

JOÃO ROBERTO SALAZAR JR.

**ADOÇÃO POR CASAS  
HOMOAfetivos NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

MESTRADO EM DIREITO

PUC/SP  
SÃO PAULO  
2006-08-14

JOÃO ROBERTO SALAZAR JR.

**ADOÇÃO POR CASAS  
HOMOAFFECTIVOS NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Luiz Alberto David Araujo.

SÃO PAULO  
2006

À *Andrea*, minha companheira nessa  
aventura que é a vida,  
Ao *Biel*, que me permite vivenciar o amor  
de pai,  
Aos meus queridos pais, *João* e *Regina*,  
pelo apoio incondicional, desde sempre,  
À minha irmã *Karina*, pelo enorme apoio,  
À *Rosy* e *Lêda*, pelo exemplo de luta e  
amor,  
Ao *Alex* e a todas as crianças que merecem  
um lar repleto de amor.

Meus sinceros agradecimentos ao

*Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo*

pelo exemplo de professor, desde o curso  
de graduação.

Banca Examinadora

---

---

---

## SUMÁRIO

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Introdução</b>                                                                                          | 1   |
| <b>1 Princípios constitucionais</b>                                                                        | 4   |
| 1.1 O pós-positivismo e a normatividade dos princípios                                                     | 4   |
| 1.2 A Constituição como sistema aberto de regras e princípios                                              | 8   |
| 1.3 Conceito de princípios constitucionais                                                                 | 11  |
| 1.4 Classificação dos princípios constitucionais                                                           | 12  |
| 1.5 A multiplicidade de funções dos princípios constitucionais                                             | 18  |
| 1.6 Os princípios constitucionais como condicionantes da atividade interpretativa                          | 20  |
| <b>2 O princípio da igualdade</b>                                                                          | 26  |
| 2.1 Delimitação do tema                                                                                    | 26  |
| 2.2 A igualdade formal                                                                                     | 28  |
| 2.2.1 O contexto da igualdade no ideário liberal                                                           | 28  |
| 2.2.2 A igualdade formal e negativa                                                                        | 30  |
| 2.2.3 A igualdade formal e a legalidade                                                                    | 32  |
| 2.2.4 A igualdade formal e as diferenciações de tratamento                                                 | 34  |
| 2.2.5 Os critérios de definição do <i>discrímen</i>                                                        | 35  |
| 2.2.6 A relevância histórica da conquista da igualdade formal                                              | 36  |
| 2.3 A igualdade material                                                                                   | 39  |
| 2.3.1 O marxismo: a resposta ao modelo liberal                                                             | 39  |
| 2.3.2 O desenvolvimento do Estado do bem estar social e a ampliação da concepção do princípio da igualdade | 42  |
| 2.3.3 A igualdade material e os direitos econômicos, sociais e culturais                                   | 46  |
| 2.3.4 A igualdade material e o direito das minorias                                                        | 51  |
| 2.4 O princípio da igualdade no Brasil                                                                     | 57  |
| 2.5 Igualdade: em busca da efetividade                                                                     | 62  |
| <b>3 Novo direito de família</b>                                                                           | 65  |
| 3.1 A família nas Constituições brasileiras                                                                | 65  |
| 3.2 A família na Constituição de 1988                                                                      | 70  |
| 3.3 Os princípios constitucionais de direito de família                                                    | 80  |
| 3.4 Convergência do conceito de família: outros olhares sobre a família contemporânea                      | 84  |
| <b>4 Os princípios constitucionais afetos à adoção de crianças e adolescentes</b>                          | 88  |
| 4.1 Adoção: um instituto dinâmico                                                                          | 88  |
| 4.2 Origem da adoção                                                                                       | 89  |
| 4.3 A adoção no Brasil                                                                                     | 90  |
| 4.4 A adoção na perspectiva da Constituição de 1988                                                        | 96  |
| 4.4.1 Do princípio constitucional do melhor interesse da criança                                           | 102 |
| 4.4.2 Do princípio constitucional da convivência familiar                                                  | 105 |
| 4.5 A adoção à luz dos princípios constitucionais                                                          | 110 |

|                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------|-----|
| <b>5 Adoção por casais homoafetivos</b>                         | 113 |
| 5.1 Delimitação do tema                                         | 113 |
| 5.2 A homossexualidade e o preconceito                          | 115 |
| 5.3 A homossexualidade no Brasil                                | 120 |
| 5.3.1 O Poder Judiciário                                        | 122 |
| 5.3.2 O Poder Executivo                                         | 125 |
| 5.3.3 O Poder Legislativo                                       | 126 |
| 5.4 A adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos | 132 |
| 5.4.1 Das pesquisas realizadas nos Estados Unidos               | 142 |
| 5.4.2 Das pesquisas realizadas no Brasil                        | 158 |
| 5.4.3 Do princípio do melhor interesse da criança               | 160 |
| 5.4.4 Decisões judiciais                                        | 163 |
| <b>Conclusão</b>                                                | 166 |
| <b>Bibliografia</b>                                             | 169 |

## INTRODUÇÃO

A adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos tem despertado intenso debate nas sociedades democráticas do Ocidente, desafiando o estudioso do Direito a se enveredar por essa fascinante matéria.

A presente dissertação examina a questão à luz do Direito Constitucional, sobretudo sob a ótica dos princípios constitucionais, considerados hodiernamente o ponto fulcral das Constituições, pois traduzem os valores encampados por toda a sociedade.

Atualmente, os princípios constitucionais permeiam o debate de qualquer questão jurídica, especialmente aquelas mais espinhosas, como a que nos propomos a analisar no presente trabalho. A complexidade do tema escolhido decorre, em grande medida, do “perfil dos envolvidos”. De um lado, o grupo dos homossexuais, uma das *minorias* que compõem o tecido social brasileiro, que, apesar do crescente reconhecimento que vem conquistando, ainda são alvo de intenso preconceito. De outro, as crianças e adolescentes, por sua vez, são indivíduos que, por se encontrarem em processo de formação, merecem a mais ampla e especial proteção, não apenas do Estado, mas de toda a sociedade e da família.

