De acordo com posicionamento do ECA, em seu artigo 19 “Se tanto a família adotiva como a biológica tem condições de cuidar do infante, deve prevalecer a última”, estabelecendo que a criança deverá ser criada prioritariamente pela família biológica, e apenas em situação excepcional por uma família substituta. Sem colocar

em xeque a relevância da criação de um filho no seio de sua família biológica quando cercados de amor e cuidados, atualmente a paternidade sócioafetiva é considerada aquela que melhor garante a estabilidade social, tendo em vista sua fundamentação no princípio do melhor interesse do menor.

O Código Civil, em seu artigo 1.596, dispõe que “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, fazendo correspondência aos mesmos requisitos do artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, não havendo mais qualquer restrição na investigação de paternidade e de maternidade natural ou medicamente assistida. Para dar cabo da compreensão sobre os novos modelos familiares, é necessário entender primeiramente o novo paradigma que rege a compreensão daquilo que vêm se tornando o ponto norteador na compreensão deste instituto. A filiação sócioafetiva é a referência do sentido da família. Esta visão advém principalmente da nova visão humanista da sociedade, que passa a ter sua individualidade e liberdade respeitadas com a ascensão do Estado Democrático de Direito, isso porque o fenômeno de constitucionalização do Direito Civil, englobando também o Direito de Família, deslocou o foco de proteção, como objeto principal de tutela, do patrimônio à vida, e, destacadamente, a dignidade da pessoa humana, dando novo sentido a estrutura familiar e mudando o sistema social que vivemos.

A família atual é fundada, deste modo, em princípios constitucionais como a liberdade, a igualdade e a solidariedade e, de forma especial, na dignidade humana. O laço da afetividade é o ponto de intersecção que une os entes familiares, sendo este o fundamento da noção de função social da família: a promoção da dignidade das pessoas que a integram por meio da aplicação do princípio da afetividade, especialização do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito de Família. Cada autor concebe uma gama diferenciada de princípios, não sendo possível encontrar um rol em que haja consenso.

Portanto, tendo em vista a divergência quanto à quantidade e nomenclatura dos princípios relativos à entidade familiar, elencam-se os seguintes princípios como fundamentais quanto à organização e proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso, segundo Amaral (DIAS, 2006, pp. 50-51) da seguinte maneira:



- a) reconhecimento da família como instituição básica da sociedade e como objeto especial da proteção do Estado (art. 226, CF);
- b) existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família;
- c) competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento e sua dissolução;
- d) igualdade jurídica dos cônjuges (art. 226, § 5º, CF);
- e) reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes e da união estável (art. 226, §§ 3º e 4º, CF);
- f) possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (art. 226, §6º, CF);
- g) direito de constituição e planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável, competindo ao estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício (art. 226, § 7º, CF);
- h) igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias (art. 227, § 6º, CF);
- i) proteção da infância, com o reconhecimento de direitos fundamentais à criança e ao adolescente, e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância (art. 227, CF);
- j) atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos (art. 229, CF); e
- k) proteção do idoso (art. 230, CF)

Faz-se evidente a intenção do legislador de colocar em pé de igualdade a concepção de filiação, adotados ou não. Deste modo, caem por terra todas as distinções entre a filiação matrimonial e a não matrimonial, deixando de existir, portanto, a primazia da origem da filiação biológica e passando a prevalecer a sócioafetiva. Filiação sócioafetiva é a que se institui através da formação de vínculo de afetividade e de solidariedade, marcada pela ligação entre pais e filho na busca da felicidade recíproca, formando a família contemporânea não somente através do casamento, mas pela já reconhecida união estável e pela comunidade formada por qualquer um dos pais e o filho, em que se constata igualdade emocional, de direitos e de responsabilidades, autoridade negociada sobre os filhos, copaternidade e integração família - sociedade.

A adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou da maternidade, o estado de filho afetivo e a chamada adoção “à brasileira” figuram como espécies de filiação sócioafetiva; sendo estas duas últimas formas irregulares de filiação. Antes da instituição da República no Brasil, só eram reconhecidamente válidos os casamentos religiosos realizados perante e segundo as normas da Igreja Católica. No Brasil Imperial, a competência da religião era exclusiva no que tangia regular as condições e a forma do casamento e para julgar a validade do ato. O Direito, na República Velha, considerava válido apenas o

casamento civil, o único que produz efeitos legais com relação às pessoas e bens das partes e de seus descendentes.

Segundo parte da doutrina, o casamento é um contrato, mas solene, ou seja, para ser válido deveria cumprir as formalidades, extrínsecas e intrínsecas, conforme a lei. As formalidades extrínsecas são preliminares e acompanham a celebração; as intrínsecas referem-se as qualidades dos contraentes, sua manifestação de vontade, das pessoas sob cujo poder ou guarda se encontram e na inexistência de impedimentos.

Sabe-se que a família é o seio onde ocorre o desenvolvimento dos indivíduos na atualidade, uma vez que é este o primeiro grupo social ao qual o indivíduo pertence, influenciando no aprendizado dos seus papéis sociais, bem como na formação da identidade individual e social, tendo com isso um importante papel na transmissão cultural, de valores morais e de normas de comportamento às futuras gerações. As famílias vêm sofrendo profundas modificações por aspectos de ordem social e econômica, sendo que o modelo de família patriarcal do século XIX já não mantém a dominância quantitativa em contraste com as famílias que ascendem nesse novo século. As principais mudanças que vêm acontecendo no interior dos núcleos familiares correspondem à alteração da posição da mulher e aos novos tipos de relacionamento entre os membros da família. A posição crescente da mulher no mercado de trabalho, a liberação sexual, a constituição de novos tipos de relações íntimas e informais, as uniões homoafetivas, são apenas algumas das razões que vem causando modificações nas relações familiares e nas suas configurações.