Diante desse cenário, não é difícil imaginar que a adoção por casais homoafetivos encontre forte resistência de muitos segmentos da sociedade. Nesse sentido, cumpre esclarecer, desde logo, que a preferência pelo termo *homoafetivo* – cunhado por Maria Berenice Dias – para designar o casal formado por pessoas do mesmo sexo, foi motivado não apenas pela intenção de sublinhar a presença do *afeto* em tais uniões

componente essencial da família contemporânea, mas também com a finalidade de reduzir a carga de preconceito de certo modo assimilado pela expressão *homossexual*.

O estudo do tema proposto parte dos princípios constitucionais, contextualizando-os no cenário do Direito Constitucional atual, esclarecendo a posição de destaque que ocupam e suas funções dentro do sistema constitucional.

Na segunda parte do trabalho nos dedicaremos à análise do princípio da isonomia, considerando que este constitui o princípio constitucional mais abrangente a incidir sobre a adoção por casais homoafetivos, permeando todo o debate em torno do tema, e que pode ser traduzido na seguinte indagação: considerando-se que é amplamente reconhecido aos casais heterossexuais o direito à adoção de crianças e adolescentes, é possível negar tal direito às uniões formadas por pessoas do mesmo sexo?

O Direito de Família, que abriga o instituto da adoção, será examinado no terceiro capítulo, a partir da investigação dos contornos atuais da família contemporânea sob os quais se debruçam os especialistas desse ramo do Direito. Também serão pesquisados os princípios constitucionais de Direito de Família.

Em seguida, no quarto capítulo, estudaremos a evolução registrada pelo instituto da adoção desde o início do século XX até os dias de hoje, especialmente no que diz respeito à adoção de crianças e adolescentes, cuja tutela constitucional lhes confere princípios próprios, que se revelam de suma relevância para a análise da adoção por casais homoafetivos.

Finalmente, no quinto e último capítulo faremos uma incursão na Psicologia, para, ao final, com base no conhecimento acumulado ao longo dos capítulos precedentes, responder se a adoção por casais homoafetivos encontra abrigo na Constituição Federal.

## 1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

### 1.1 O pós-positivismo e a normatividade dos princípios

Segundo bem sintetiza Paulo Bonavides, “A teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições”<sup>1</sup>. Trata-se, pois, de tema central do Direito Constitucional moderno, o cerne teórico para o estudo da temática constitucional. Todavia, nem sempre os princípios constitucionais ocuparam papel de destaque na dogmática jurídica.

A relevância atual dos princípios na esfera do constitucionalismo deve-se à consolidação de seu caráter *normativo*<sup>2</sup>, marca indelével do atual estágio da dogmática jurídica: o pós-positivismo<sup>3</sup>.

Durante as fases que precederam o pós-positivismo, ou seja, na vigência do jusnaturalismo e do positivismo, os princípios não ostentavam tal status no sistema jurídico, justamente porque despidos de força normativa.

---

<sup>1</sup> *Curso de Direito Constitucional*, p. 281.

<sup>2</sup> Sobre a força normativa da constituição, confira-se a lição de Canotilho: “Falou-se atrás (vide *supra*) de constituição normativa. Nos livros de estudo encontram-se fórmulas com estas: *normatividade da constituição*, **força normativa da Constituição**. Através destas expressões pretende-se significar – é esse o sentido atribuído pela doutrina dominante – que a constituição é uma lei vinculativa dotada de *efetividade e aplicabilidade*. A *força normativa* da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei como lei deve ser aplicada*. Afasta-se a tese generalizadamente aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um ‘valor declaratório’, ‘uma natureza de simples direcção política’, um carácter programático despido da força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis.” Op. cit., p. 1150.

<sup>3</sup> Nesse sentido, Luís Roberto Barroso: “Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*.” (*Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 327, grifo no original)

Anota Paulo Bonavides que, na concepção jusnaturalista “os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça”<sup>4</sup>. Nesse período, a Constituição era tida como mera declaração de direitos, com reduzido poder vinculativo<sup>5</sup>. Basta dizer que até mesmo os direitos fundamentais careciam de regulamentação para serem aplicados.

Se durante o jusnaturalismo os ideais de justiça e de legitimidade, que guardam íntima relação com o tema dos princípios, se encontravam presentes no debate jurídico, o pensamento positivista que o sucedeu nem sequer admitia a abertura do sistema normativo para esse ideário, distanciando-se ainda mais da concepção moderna, que confere força normativa aos princípios constitucionais<sup>6</sup>.

A derrocada do positivismo deu-se após a Segunda Guerra Mundial, concomitantemente à queda do nazismo e do fascismo, regimes que se desenvolveram de modo extraordinário justamente em razão da esterilidade valorativa que marcou o positivismo legalista.

A experiência acumulada pela humanidade nesses períodos da história do Direito acabou por delinear o perfil do pós-positivismo, como sintetiza Luís Roberto Barroso:

---

<sup>4</sup> Op. cit., p. 259.

<sup>5</sup> Confira-se, nesse diapasão, a passagem de Canotilho transcrita na nota de rodapé nº 3.

<sup>6</sup> “O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma *ciência jurídica*, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de *fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de *valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.” (Luís Roberto Barroso, op. cit., p. 322-323).

“O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.”<sup>7</sup>

E, mais adiante, Barroso conclui que os valores que passaram a integrar essa nova etapa do constitucionalismo materializam-se nos princípios:

“O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Op. cit., p. 325-326.

<sup>8</sup> Op. cit., p. 326.

Essa mudança de paradigma é atribuída especialmente ao norte-americano Ronald Dworkin, que concebeu a distinção entre regra e princípio, sem a qual não seria possível romper com o positivismo legalista<sup>9</sup>.

A crítica de Dworkin ao positivismo baseia-se, fundamentalmente, na observação de que nos *casos difíceis* os juristas se apoiavam em princípios, e não em regras:

“Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de casos de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos padrões.”<sup>10</sup>

O estudo dos princípios constitucionais revela-se, pois, de todo indispensável para o debate jurídico atual, sobretudo diante de questões polêmicas, como é o tema da adoção por casais homoafetivos, que atrai a incidência de diversos princípios constitucionais, desde os mais genéricos e abstratos até aqueles mais densos, atinentes a determinados ramos do Direito.

---

<sup>9</sup> Op. cit., p. 351.

<sup>10</sup> *Levando os direitos a sério*, p. 36. A angústia de Ronald Dworkin decorria da incapacidade de o positivismo explicar o direito, especialmente diante de questões controvertidas, de *casos difíceis*: “Nos termos de sua própria tese, o positivismo não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito. Quando lemos esses casos, o positivista nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz. Sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas.” Op. cit., p. 72.

## 1.2 A Constituição como sistema aberto de regras e princípios

O constitucionalismo moderno estrutura-se, portanto, na idéia de Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, assim definido por Canotilho<sup>11</sup>:

“(1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma estrutura *dialógica* (Caliess), traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; (4) é um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a forma de *regras*.”<sup>12</sup>

Enquanto as regras apresentam reduzido grau de abstração e incidem diretamente sobre um número determinado de situações concretas, os princípios possuem maior nível de abstração, abrangendo, pois, uma gama indeterminada de situações. Ademais, os princípios exercem uma função estruturante dentro do sistema jurídico, constituindo o próprio fundamento das regras<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Essa visão é compartilhada por Luís Roberto Barroso: “A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização de direitos fundamentais desempenham um papel central.” *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 340.

<sup>12</sup> *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1159.

<sup>13</sup> Confira-se a distinção de regras e princípios na ótica de Canotilho: “Os **princípios** interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras *normas, qualitativamente distintas* das outras categorias de normas, ou seja, das **regras jurídicas**. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é

Walter Claudius Rothemburg observa, entretanto, que, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a generalidade dos princípios não resulta na sua inaplicabilidade, pois sua *vagueza* não significa imprecisão, mas, “ao contrário, possuem significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato”<sup>14</sup>. Em outras palavras, com apoio na doutrina de Canotilho e Carmem Lúcia Antunes Rocha, o autor defende que os princípios são *determináveis em concreto*<sup>15</sup>.

A composição das normas constitucionais por regras e princípios – e não exclusivamente por regras, como defendiam os representantes do positivismo legalista – é que confere abertura ao sistema constitucional moderno<sup>16</sup>. Uma Constituição composta unicamente de regras exigiria a regulamentação exaustiva de todas as

---

cumprida (nos termos de Dworkin; *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebeslky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, com as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade* e *peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).” *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1161-1162 (grifos no original).

<sup>14</sup> *Princípios constitucionais*, p. 18. Rothemburg, contudo, vai mais além, ao defender que, apesar da dificuldade imanente, é possível a aplicação direta de um princípio constitucional a um caso concreto: “Claro que os princípios, por seu natural aspecto vago e genérico, oferecem problema à concretização (exata determinação) em face de situações concretas. É complicado – conquanto não impossível – reconhecer um direito subjetivo por aplicação direta de um princípio. Porém é justamente nessa característica de ‘abertura’ que reside a grande utilidade dos princípios.” Op. cit., p. 25.

<sup>15</sup> Idem, ibidem.

<sup>16</sup> Nesse sentido é o ensinamento do mestre Canotilho: “Essa perspectiva teórico-jurídica do ‘sistema constitucional’, tendencialmente ‘principalista’, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (cfr. *infra*, colisão de direitos fundamentais), mas também porque permite *respirar, legitimar, enraizar e caminhar* o próprio sistema. A respiração obtém-se através da ‘textura aberta’ dos princípios; a legitimidade entrevê-se na idéia de os princípios consagrarem *valores* (liberdade, democracia, dignidade) fundadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescreve-se na *referência sociológica* dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos *processuais* e *procedimentais adequados*, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição.” *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1163.

situações da realidade, obstando a interação das normas constitucionais com a dinâmica de uma sociedade pluralista. Uma Constituição composta tão-somente de princípios, por sua vez, não asseguraria a segurança jurídica necessária ao convívio social<sup>17</sup>.

A presença de ambas as espécies normativas no seio da Constituição confere equilíbrio ao sistema. No dizer de Luís Roberto Barroso, com suporte no trabalho de Ana Paula de Barcellos, “(...) o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto”<sup>18</sup>.

Interessante notar, por fim, que a abertura proporcionada pelo manifesto caráter principiológico da Constituição não é ilimitada, pois, como bem pontua Barroso, são os próprios princípios que limitam a atividade do intérprete:

“A generalidade, abstração e capacidade de expansão dos princípios permite ao intérprete, muitas vezes, superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa, superadora do *summum jus, summa injuria*. Mas são esses princípios que funcionam como limites interpretativos máximos, neutralizando o subjetivismo voluntarista dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas, reduzindo a discricionariedade do aplicador da norma e impondo-lhe o dever de motivar seu convencimento.”<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> J. J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 1162.

<sup>18</sup> *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 352.

<sup>19</sup> *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 160.

Dessa forma, o ponto de partida do estudo da adoção por casais homoafetivos reside no pressuposto de que a Constituição constitui um sistema aberto de normas, integrado não apenas por regras, mas também por princípios.

### 1.3 Conceito de princípios constitucionais

Para Dworkin, “princípio” é “um padrão que deve ser observado (...) porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>20</sup>.

Carmem Lúcia Antunes Rocha assevera que os princípios constitucionais são a própria essência do sistema constitucional, responsáveis pela *normatividade*:

“Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em determinada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no estado. Aqueles valores superiores encaram-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social.”

---

<sup>20</sup> Levando os direitos a sério, p. 36.

Segundo a autora, quanto maior a proximidade entre a principiologia constitucional e os valores ético-sociais da comunidade, maior será a legitimidade (e a efetividade) do sistema constitucional.

#### **1.4 Classificação dos princípios constitucionais**

É impossível precisar quais são os princípios constitucionais, ainda que em determinado espaço e tempo, como, por exemplo, os princípios contemplados atualmente na Constituição brasileira. É que, como adverte Ronald Dworkin, “Eles [os princípios] são controversos, seu peso é de importância fundamental, eles são incontáveis e se transformam com tanta rapidez que o início de nossa lista estaria obsoleto antes que chegássemos à metade dela”<sup>21</sup>.

Isso não quer dizer, todavia, que os constitucionalistas não procurem identificar e classificá-los. Trata-se de tarefa árdua, mas fundamental, especialmente para nortear o trabalho do intérprete.

Vejamos como alguns dos principais autores da atualidade se desincumbiram dessa tarefa, iniciando com Canotilho, que tipifica os princípios constitucionais a partir da realidade da Constituição portuguesa<sup>22</sup>:

- i) Princípios jurídicos fundamentais – são “os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica

---

<sup>21</sup> *Levando os direitos a sério*, p. 70.