A Constituição de 1988 transformou radicalmente a amplitude e abrangência do conceito de família, a tutela jurídica de seus membros e o caráter de suas relações. A respeito do conceito de família, passou-se a considerar da unidade familiar fundada no casamento civil à uma pluralidade de situações reconhecidas pela lei. O estatuto dos membros da família, que era de desigualdade, entre marido e esposa e entre pais e filhos tornaram-se mais igualitários, reguladas e protegidas pelo Estado. Tais transformações não são apenas conceituais, mas estão consolidadas pela legislação posterior a ao texto Constitucional, como o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente e as leis que regulamentam a união estável.

A doutrina majoritária encara tais mudanças como resultadas das transformações sociais ocorridas no país e no mundo nas últimas décadas. Pode-se dizer, portanto, que a Constituição passa de uma postura regressiva na qual os modelos tradicionais eram mantidos e promovidos na legislação, para uma política progressista, na qual o direito volta-se para um modelo de tutela ampla, tentando reconhecer na sociedade tais mudanças e dando conta de respaldá-las juridicamente.

A diversidade da vida familiar tem sido um tema emergente nos últimos anos e está claro que se verifica uma necessidade de redefinição do conceito de família. Os modelos de família tradicionais, fundados na legalidade do casamento civil vêm, cada vez mais, dando espaço para que novos atores, dando lugar a novos tipos de famílias no cenário social, forçando espaço para sua regulamentação e tutela, tendo a Constituição de 1988 como sustentáculo. A classificação das entidades familiares não é unívoca na doutrina, portanto, tenta-se elencar alguns dos modelos utilizados pelos autores estudados a fim de tipificar tais núcleos sociais e seu reconhecimento jurídico:

1. Casamento: O casamento tornou-se secular, e assim sob a tutela do direito pátrio, com o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, tornando-o uma formalidade civil. O Código Civil de 2002, já à luz da Constituição Federal de 1988, regulamenta sobre o casamento em seus artigos 1511 e seguintes, pautados no princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges. O casamento tornou-se, com a retirada do componente sagrado naquilo que diz respeito ao direito, o ato e celebração do matrimônio, e a relação que dele se origina é caracterizada pela comunhão de interesses e afeto. E esta comunhão de vida é baseada no afeto mútuo que forma a base jurídica que dará respaldo à união estável e, conseqüentemente, às uniões homoafetivas, ou qualquer outro modelo de família, segundo Oliveira; Muniz (DIAS, 2005, p.143).

2. União Estável: como visto anteriormente, o reconhecimento da pluralidade de modelos familiares de formas divergentes ao casamento foi gradual. A jurisprudência teve papel decisivo na construção das teorias que possibilitaram albergar as uniões extramatrimoniais sob o nome de união estável no texto constitucional. A conceituação de entidade familiar sem vincular-se à tríade: “casamento, sexo e reprodução” tem mérito, em parte, no ativismo judicial em face

ao legislador que vinha-se mantendo alheio. A primeira lei a regular este instituto foi a Lei nº. 8.971/94 que exigia o lapso temporal de 5 (cinco) anos de convívio ou a existência de prole para que fosse possível seu reconhecimento e, tendo sido duramente criticada, foi revogada pela então Lei nº 9.278/96 que deu origem ao artigo referente à união estável na Constituição, desconsiderando a exigência de tempo mínimo como condição para sua caracterização, conforme discorre Dias (2005).

3. Família Monoparental: Segundo Brauner (2004) surge através da ampliação realizada pelo art. 226, §4º21, da Constituição Federal de 1988, que tornou legal uma situação afetiva preexistente, na qual apenas um dos genitores, por algum motivo, é incumbido sozinho de cuidar de seus descendentes. A ideia de monoparentalidade pressupõe a ausência de convivência biparental. Diferencia-se, portanto, da nova família que se forma, pelo casamento ou não, entre cônjuges com os descendentes de cada um, havendo ou não prole comum.

4. Família Anaparental: É a família formada entre parentes com ausência dos pais em identificação de propósito. São exemplos clássicos deste modelo as famílias constituídas por irmãos que convivem juntos, avós e netos, tios e sobrinhos. Seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro não se dá pela atuação do legislador, mas pela doutrina e jurisprudências que as incorporaram. Hoje, majoritariamente, o posicionamento que fundamenta tal concepção encontra-se no fato de que não necessidade de diversidade de sexo ou diferença de geração para o reconhecimento de uma estrutura familiar; uma vez que não é a verticalidade dos vínculos parentais que autorizaria seu reconhecimento como família, e, portanto, merece a respectiva tutela jurídica, conforme destaca Dias (2005).

5. Família Eudemonista: Para Welter; Madaleno (2004) é aquela caracterizada pela convivência entre pessoas por laços afetivos e solidariedade mútua, que objetiva o alcance da felicidade individual, vivendo um processo de emancipação de seus membros. É, por exemplo, o caso dos jovens que saem da casa paterna em busca de realização pessoal tornando-se socialmente úteis. Tal como no caso da família anaparental, seu reconhecimento dá-se por meio da jurisprudência.

6. Família Unipessoal: é a família constituída por uma só pessoa (solteira, separada, divorciada ou viúva), que mantém um lar só seu, por imposição ou opção.