<sup>22</sup> *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1165 e seguintes.

e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”<sup>23</sup>. Destacam-se como fundamento da atividade interpretativa, integrativa e para o conhecimento e aplicação do direito positivo, e ainda vinculam negativa e positivamente a atividade legiferante. Fornece, como exemplos, o princípio da publicidade dos atos jurídicos, o princípio da proibição do excesso, o princípio do acesso ao direito e aos tribunais;

- ii) Princípios políticos constitucionalmente conformadores – são responsáveis por explicitar “(...) as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”, constituindo “o cerne político de uma constituição política”, como, por exemplo, o princípio republicano, o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático, o princípio pluralista, o princípio da separação e interdependência de poderes. Por conseguinte, são tidos “como limites do poder de revisão”<sup>24</sup> e são os princípios mais visados quando se trata de alterar profundamente o sistema político;
- iii) Princípios constitucionais impositivos – inserem-se aqui “todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”<sup>25</sup>, sendo comumente designados por “preceitos definidores dos fins do Estado” ou “princípios directivos fundamentais”, ou ainda, “normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas”. São exemplos o princípio da independência nacional, o princípio da correção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento;

---

<sup>23</sup> Op. cit., p. 1165.

<sup>24</sup> Op. cit., p. 1666.

<sup>25</sup> Op. cit., p. 1166-1167.

- iv) Princípios-garantia – têm como finalidade precípua “instituir directa e imediatamente uma garantia aos cidadãos”, tais como o princípio do juiz natural, de proibição dos *bis in idem*, *in dubio pro reo*, *nullum crimen sine lege* etc. Essa modalidade de princípios fixa garantias para os cidadãos.

Luís Roberto Barroso distingue os princípios constitucionais considerando seu grau de destaque no sistema e sua abrangência, asseverando que os princípios apresentam raios distintos de abrangência normativa. Confira-se a divisão proposta pelo ilustre professor, sem a pretensão de esgotar a matéria, com base na Constituição Federal de 1988<sup>26</sup>:

- i) Princípios *fundamentais* – constituem “os fundamentos da organização da ordem política do Estado” e, por isso, o núcleo imodificável da Constituição:
1. Princípio republicano;
  2. Princípio federativo;
  3. Princípio do Estado democrático de direito;
  4. Princípio da separação dos Poderes;
  5. Princípio presidencialista;
  6. Princípio da livre iniciativa.
- ii) Princípios constitucionais *gerais* – são especificações dos princípios *fundamentais*, em geral tutelam imediatamente determinadas situações,

---

<sup>26</sup> *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 157 e seguintes.

como a relação do indivíduo com o Estado. Correspondem aos “princípios-garantia” de Canotilho:

1. princípio da legalidade;
2. princípio da liberdade;
3. princípio da isonomia (art. 5º, *caput* e inciso I);
4. princípio da autonomia estadual e municipal;
5. princípio do acesso ao Judiciário;
6. princípio da segurança jurídica;
7. princípio do juiz natural;
8. princípio do devido processo legal.

iii) Princípios *setoriais* ou *específicos* – a última categoria de princípios constitucionais proposta por Barroso é constituída por princípios que “presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição”, podendo ser mera consequência de princípios *gerais* (como, por exemplo, os princípios da legalidade tributária e da legalidade penal), ou autônomos (princípio da anterioridade da matéria tributária ou do concurso público em matéria de administração pública”. Alguns exemplos fornecidos pelo autor são:

1. Administração Pública:
  - a. princípio da legalidade administrativa (art. 37, *caput*);
  - b. princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*);

- c. princípio da moralidade (art. 37, *caput*);
- d. princípio da publicidade (art. 37, *caput*);
- e. princípio do concurso público (art. 37, II);
- f. princípio da prestação de contas (arts. 70, parágrafo único, 34, VII, *d*, e 35, II)

## 2. Organização dos Poderes:

- a. princípio majoritário (arts. 46 e 77, parágrafo 2º);
- b. princípio proporcional (arts. 45 e 58, parágrafo 1º);
- c. princípio da publicidade e da motivação das decisões judiciais e administrativas (art. 93, IX e X);
- d. princípio da independência e da imparcialidade dos juízes (arts. 95 e 96);
- e. princípio da subordinação das Forças Armadas ao poder civil (art. 142).

## 3. Tributação e Orçamento:

- a. princípio da capacidade contributiva (art. 145, parágrafo primeiro);
- b. princípio da legalidade tributária (art. 150, I);
- c. princípio da isonomia tributária (art. 150, II);
- d. princípio da anterioridade da lei tributária (art. 150, III);
- e. princípio da imunidade recíproca das pessoas jurídicas de direito público (art. 150, VI, *a*);

- f. princípio da anualidade orçamentária (art. 165, III);
- g. princípio da universalidade do orçamento (art. 165, parágrafo 5º);
- h. princípio da exclusividade da matéria orçamentária (art. 165, parágrafo 8º).

4. Ordem Econômica:

- a. princípio da garantia da propriedade privada (art. 170, II);
- b. princípio da função social da propriedade (art. 170, III);
- c. princípio da livre concorrência (art. 170, IV);
- d. princípio da defesa do consumidor (art. 170, V);
- e. princípio da defesa do meio ambiente (art. 170, VI).

5. Ordem Social:

- a. princípio da gratuidade do ensino público (art. 206, IV);
- b. princípio da autonomia universitária (art. 207);
- c. princípio da autonomia desportiva (art. 217, I).

José Afonso da Silva, com suporte na doutrina de Canotilho, vislumbra apenas duas categorias de princípios constitucionais:

- i) Princípios político-constitucionais – traduzem as opções políticas fundamentais do Estado brasileiro, encontrando-se contemplados nos artigos 1º a 4º da Constituição de 1988;
- ii) Princípios jurídico-constitucionais – são todos os demais princípios constitucionais que informam o sistema jurídico, incluindo-se os princípios-garantia, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o princípio da proteção social dos trabalhadores e o princípio da autonomia municipal.

Como se vê, os princípios constitucionais diferem quanto ao seu âmbito de abrangência, o que certamente pode influenciar nas funções que exercem dentro do sistema constitucional.

### **1.5 A multiplicidade de funções dos princípios constitucionais**

Os princípios constitucionais, segundo o mestre Canotilho, desempenham uma série de funções: os princípios conferem fundamento às regras jurídicas (*função normogenética*); eles permitem a ligação de todo o sistema constitucional (*função irradiante*); contribuem para a solução de problemas metódicos, como, por exemplo, a colisão de direitos fundamentais; sua “textura aberta” permite a respiração do sistema; conferem legitimidade, na medida em que consagram valores fundamentais da ordem jurídica; provocam o enraizamento do sistema constitucional, resultante da “referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções e pessoas”; emprestam capacidade para o sistema caminhar, por meio de instrumentos processuais e procedimentais adequados, que possibilitam a concretização, a densificação e a

realização prática das mensagens normativas da Constituição; a principiologia constitucional torna possível, ainda, a realização gradativa da Constituição, “segundo circunstâncias factuais e legais”; e, por fim, “A compreensão principal da Constituição serve de arrimo à concretização metódica quer se trate de um texto constitucional garantístico (...) quer se trate de um texto constitucional programático” (Constituições Portuguesa e Brasileira)”<sup>27</sup>.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, enfatiza três atribuições dos princípios constitucionais:

“Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação de regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete”.<sup>28</sup>

Para efeito do presente estudo, considerando-se as atribuições apontadas pelos autores supra, releva sublinhar a função *normogenética* dos princípios, seu poder de condicionar a atividade do intérprete e de conferir unidade ao sistema jurídico, atributos que, por si

---

<sup>27</sup> *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1163.

<sup>28</sup> *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 327.

sós, impedem que a *quaestio juris* debatida na presente dissertação seja analisada sob o prisma exclusivo das normas infraconstitucionais que tratam da adoção.

## **1.6 Os princípios constitucionais como condicionantes da atividade interpretativa**

A interpretação, segundo a pena de Eros Roberto Grau, “(...) é um processo intelectual através do qual, partindo de *fórmulas lingüísticas* contidas nos textos, *enunciados*, *preceitos*, *disposições*, alcançamos a determinação de um *conteúdo normativo*. Atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por *preceitos* (*enunciados*, *disposições*, *textos*). O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o *texto*); neste sentido, o intérprete *produz a norma*”<sup>29</sup>.

A derrocada do positivismo – sistema fechado de normas em que o intérprete apenas revelava o sentido da norma contida no texto – fez-se acompanhar do surgimento da *nova hermenêutica constitucional*<sup>30</sup>, que implicou significativas mudanças em relação à hermenêutica clássica.

---

<sup>29</sup> *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, p. 70.

<sup>30</sup> “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.” (Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação do Direito*, p. 349-351)

A mudança de paradigma ampliou consideravelmente a atividade do intérprete, que, de mero realizador de um ato de subsunção, assumiu (conscientemente) uma postura criadora.

Essa abertura, como já mencionado, decorre da normatividade conferida aos princípios, que também revelam uma potencialidade distinta das regras para a interpretação constitucional, conforme assevera Luís Roberto Barroso, especialmente quanto ao *conteúdo*, à *estrutura normativa* e às *particularidades da aplicação*. Enquanto as regras estabelecem condutas, os princípios “indicam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados”, espelhando, em geral, “um conteúdo axiológico ou uma decisão política”<sup>31</sup>. A *estrutura normativa* dos princípios, por sua vez, revela-se mais complexa se comparada às regras, razão pela qual, diante de cada caso concreto, caberá ao intérprete definir a conduta por ele prescrita para se atingir o valor ou o fim colimado pelo legislador, tarefa que pode tornar-se ainda mais complexa, quando esse valor ou fim sejam indeterminados<sup>32</sup>. Por fim, no que tange à *aplicação*, as regras aplicam-se mediante *subsunção*, e, na hipótese de conflito, este deve ser sanado com base no critério do *tudo ou nada*; já os princípios são aplicáveis mediante a *ponderação*<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 353.

<sup>32</sup> “Pode ocorrer, ainda, em relação aos princípios, uma dificuldade adicional: o fim a ser atingido ou o estado ideal a ser transformado em realidade pode não ser objetivamente determinado, envolvendo uma integração subjetiva por parte do intérprete. Um princípio tem um sentido e alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras. A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete. Um exemplo é fornecido pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Além de não explicitar os comportamentos necessários para realizar a dignidade humana – esta, portanto, é a primeira dificuldade: descobrir os comportamentos –, poderá haver controvérsia sobre o que significa a própria dignidade a partir de um determinado conteúdo essencial, conforme o ponto de observação do intérprete.” (*Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 354).

<sup>33</sup> Eis a formulação original dessa distinção fundamental entre regra e princípio, de autoria de Ronald Dworkin: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (...) Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que

Sob o ponto de vista prático, Barroso sustenta que o intérprete deve sempre iniciar seu trabalho a partir dos princípios constitucionais:

“O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.”<sup>34</sup>

Acrescente-se, de acordo com a clássica advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual “Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma regra”<sup>35</sup>, que os princípios ocupam posição hierárquica superior às regras.

E, em virtude da posição de primazia hierárquico-normativa da Constituição no sistema jurídico, esta exerce sobre o direito infraconstitucional o que Canotilho denomina *força heterodeterminante*<sup>36</sup>, de modo que até mesmo matérias reguladas por ramos específicos

---

mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. (...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia.” *Levando os direitos a sério*, p. 39-42.

<sup>34</sup> *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 151.

<sup>35</sup> *Elementos de direito administrativo*, p. 230.

<sup>36</sup> “Uma das conseqüências mais relevantes da natureza das normas constitucionais concebidas como *heterodeterminações positivas e negativas* das normas hierarquicamente inferiores à conversão do *direito*

do Direito (Civil, Administrativo, Penal etc.) não escapam à necessidade de conformidade formal e material às normas constitucionais.