Buscando a proteção do bem de família, que é impenhorável por força da Lei 8.009/90, a jurisprudência tem reconhecido como entidade familiar os casos de pessoas que moram sozinhas.

7. Família Homoafetiva: Caracteriza-se pela instituição sócioafetiva fundada na relação entre pessoas do mesmo sexo, com características de uma união estável nos termos da lei. Hoje a discriminação não é mais aceitável. O não reconhecimento de tal instituição se traduz em pura manifestação preconceito de ordem sexual, banido expressamente pelo inciso IV do art. 3º da Constituição da República, bem como não pode ser usada como justificativa para a recusa do reconhecimento destas uniões pelas autoridades competentes, conforme Resolução 175 do CNJ, segundo Dias (2006).

### 3.2 O impacto no ordenamento jurídico das novas famílias

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema jurídico nacional passou a dar maior relevância à disciplina das situações familiares, dando maior proeminência à maternidade e paternidade socioafetivas. Visto que a legislação da época e suas complementares sucessoras não versam sobre o assunto – pois não há, por ora, lei específica sobre o tema – o Judiciário tem equiparado a legislação à realidade social atual. Portanto, seguindo a analogia, Dias (2006) aponta que embora a descrição de possíveis papéis conjugais não exista para uma união homoafetiva, a exigência enquanto inexistem regras para as novas formas de relacionamento é aplicável e, perfeitamente plausível, da legislação pertinente aos vínculos familiares.

As inovações provenientes da Carta Constitucional de 1988, bem como as modificações da sociedade posteriores a sua promulgação, lograram êxito em enfrentar o preconceito social encontrado inclusive no Direito de Família. Neste aspecto, Gonçalves (2012) aponta o foco central da instituição da adoção como a perquirição por uma paternidade responsável, sobrepondo o vínculo afetivo à absoluta verdade consanguínea, vinculando a determinação do termo família à inclusão do afeto à sua plena compreensão.

Assim sendo, Gama (2008) afirma que frente à ampliação do conceito de família, o Direito passa a se guiar pelos seguintes princípios:

a) o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CRFB); b) o princípio da igualdade (art. 5º, caput e art. 226, § 5º, CRFB); c) o princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I, CRFB); d) o princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB); e) o princípio o pluralismo das entidades familiares (art. 226, §§ 3º e 4º, CRFB); f) o princípio da tutela especial à família, independentemente da espécie (art. 226, caput, CRFB); g) o dever de convivência familiar (art. 227, caput, CRFB); g) a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, caput, CRFB); e h) a isonomia entre os filhos (art. 227, § 6º, CRFB).

Nestes termos, Venosa (2011, p.273) aponta que:

A adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida também como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade [...]. A filiação natural ou biológica repousa sobre o vínculo de sangue, genético ou biológico; a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção contemporânea é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e de filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico.

A partir disto, é evidente para Gama (2008) que o Direito de Família evolui concomitantemente à evolução da sociedade, salvaguardando aquilo que deve ser considerado mais relevante nas relações de uma família: respeito, afeto e proteção mútua. Isto posto, o Judiciário reconhece a paternidade e a maternidade sócioafetivas com caráter indissociável ao desenvolvimento pleno dos filhos, biológicos ou adotivos. Visando atender ao fim que se destina, o Estado passa a cumprir pautado na jurisprudência o dever de garantir “assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (artigo 226, §8º, CF/88). Existem, portanto, quatro obrigações básicas exigíveis à uma união homoafetiva, tal qual exige-se de uma união heteroafetiva: o comprometimento da fidelidade sexual com seu cônjuge; o dever do respeito recíproco, incorrendo em afetividade; o dever da assistência moral, espiritual e alimentícia durante a união e, por fim, chega-se ao dever de guarda, sustento e educação dos filhos, partilhada entre ambas as partes, independentemente da orientação sexual dos interessados.

Verifica-se tal equiparação à união estável com o progresso no entendimento do tema em tribunais e nos autos, como exemplificado a seguir:

EMENTA: UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. CONTRIBUIÇÃO DOS PARCEIROS. MEAÇÃO. Não se permite mais o faraísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados destas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica DIAS (2001, apud WARKEN, 2003).

A afetividade é, pois, elemento catalisador da identificação da família e a partir de sua própria função social. Neste prospecto, Ackerman (1958) afirma que a família “é um modelo universal para o viver. Ela é unidade de crescimento; de experiência; de sucesso e fracasso; ela é também a unidade da saúde e da doença”. Portanto, enquanto elemento de origem e mantenedor da unidade familiar, a afetividade pode ser, sim, constatada em uma relação formada por pessoas do mesmo sexo, partindo do princípio da igualdade, em acepção material ou formal, inexistindo distinção quanto à orientação sexual do indivíduo, pois caso houvesse, existiria vazio jurídico, evidenciando falta de tutela a uma parcela da sociedade.

Neste prospecto, Girardi (2005, p.159) conclui que:

[...] o sistema jurídico deve outorgar aos homossexuais, com base no dever de tratamento isonômico, todos os direitos já conferidos aos heterossexuais. Daí, a conclusão no sentido de ser também assegurada aos homossexuais a faculdade de exercitarem a paternidade ou maternidade como um direito subjetivo conferido a toda e qualquer pessoa independentemente da orientação sexual adotada (2005, p. 159).

Com vias de minimizar os efeitos de um vácuo jurídico, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se acerca da legitimidade dos reflexos legais da união homoafetiva, apontando que:

Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetiva - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado - incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu

papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade (BRASIL, 2006, p.174).

O Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul induz à aceitação dessa formação familiar pressupondo, a partir de tal aceitação, a possibilidade da adoção por casais homoafetivos, como evidencia a jurisprudência abaixo descrita:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006)”.

Neste aspecto, Dias (2006) aponta que a omissão legislativa em regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo pode ser compreendida como meio intencional de excluir estas uniões de quaisquer efeitos jurídicos. Ou seja, a inexistência de uma previsibilidade legal incorre em ausência de dispositivos legais expressos que deem aos participantes de uma união homoafetiva o reconhecimento de qualquer direito, seja sucessório ou de filiação.

Portanto, a ampliação da jurisprudência neste tema é necessária tanto para assegurar ao adotado direitos na composição de sua família substituta quanto para atribuir responsabilidade aos adotantes, visto que surgem efeitos colaterais dos desdobramentos destas relações. Existe, assim, interferência direta e proporcional na vida de terceiros, mais especificamente de um filho adotado por um casal formado através de uma união homoafetiva e, portanto, visando cumprir o princípio de melhor interesse do menor, faz-se imperativo que a jurisprudência desenvolva papel central na regulamentação das relações homoafetivas e de suas consequências vinculantes.



### 3.3 Família e multiparentalidade

Para Venosa (2011), a Constituição Cidadã de 1988 teve grande relevância em questões concernentes ao direito de família, especialmente na seara da filiação, atribuindo direitos iguais a todos os filhos de uma mesma prole, proibindo determinações com viés discriminatório, como a classificação dos filhos em legítimos, legitimados, incestuosos ou de outro verbete segregacionista (art. 227, § 6º). O autor aponta ainda a revogação da não ocorrência do direito sucessório ao colocar em par de igualdade todos os tipos de filiação, independentemente de sua natureza e, portanto, a partir da promulgação da Constituição Federal em vigor todos os filhos têm direito ao reconhecimento, de forma voluntária ou judicial, valendo-se de direitos sucessórios, tratamento isonômico e de alimentação.

Lôbo (2008), por sua vez, afirma que a Carta Constitucional transformou a natureza socioafetiva em gênero em termos relativos à tipificação de família, no entanto embora seja verificável a consolidação na jurisprudência e na doutrina acerca da prevalência da paternidade socioafetiva frente às demais, a premissa não é, por ora, fato consumado, pois Andrichi e Krüger (2008, p.84) versam que “não há, na Constituição Federal, referência de primazia entre afetividade e consanguinidade. Existem, assim, duas verdades reais: a biológica e a socioafetiva”.

Pautado no princípio do melhor interesse do menor, a convergência entre todos os critérios de filiação, qualquer que seja a sua natureza, deve ser atribuída a um indivíduo a capacidade para desempenhar a função parental na vida de uma criança. Embora o vínculo de consanguinidade seja um dos aspectos geradores da relação parental, é verificável através da leitura de Madaleno (2011) que este deve coexistir com o vínculo de afeto, de forma complementar, não como elemento exclusivo para a criação de um relacionamento social e legal entre pais e filhos. Segundo Almeida e Rodrigues Júnior (2012) um critério de filiação – registral, biológico ou afetivo – não pode ser excluyente de outro e, logo, não é possível atribuir grau de hierarquia entre critérios de fixação de filiação. A partir da complementaridade e viabilização de formais plurais para representação da maternidade/paternidade surge, então, a multiparentalidade.

Para sua plena compreensão é preciso explicar, mesmo que brevemente, a Teoria Tridimensional do Direito à Família, de Belmiro Pedro Marx

Welter (2009), onde o autor versa sobre três aspectos diferentes e complementares para a formação de um ser humano: genético, afetivo e ontológico. Para Welter, o patriarcado fez com que durante muito tempo fosse considerado apenas o vínculo biológico na concepção de família. No entanto, ao utilizar-se da lógica hermenêutica percebe-se que a compreensão exclusiva do termo à consanguinidade o torna insuficiente e, portanto, sua abrangência perpassa também pelo universo ontológico e pelo universo afetivo, visto que a construção de cada um destes, à sua própria maneira e, em especial, nos laços familiares, são fatores de grande relevância na formação individual e coletiva de um indivíduo. Tal ampliação é um meio de integralizar todo o contexto que envolve o desenvolvimento social da pessoa e, deste modo, correlacionar os três aspectos desta formação ao conceito de parentalidade é um meio de reconhecer a possibilidade dos três vínculos parentais simultâneos ou de forma individual reunidos em um indivíduo, em dois ou em cinco, criando, a partir destas relações, a multiparentalidade.

Interseccionado à multiparentalidade coloca-se, por fim, outro obstáculo à adoção por casais homossexuais, pois além de todos os pormenores da determinação de filiação, existe ainda o preconceito que estes sofrem ao colocarem-se em uma fila de adoção, por exemplo. Outro impasse perceptível é visto em uma situação hipotética – porém cada vez mais comum – onde o filho é criado em convivência diária com seu padastro, o qual o trata como filho – nos termos dos critérios de filiação – porém sem perder vínculo com sua mãe, a qual possui laço biológico e registral. Ou então, a situação da criança que é registrada e amada como filho pela esposa de sua mãe, vindo mais tarde seu pai biológico a descobrir sua existência e empenhando-se em exercer o papel de pai – até então exercido exclusivamente pela figura da madrasta. Outra situação corriqueira é vista quando uma pessoa tem um pai e uma mãe biológica, que posteriormente passam a viver cada qual com um novo parceiro, nesta segunda relação com pares do mesmo sexo. Neste caso a criança terá dois pais do gênero masculino ou duas mães do gênero feminino, incorrendo em multiparentalidade homoafetiva, pois o vínculo biológico anterior a esta relação continua existindo e, portanto, a relação de consanguinidade é válida e como não existe hierarquia entre os critérios de filiação, o indivíduo passa a ter ou dois pais e uma mãe, ou duas mães e um pai, ou ainda duas mães e dois pais, incorrendo em diversas possibilidades de casos multiparentais.