Lênio Luiz Streck, ao lançar as bases de sua Nova Crítica do Direito, também destaca a importância da Constituição na atividade interpretativa de qualquer norma infraconstitucional<sup>37</sup>:

“Desse modo, sendo um texto jurídico (cujo sentido, repita-se, estará sempre contido em uma norma que é produto de uma atribuição de sentido) válido tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) acerca do sentido de (e da) Constituição, *que já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença, entre ‘faticidade-historicidade do intérprete e*

---

*ordinário em direito constitucional concretizado*. Como **determinantes negativas**, as normas constitucionais desempenham uma *função de limite* relativamente às normas de hierarquia inferior; como **determinantes positivas**, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas constitucionais) e infra-ordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares), mas também uma verdadeira conformidade material. De acordo com esta perspectiva, não se pode falar, por exemplo, do direito civil como direito autônomo em relação ao direito constitucional: o direito civil não pode divorciar-se das normas e princípios constitucionais relevantes no direito privado (ex: CRP, art. 36°); de forma mais intensa, o direito constitucional é concebido como parâmetro material do direito administrativo, aludindo os autores ao direito administrativo como direito constitucional concretizado (CRP, art. 268°); o direito processual (penal e civil) concebe-se hoje como direito materialmente vinculado às normas e princípios constitucionais e, nesse sentido, se fala da crescente ‘constitucionalização’ da ordem processual civil e, sobretudo, penal (cfr. CRP, art. 32°).” *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1149)

<sup>37</sup> Assim também Barroso: “Essas transformações redefiniram a posição da Constituição na ordem jurídica brasileira. De fato, nas últimas décadas, o Código Civil foi perdendo sua posição de preeminência, mesmo no âmbito das relações privadas, onde se formam diversos microssistemas (consumidor, criança e adolescente, locações, direito de família). Progressivamente, foi-se consumando no Brasil um fenômeno anteriormente verificado na Alemanha, após a Segunda Guerra: a passagem da Lei Fundamental para o centro do sistema. À supremacia até então meramente formal agregou-se uma valia material e axiológica da Constituição, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.” Op. cit., p. 349-340.

*Constituição-texto infraconstitucional*'. Não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.) *desvinculado da antecipação de sentido* representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição.”<sup>38</sup>

No estudo que será empreendido nos capítulos seguintes, é preciso não perder de vista esses parâmetros de interpretação, tendo sempre presente a contundente observação do professor Canotilho:

“A metódica constitucional debate-se ainda com aquilo que já se chamou *epigorismo positivista*. Por mais que se faça fé numa *metodologia pós-positivista* que vá para além dos textos, os operadores jurídicos mostram-se relapsos em ultrapassar os postulados positivistas: (1) as soluções dos casos encontram-se nos textos das normas; (2) a interpretação/aplicação de normas é a aplicação da regra geral e condicional precisa e suficientemente definida nos ‘códigos’. Quem assim proceder não sabe nada de direito constitucional.”<sup>39</sup>

Tem-se por demonstrada, assim, a relevância dos princípios constitucionais para a compreensão do sistema jurídico em sua inteireza e, portanto, para a análise de toda e qualquer questão jurídica, mormente aquelas mais complexas, ou *difíceis*, nas palavras de Dworkin.

O intérprete não pode ater-se cegamente às regras infraconstitucionais, num *legalismo estrito*, próprio do positivismo já ultrapassado, olvidando-se de que as normas do

---

<sup>38</sup> *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*, p. 209.

<sup>39</sup> Op. cit., p. 1119.

sistema encontram sua razão de ser nos princípios constitucionais, os quais são responsáveis também pela unidade do todo.

O intérprete, ao *produzir a norma*, não pode operar desgovernado, ao seu próprio alvedrio, mas deve abrir-se para os valores proclamados por toda a sociedade, amalgamados nos princípios constitucionais.

Mormente quando a questão jurídica que desafia o intérprete é tomada de preconceitos, como ocorre com a homossexualidade, condição condenada sob os mais diversos prismas ao longo da história, não se podem perder de vista os valores supremos, sob pena de perpetuar injustiças.

## 2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

### 2.1 Delimitação do tema

O princípio da igualdade sempre desafiou os mais argutos pensadores da humanidade. Muitas vezes motivados pelo ideal de *justiça*, filósofos, religiosos e sociólogos lançavam-se à árdua tarefa de definir-lhe os contornos, seus pressupostos e requisitos.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, ao proclamar o ideal de igualdade como direito inerente a todo ser humano, integrante das *liberdades públicas*, marcou a concepção moderna desse princípio jurídico.

Desde então, assim como ocorreu com os demais direitos do homem, o princípio da igualdade passou por profunda transformação<sup>40</sup>, figurando hoje como tema dos mais atuais, haja vista as profundas desigualdades sociais que marcam a sociedade contemporânea, principalmente nos países em desenvolvimento como o Brasil, bem como a discussão em torno do direito das minorias, representadas pelos grupos mais

---

<sup>40</sup> Confira-se, nesse sentido, o ensinamento de Norberto Bobbio: “Em segundo lugar, os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre *et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados como grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.” *A era dos direitos*, p. 18-19.

vulneráveis sob os mais diversos prismas (racial, étnico, sexual etc.), que vem ganhando crescente espaço no âmbito dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional.

Seguindo a lição de Luís Roberto Barroso<sup>41</sup>, para quem o intérprete deve partir do princípio mais genérico até alcançar o mais específico, principiamos o estudo da adoção por casais homoafetivos a partir do princípio isonômico, por ser o mais genérico a incidir sobre nosso tema.

Os homossexuais constituem uma das minorias que compõem a sociedade democrática brasileira e infelizmente ainda são alvo de extremo preconceito, a ponto de serem vítimas de altos índices de violência<sup>42</sup>. Na esfera civil, ainda é negada aos homossexuais a proteção conferida pelo Estado à família, traduzida nas normas de Direito Previdenciário, de Direito de Família e de Direito das Sucessões, como será abordado mais detidamente no capítulo 5.

Diante desse cenário, é preciso averiguar se o princípio da igualdade, tal como delineado nos dias de hoje, admite esse tratamento que vem sendo dispensado aos

---

<sup>41</sup> Ver página 19.

<sup>42</sup> A violência praticada contra os homossexuais no Brasil atinge níveis alarmantes: “A violência letal contra homossexuais – e mais especialmente contra travestis e transgêneros – é, sem dúvida, uma das faces mais trágicas da discriminação por orientação sexual ou homofobia no Brasil. Tal violência tem sido denunciada com bastante veemência pelo Movimento GLTB, por pesquisadores de diferentes universidades brasileiras e pelas organizações da sociedade civil, que têm procurado produzir dados de qualidade sobre essa situação. Com base em uma série de levantamentos feitos a partir de notícias sobre a violência contra homossexuais publicadas em jornais brasileiros publicadas em jornais brasileiros, os dados divulgados pelo movimento homossexual são alarmantes, revelando que nos últimos anos centenas de gays, travestis e lésbicas foram assassinados no País.

(...)

Pesquisas recentes sobre a violência que atinge homossexuais dão uma idéia mais precisa sobre as dinâmicas mais silenciosas e cotidianas da homofobia, que englobam a humilhação, a ofensa e a extorsão. Pesquisa realizada sobre o Disque Defesa Homossexual (DDH), da Secretaria de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, revelou que nos primeiros dezoito meses de existência do serviço (junho/1999 a dezembro/2000), foram recebidas 500 denúncias, demonstrando que, além de um número significativo de assassinatos (6,3%), foram freqüentes as denúncias de discriminação (20,2%), agressão física (18,7%) e extorsão (10,3%).” *Brasil sem homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual*, p. 16-17

homossexuais, tão-somente em razão de seus membros adotarem orientação sexual distinta da maioria (heterossexual) da sociedade.

Assim, o presente capítulo analisará a evolução do princípio da igualdade, sublinhando os traços mais marcantes de sua história, desde o início de sua concepção na era moderna, no final do século XVIII, até a atualidade, conforme se encontra delineado na Constituição Federal de 1988.

## 2.2 A igualdade formal

### 2.2.1 O contexto da igualdade no ideário liberal

Sem olvidar que a investigação acerca da igualdade remonta à Antiguidade<sup>43</sup>, sua concepção moderna, como já dito, somente ocorreu na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776<sup>44</sup>, seguida da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup>Sobre as discussões envolvendo a igualdade antes da era moderna, consultar Anacleto de Oliveira Faria, *Do princípio da igualdade jurídica*, p. 4 e ss.

<sup>44</sup> “É erro considerarem-se a *Magna Charta* inglesa de 1215, o *Habeas-Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1788 como as primeiras Declarações de Direitos. Crisálidas de tais Declarações, sim: porém não Declarações de Direitos, no sentido da liberdade individual. Normas obtidas pelos Barões, por mais que os seus termos servissem a todos os homens, não podiam constituir regras jurídicas sobre *direitos fundamentais*, tantas vezes ditos *individuais*, para que ressaltasse o caráter de direito do Homem como Homem. Foram a democracia e o movimento libertário que conseguiram, depois, levar os espíritos à cristalização de princípios que traduziu, no terreno *jurídico* e no terreno *político*, a simetrização a que levou a mecânica social no século XVIII. À América, por influxo, é certo, do lèvedo das tradições liberais inglesas, coube elaborar a primeira delas: a da Virgínia, a 12 de junho de 1776. Seguiram-lhe outras, sendo a segunda a da Pensilvânia, de 12 de novembro de 1776.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, proclamou em França, com ênfase de vocação à universalidade, os direitos de liberdade, propriedade, segurança e resistência.” (Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*, p. 69). Fábio Konder Comparato entende que a concepção moderna do direito à igualdade deu-se com a Declaração dos Direitos do Homem e do

A Declaração de 1776 proclama a igualdade logo em seu artigo de abertura:

“Art. 1º - Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.”

O artigo IV da Declaração da Virgínia, ao vedar expressamente a existência de privilégios, revela o caráter negativo que marcou o conceito de igualdade nesse período:

“Que nenhum homem ou grupo de homens tem direito a receber emolumentos ou privilégios exclusivos ou especiais da comunidade, senão apenas relativamente a serviços públicos prestados; os quais, não podendo ser transmitidos, fazem com que tampouco sejam hereditários os cargos de magistrado, de legislador ou de juiz.”

Na esteira da Declaração de 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França, em 1789, igualmente proclamou a igualdade. Veja-se:

---

Cidadão, de 1789: “A primeira formulação moderna do princípio jurídico da igualdade deu-se, como se sabe, no debalde da Revolução Francesa e apresentou um tom nitidamente libertário: proclamou-se a libertação de todos os homens da sujeição congênita a um estamento. Já não era, pois, o nascimento que definia o *status* jurídico individual. A Declaração do Homem e do Cidadão de 1789 abre-se como afirmação de que ‘os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos’. ‘Em direitos’, note-se bem, não em fortuna ou prestígio social. Aboliam-se, pois, de um só golpe, todas as ordens jurídicas estamentais, a começar pelas que se fundavam no privilégio e no nascimento.” (*Igualdade, desigualdades*, p. 73).

<sup>45</sup> Após constatar que já na Antiguidade havia alguns traços dos direitos fundamentais, Canotilho conclui, entretanto, que “(...) a igualdade dos homens, assente numa dimensão individual e cosmológica, não conseguiu ultrapassar o plano filosófico e converter-se em categoria jurídica e, muito menos, em medida natural da comunidade social.” (*Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 381).

“Art. 1º Os homens nascem e permanecem livres e iguais em dignidade e direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.”

O artigo seguinte, por sua vez, estabeleceu os valores centrais do liberalismo:

“Art. 2º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

Bem se vê que a igualdade não ocupava o cerne do ideário liberal, mas figurava, juntamente com a legalidade, como elemento indispensável à salvaguarda da liberdade, da propriedade, da segurança e da resistência à opressão, estes sim tidos como valores supremos do período liberal<sup>46</sup>.

### **2.2.2 A igualdade formal e negativa**

Resulta claro dos textos em análise que no final do século XVIII a igualdade era concebida sob o ponto de vista formal (abstrato) e negativo, configurando, conforme assinalado, em “pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais

---

<sup>46</sup> Sobre o primado da liberdade no final do século XVIII, escreve Flávia Piovesan: “Neste momento histórico os direitos humanos surgem como reação e resposta aos excessos do regime absolutista, na tentativa de impor controle e limites à abusiva atuação do Estado. A solução era limitar e controlar o poder do Estado, que deveria se pautar na legalidade e respeitar os direitos fundamentais. A não-atuação estatal significava liberdade. Daí o primado do valor da liberdade, com a supremacia dos direitos civis e políticos e a ausência de previsão de qualquer direito social, econômico e cultural que dependesse da intervenção do Estado.” *Desafios e perspectivas dos direitos humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade*, p. 98.

a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico.”, como anota J. J. Gomes Canotilho<sup>47</sup>.