É verificável, portanto, para Lôbo (2008) a ampla gama de relações entre filhos e pais, biológicos ou adotivos, oriundos dos relacionamentos anteriores de cada pai, bem como os comuns, criados em um ambiente familiar comum, tendo visto à inevitabilidade do padrasto ou madrasta assumir qualquer função inerente à figura paterna ou materna. Concomitantemente à ampliação da composição familiar, é visível ainda que tais situações são observadas na prática e não há, portanto, razão plausível para permitir a inserção de uma nova mãe ou novo pai apenas quando se exclui o primeiro, visto que não há sentido em proibir a legalização de uma situação particular e de intimidade que de fato ocorre e que é desejada por aqueles nela inseridos. Isto posto, faz-se necessário compreender o princípio da multiparentalidade e Pereira (2004) aponta sua significação ao parentesco constituído por múltiplos pais ou mães, ou seja, ocorre multiparentalidade quando um filho de na prática mais de um pai e/ou mais de uma mãe, o que pode ocorrer tanto em relacionamentos heterossexuais quanto em relações homoafetivas.

A conceituação do termo é bastante contemporânea e provém principalmente da repressão a dogmas de cunho moral no Direito, pois o fenômeno ocorre com frequência cada vez mais na sociedade atual, independentemente de prescrição normativa ou não. É necessário, portanto, analisar caso a caso a multiparentalidade e a possibilidade do seu ajustamento ao ordenamento jurídico interno, pois é verificável que a tendência legislativa é concomitante à evolução social, no entanto em um país conservador como o Brasil inúmeras vezes o Direito toma o papel de legislador com vias de proteger no direito de família todas as manifestações que em sua concepção se enquadram. Neste aspecto, Andrihgi e Krüger (2008, p.87) apontam que:

[...] o Direito não é um conjunto enfeixado de normas estagnadas, com definições e conceitos pré-formulados de forma fechada. Emanada da própria natureza das relações humanas o caráter aberto e dinâmico do ordenamento jurídico, o que se depreende das constantes mudanças legislativas, doutrinárias e jurisprudências, pautadas no pragmatismo e na evolução da sociedade, notadamente em se tratando do Direito de Família.

A parentalidade por si só pode ter origem socioafetiva, biológica ou registral e quando ocorre dicotomia entre duas ou até entre as três origens da filiação, mostra-se a premência de tutela aos inúmeros arranjos familiares dispostos atualmente, pautada, sobretudo, na hermenêutica dos princípios constitucionais –

em especial o princípio da igualdade – pois cabe ao Direito a prerrogativa de tutelar de forma justa todos os casos que envolvem multiparentalidade. Por conseguinte, cabe destacar o trecho do acórdão do Tribunal de Justiça que versa sobre a não discriminação das relações familiares homoafetivas:

Santa Catarina - Apelação cível. Ação declaratória de união estável homoafetiva c/c inventário. Demanda extinta sem exame do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC. Pedido juridicamente possível. Ausência de vedação legal à pretensão do autor. Constitucionalidade recentemente confirmada pelo STF. Clara ofensa aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Sentença cassada. Retorno dos autos à origem para a devida instrução. Recurso provido. O Supremo Tribunal Federal. Apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade). Reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. (...) a família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. (ministro Celso de Mello, STF). (TJSC, AC 2008.029815-9, 2ª C. Dir. Civ., Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 01/09/2011).

A concepção de parentalidade constrói-se sem dependência de gênero, capaz de englobar de forma equivalente paternidade e maternidade, pois a relação parental para com a criança independe do sexo do adotante. Logo, tendo em vista à intersecção entre o conceito de multiparentalidade e do princípio constitucional da igualdade, verifica-se a possibilidade da adoção por casais homossexuais, pois a base da família, na visão jurídica, passou de uma verdade meramente biológica para uma verdade globalizante, onde afetividade e a busca pela felicidade de todos os envolvidos são, se não maiores, iguais ao vínculo consanguíneo.

### 3.4 Reprodução humana assistida e seus reflexos no instituto da filiação

Tendo em vista as transformações na concepção de família exemplificadas no decorrer deste Trabalho de Conclusão de Curso, é possível determiná-la, de forma sucinta, como um núcleo de socioafetividade, onde os vínculos existentes entre os seus membros são formados através do afeto e respeito

recíprocos, independentemente de consanguinidade, onde cada função exercida pelos seus integrantes – incluindo neste rol as relações internas e externas – visam a felicidade individual e coletiva de seus membros, bem como o pleno desenvolvimento das potencialidades de cada um de seus participantes, visando o bem-estar individual e, sobretudo, o bem-estar familiar, verificando-se, portanto, que a família configura-se como a primeira grande função social de um indivíduo.

Superou-se, como verificado anteriormente, a necessidade da vinculação sanguínea para a determinação de relação parental, surgindo a socioafetividade como vínculo parental, muitas vezes sobreposto ao vínculo biológico. O art. 1593 do Código Civil aponta que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” e entende-se como “outra origem” modalidades de parentalidade como adoção, o parentesco socioafetivo e o parentesco com uso de técnicas de reprodução assistida, este último de grande e especial valia aos casais homossexuais, pois biologicamente é necessário que exista a fecundação de óvulo por um espermatozoide para a geração de um filho. Isto posto, quer seja por impossibilidade biológica ou por casos de esterilidade, casais heterossexuais e casais homossexuais tem buscado cada vez mais métodos alternativos com o intuito de materializar o vínculo de parentalidade, tanto homens quanto mulheres.

Uma das alternativas legais no ordenamento jurídico interno é a “barriga solidária”, visto que em via de regra no Brasil, o aluguel do útero não pode, sob qualquer circunstância, ter caráter lucrativo e, deste modo, a ideia de contrato da mãe de substituição é rechaçada, pois pessoas não podem ser objeto de contrato e neste aspecto Barbosa (2003, p. 403) aponta que quando está “em jogo o estado de filiação, a natureza do direito envolvido não admite qualquer negociação, mormente remunerada”. Cabe destacar, no entanto, que a legislação brasileira é restritiva neste sentido e que apenas com a Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina tornou-se “permitido o uso de técnicas de Reprodução Assistida para relacionamentos homoafetivos”.

Segundo Poli e Viegas (2015), a barriga solidária ocorre quando uma mulher empresta a sua barriga – cabendo destacar a inexistência de pagamento pecuniário à dona da barriga – para gerar o filho de outra pessoa impossibilitada de gerar uma criança de forma biologicamente natural. Para os autores, o procedimento pode ter duas formas: a primeira se dá pela utilização do material genético doado

pelo casal que deseja o filho e a segunda faz uso de material doado pelo próprio banco genético. Cabe destacar, neste prospecto, que a forma utilizada por casais homoafetivos acaba sendo a segunda, pois ambos só possuem espermatozoides ou óvulos, fazendo-se necessária a doação de material genético – que exige o anonimato do doador. A Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina trata sobre o tema e cabe destacar o trecho abaixo:

#### VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética **ou em caso de união homoafetiva** (grifo nosso).

1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3- Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

A partir disto, fica clara a necessidade de todos os envolvidos no procedimento, direta ou indiretamente, concordarem com o proposto e a partir da possibilidade real e verificável da gestação de substituição vê-se, portanto, a alteração da premência do elemento biológico em questão de filiação para a valoração do caráter psicológico. Sobre o tema, Fachin (2000, p.172) versa que:

É tempo de encontrar na tese biologista e na sócio-afetiva espaço de convivência, isso porque a sociedade não tem o interesse de decretar o fim

da biologização, clara e estampada na superação do modelo patriarcal codificado e nas estruturações de novos paradigmas para a família na constitucionalização. Devendo haver, dessa forma, harmonia e integração para melhor amparar os interessados.

O avanço científico incorre na necessidade da modificação das estruturas jurídicas até então consolidadas, pois atualmente é possível separar a vinculação parental da hereditariedade consanguínea e temos, portanto, a intenção de criar uma família a partir da socioafetividade como elemento central em sua determinação. O registro da criança gerada por barrigas solidárias é feito em nome de seus pais, sejam eles dois homens ou duas mulheres, sem interferência da forma de gestação, evitando assim ato discriminatório e partir daí cria-se o vínculo parental que garante igual proteção aos direitos da criança e atribui aos pais deveres da mesma proporção em relação aos filhos gerados biologicamente. Garante-se, assim, a guarda dos interesses e direitos da criança, como a possibilidade de sua integralização a uma família que dará educação, amparo e, sobretudo, amor.

Interseccionados os expostos anteriormente, é possível determinar que o intuito de criar o vínculo parental decorre do desejo do casal em formar sua descendência e, neste aspecto, casais homossexuais utilizam-se dos avanços da ciência para atingir seu objetivo. Tendo em vista à ausência de legislação específica sobre o tema, cabe ao Direito enquanto regulador das relações sociais, pautar a jurisprudência e a doutrina em princípios éticos e morais, assegurando tutela jurídica igual, sem caráter discriminatório, a estas uniões e seus possíveis efeitos vinculantes. Inexiste característica nos relacionamentos homoafetivos que impeça a criação da parentalidade com um filho e, portanto, solidificam-se a paternidade e a maternidade a partir do ato de vontade surgindo, daí, o vínculo social e jurídico entre pais e filhos, biológicos ou não, no direito de família.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A família representa a unidade social mais antiga registrada na História e a sua trajetória, bem como o instituto da filiação, sofreram e continuam a sofrer, dia

após dia, alterações em consonância com as modificações do comportamento humano associado ainda à superação de preceitos morais e religiosos incompatíveis com a sociedade contemporânea. Neste prospecto, cabe destacar que o casamento, enquanto único meio aceito para a geração de filhos ditos legítimos, foi durante muito tempo caracterizado pela hierarquia patriarcal, a qual submetiam-se mulher e filhos.

No entanto, é verificável a ampliação da concepção de família desde as primeiras formas de agrupamento familiar até os mais diversificados arranjos atuais e, portanto, a noção de família herdada do padrão europeu ocidental – pautada pelo patrimonialismo e de caráter discriminatório com aquilo que não se encaixasse perfeitamente aos padrões da época – foi sobreposta pela família eudemonista, cujo fim é o desenvolvimento sadio da personalidade de seus membros.

O esforço pelo fim de preconceitos de ordem sexual incorreu, por fim, na igualdade de filiação, criando, por conseguinte, a possibilidade de arranjos familiares distintos ao casamento. Atrelado a isto, o advento da tecnologia, assim como o respeito aos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade possibilitam a criação de laços diversificados em questões de parentalidade, como o instituto da adoção ou da barriga solidária, ambos utilizados para a geração de filhos por pares homoafetivos.

A simples possibilidade sugere a necessidade de tutela jurídica a esta gama de laços familiares até outrora desprotegidos e é possível afirmar que tais relações passaram a ter maior respaldo jurídico com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, alicerçadas nos vínculos de afetividade e na perquirição pela proteção integral da criança, visando, por conseguinte, o melhor interesse da criança e do adolescente. Assim sendo, pode-se verificar que uma porta é aberta para discussões que abrangem o direito transversalmente devido às novas demandas jurídicas decorrentes destas novas configurações familiares. Pode-se citar, neste caso, as novas implicações no direito sucessório e tributário que não estão ainda preparados para encarar estas novas perspectivas.

Deste modo, afirma-se que a Carta Magna trouxe caráter hermenêutico ao Direito de Família, norteado por diversos princípios constitucionais, refletindo diretamente na conceituação de filiação e de parentalidade e estabelecendo como base propulsora da relação parental – tanto maternidade quanto paternidade – a



afetividade. Especialmente atento ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da afetividade – cujo qual atribui ao afeto o status jurídico de bem digno de tutela – o Direito de Família mostra-se como um conceito extremamente dinâmico no mundo jurídico e um dos marcos desta evolução é a concessão de tratamento isonômico aos filhos, tornando irrelevante a sua origem em termos de filiação.

Estabelecem-se, portanto, distintas possibilidades em questões ligadas ao direito de filiação no tocante à sua origem: a biológica, formada pela existência de laços consanguíneos e a socioafetiva, sedimentada na premissa da afetividade construída através do convívio marcado por respeito, amor e comprometimento mútuo no exercício da função parental, respaldada juridicamente. Tendo em vista os avanços alcançados com a Constituição de 1988, inexistente tecnicamente qualquer possibilidade de diferenciação quanto à qualidade de um filho, inexistindo, então, qualquer possibilidade legal de diferenciação quanto à qualidade de pai e/ou mãe.

No entanto, apesar das mais variadas origens, a pluralidade das formas de parentalidade incorre em conflitos no campo da jurisprudência quando colidem entre si diferentes critérios parentais. Observada a inexistência de hierarquia entre os critérios de filiação, o vínculo de parentalidade pode ter reconhecimento espontâneo ou ser dado através de decisão judicial, passando a produzir efeitos jurídicos imediatos. A dualidade em termos de parentalidade incorre na necessidade de sua tutela e, por conseguinte, a ampliação da jurisprudência em termos de direito de família para casais homoafetivos e a revisão da doutrina são fatores necessários para assegurar princípios constitucionais elencados na nossa Carta Magna.

Tenha origem biológica ou afetiva, a relação parental criada para com o filho atribui aos interessados no exercício da paternidade ou maternidade todos os deveres intrínsecos ao exercício da função, incluindo esta relação no rol exemplificativo art. 226 da Constituição de República Federativa do Brasil, pois a liberdade de constituir família é um direito fundamental, inviabilizando a restrição do Estado e, portanto, é impensável pensar que o rol exposto no artigo supracitado tenha caráter taxativo. As transformações da sociedade são visíveis e cada vez mais perceptíveis no nosso dia a dia e, deste modo, o molde tradicional da família faz-se hoje insuficiente para a plena compreensão do termo.

Decorre destas mudanças o fenômeno da multiparentalidade. Classificada por juristas de renome nesta matéria como a melhor alternativa para a resolução

desta natureza de conflitos, visando à prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente, pois existem casos de determinação de averbação de dois pais ou duas mães do mesmo sexo na certidão de nascimento do filho, cabe destacar que a partir do caráter registral da filiação todos os efeitos jurídicos e efeito vinculantes são emanados. Segundo Belmiro Pedro Welter, a existência da natureza humana ocorre em três vertentes – genética, afetiva e ontológica – e, paralelamente à filiação, o autor versa sobre a teoria tridimensional do direito de família que, interseccionado aos princípios constitucionais amplamente exemplificados neste projeto, baseiam a multiparentalidade.

Da sua aplicação existem efeitos de naturezas diversas, mas que em seu cerne são semelhantes aos praticados onde há biparentalidade, aplicada a devida analogia. Verifica-se, no entanto, que a questão de patrimônio é o maior embaraço ao reconhecimento da multiparentalidade e de seus efeitos. A prática da teoria tridimensional do direito de família visa retratar de forma plural uma questão amplamente debatida socialmente e neste aspecto, o reconhecimento de dois pais ou duas mães de um mesmo filho permite garantia a todos os direitos intrínsecos à sua instituição, incluindo direitos sucessórios. Visto que a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica não podem preterir uma a outra, o ordenamento jurídico interno deve adaptar-se às novas formas de realidades de inúmeras famílias brasileiras, pois o instituto da multiparentalidade possui amparo em diferentes princípios constitucionais e a partir do exposto durante este Trabalho de Conclusão de Curso, é verificável que a filiação é perfeitamente plausível para casos onde existam dois pais ou duas mães do mesmo sexo, sendo indiferente a orientação sexual daqueles que desejam criar o laço parental na figura de pais ou mães.

Cabe destacar, neste ponto, que a plena compreensão do termo família envolve laços maiores do que meramente consanguíneos, pois a afetividade e o interesse em fazer bem de forma recíproca são, sim, critérios para a determinação do vínculo parental e, portanto, cabe ao Direito a premissa de concretizar juridicamente as inúmeras demonstrações de amor, afeto e comprometimento mútuos. Por conseguinte, a multiparentalidade é, por ora, a solução de maior eficácia para abranger os múltiplos arranjos familiares vistos atualmente, visto que o direito de família, em seu âmago, deve amparar a existência das mais diversas

formas de relações parentais e de cada indivíduo, assegurando tutela jurídica à livre expressão do afeto e da felicidade de seus integrantes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Nathan W. **Diagnóstico y tratamiento de las relaciones familiares**. Buenos Aires: Hormé. Título original: The psychodynamics of Family life. Nova Iorque: Basic Books, 1958

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philipino, ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. Rio de Janeiro, 1870. Edição por reprodução em "fac-símile" da Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1985

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RORIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012

ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRUGER, Cátia Denise Gress. **Coexistência entre a socioafetividade e a identidade biológica – uma reflexão**. In: Família e Jurisdição II. BASTOS, Eliane Pereira; LUZ, Antônio Fernandes da. (coords). Belo Horizonte: Del Rey, 2008

ARDUINI, Juvenal. **Antropologia: ousar para reinventar a humanidade**. São Paulo: Paulus, 2002

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 13 jul. 1990

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **O Pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família**. In WELTER, Belmiro Pedro. MADALENO, Rolf Hansen. Direitos Fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>> Acesso 15 abr 2016

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo código civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. Vol. 5, 23ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CPC e com o Projeto de Lei nº 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007

DIAS, Maria Berenice. **União homosexual: o preconceito e a justiça**. 3ª ed. Revista e Atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

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

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões Homossexuais: efeitos jurídicos.** São Paulo: Método, 2004.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1: A Vontade de Saber.** São Paulo, Edições Graal, 2006

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08 - família, criança, adolescente e idoso.** São Paulo: Atlas, 2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** Volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

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

LOPES, Rénan Kfuri. **Homoafetividade - ave, ó Maria Berenice Dias.** 2007. Disponível em: < [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/34\\_-\\_homoafetividade\\_-\\_ave,\\_%F3\\_maria\\_berenice\\_dias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/34_-_homoafetividade_-_ave,_%F3_maria_berenice_dias.pdf)> Acesso em: 04 mar 2016

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: 2011

OLIVEIRA, Alexandre Miceli de. **Direito de Autodeterminação sexual.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família.** 2004. Disponível em: [http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf?sequence=1](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf?sequence=1) Acesso em: 07 mar 2016

POLI, Leonardo Macedo; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A legalização do contrato de barriga de aluguel, sob a ótica do princípio da autonomia privada.** 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44596/a-legalizacao-do-contrato-de-barriga-de-aluguel-sob-a-otica-do-principio-da-autonomia-privada>> Acesso em: 09 maio 2016

SILVA JÚNIOR, Enésio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 4.<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2010

TREVISAN, João S. **A epopeia universal do desejo.** Revista Sui Generis. n. 23. ano 3. Rio de Janeiro: SG Press, 1997

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 11. ed. V. 6. São Paulo: Atlas, 2011

VIEIRA, Galdino N. **Amor, sexo e erotismo.** São Paulo: Casa Publicadora Brasileira, 1976

WARKEN, Carlos Eduardo. Roberto Luiz Warken. **A instituição da sociedade convivencial entre pessoas de mesmo sexo. A discriminação legalizada e a oportunidade em afastá-la.** Jus Navigandi, Teresina, v. 7, n. 61, jan. 2003

WELTER, Belmiro Pedro. MADALENO, Rolf Hansen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria Tridimensional do Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E  
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Gustavo Henrique Gomes da Rosa  
RG: 5752727  
CPF: 081521429-48  
Matrícula: 10200057  
Título do TCC: Adoção Homoafetiva: Prospectando novos contornos jurídicos  
Orientador(a): Renata Raupp

Eu, Gustavo Henrique Gomes da Rosa , acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 24 de Junho de 2016.

Assinatura manuscrita em tinta azul de Gustavo Henrique Gomes da Rosa.

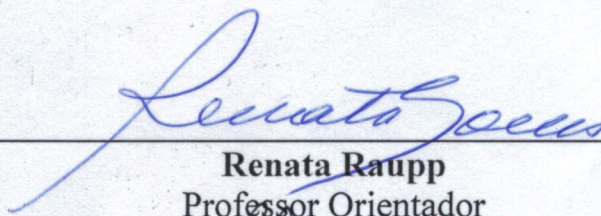
\_\_\_\_\_  
Gustavo Henrique Gomes da Rosa

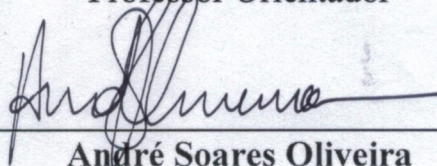
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

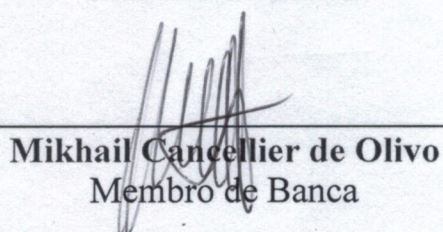
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Adoção Homoafetiva: Prospectando novos contornos jurídicos”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Gustavo Henrique Gomes da Rosa**”, defendido em **24/06/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9.0 (NOVE), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 24 de Junho de 2016

  
\_\_\_\_\_  
**Renata Raupp**  
Professor Orientador

  
\_\_\_\_\_  
**André Soares Oliveira**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Mikhail Cancellier de Olivo**  
Membro de Banca