Anacleto de Oliveira Faria, autor de obra clássica sobre o princípio da isonomia, assim descreve esses dois traços que marcaram a noção de igualdade nesse período:

“De fato, a igualdade resultante da legislação revolucionária foi considerada num sentido idealista e absoluto, mas sob um prisma estritamente formal. Isto significava o primado da tese igualitária, mas unicamente sob o ângulo negativo: da igualdade jurídica ou formal. Tratava-se, conforme oportunas palavras de Calamandrei, de uma concepção negativa de igualdade, concepção que não tinha por escopo a adoção de quaisquer medidas tendentes a diminuir as diversidades sociais e econômicas entre os homens, porém, que se limitava a acentuar a regra da plena nivelção de todos perante a lei.”<sup>48</sup>

A declaração de que os “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em dignidade e direitos” revela que a igualdade formal parte de uma concepção abstrata, idealizada, do ser humano, pois ignora as diferenças concretas que lhe são inerentes, sob os mais variados aspectos (econômico, social, cultural etc.).

---

<sup>47</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 426.

<sup>48</sup> Anacleto de Oliveira Faria, *Do princípio da igualdade jurídica*, p. 48. Em igual sentido o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem, nesse período, tinha-se apenas a igualdade perante o Direito: “O primeiro, igualdade perante o Direito, traduz o acolhimento da reivindicação de igualdade incorporada pelos movimentos liberais. Esta era motivada pelo ressarcimento contra os privilégios. Com efeito, antes do triunfo dessas revoluções e a conseqüente consagração do princípio da igualdade perante a lei, não se aplicavam a todos os homens as mesmas normas jurídicas. Ou, em termos mais claros e precisos, a certos homens, os integrantes da nobreza e do clero, não se aplicava o direito comum. Gozavam eles de um estatuto jurídico especial, que excepcionava esse direito comum e que, portanto, os privilegiava. Vigoravam, então, privilégios adquiridos em razão do nascimento ou do exercício de certas funções religiosas.

Contra esses privilégios, contra esses estatutos especiais, afirmaram as Declarações e Constituições liberais a igualdade de todos perante a lei. Impuseram a igualdade de estatuto jurídico para todos os homens, prescrevendo as distinções que privilegiavam a natureza e o clero.” *Estado de Direito e Constituição*, p. 28.

Essa noção encontra suporte nas circunstâncias históricas e no próprio objetivo da revolução liberal do século XVIII: pôr fim ao tratamento privilegiado de que desfrutava a nobreza. Para isso era necessário que governantes e governados fossem submetidos às mesmas normas.

### **2.2.3 A igualdade formal e a legalidade**

Na concepção liberal, igualdade (formal) e legalidade revelavam forte conexão, como se depreende do artigo 6º da Declaração de 1789:

“Art. 6º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.”

Essa estreita relação foi bem apreendida por Fábio Konder Comparato, com apoio na doutrina de Carl Schmitt:

“O constitucionalismo moderno reafirmou e desenvolveu tais idéias, demonstrando a implicação lógica entre generalidade e igualdade da lei. ‘A igualdade perante a lei’, escreveu Carl Schmitt, ‘é imanente ao conceito de lei no

Estado de Direito; ou seja, lei é somente aquela que, em si mesma, torne possível a igualdade; portanto, uma norma geral. Perante uma ordem individual (*Einzelbefehl*) não há igualdade, pois, em seu conteúdo, ela é inteiramente determinada pela situação individual do caso singular, enquanto a lei, num Estado de Direito, significa uma regulação normativa, dominada pela idéia de justiça e cuja igualdade significa justiça. O conceito bem compreendido de igualdade é indissoluvelmente ligado ao conceito bem compreendido de lei. Quando se está diante de ordens especiais, ou de puras medidas singulares (*blosse Massnahmen*), não existe logicamente lei nem igualdade.’ Em outra passagem da mesma obra, ao observar que o princípio democrático da igualdade perante a lei significa a abolição de todos os privilégios, tanto individuais quanto coletivos, assinalou: ‘Esses privilégios tampouco podem ser introduzidos por via de uma lei, e nem mesmo podem fundar-se numa lei de mudança constitucional (*ein ‘verfassungsänderndes’ Gesetz*)’.<sup>49</sup>

Na mesma direção aponta Anacleto de Oliveira Faria:

“Nesse particular, salienta Ripert que o princípio essencial da técnica legislativa é a generalidade da lei. Ela permite a distinção entre a ordem individual e a regra geral. O número daqueles aos quais a lei se aplicará, pouco importa; pode mesmo tal número reduzir-se a algumas pessoas e mesmo a uma só. É de mister, apenas, que a regra seja fixada de forma *a priori*, sem considerar as pessoas às quais, em concreto, será a norma aplicada. E insiste o grande mestre francês: ‘A generalidade da lei deve ser considerada com seu característico essencial para

---

<sup>49</sup> *Precisões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica*, p. 18.

que exista um regime legal que constitua garantia contra o arbitrário. Tal generalidade assegura a igualdade, não permitindo ao legislador fazer, entre os homens, distinções que seriam estabelecidas por considerações religiosas, políticas ou profissionais. Daí, a conclusão do sempre citado autor: ‘Comme nous associons dans une grande mesure l’idée de justice à la notion d’égalité, la règle générale apparaît comme une règle juste.’<sup>50</sup>

O primado da lei era suficiente, assim, para assegurar a igualdade formal, posto que seu caráter geral e abstrato inibia a existência de privilégios que haviam marcado o regime anterior.

#### 2.2.4 A igualdade formal e as diferenciações de tratamento

Seguindo na trilha dos traços que marcaram o princípio da igualdade ao longo de sua evolução, é preciso esclarecer que este jamais vedou a *diferenciação*<sup>51</sup> de tratamento, pois desde Aristóteles já se apregoava que a igualdade implicava dispensar tratamento “igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade”.

Ademais, tendo em vista a profunda interação entre igualdade (formal) e legalidade dentro do contexto liberal, temos que aquela jamais poderia estabelecer vedação a tratamento diferenciado, pois, como observam Luiz Alberto David Araujo e Vidal

<sup>50</sup> *O princípio da igualdade jurídica*, p. 28-29.

<sup>51</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho emprega o termo *diferenciação* quando o *discrímen* encontra justificativa lógica, ou seja, sempre que condizente com o princípio isonômico. O termo *discriminação* é reservado aos casos em que ocorre afronta ao direito à igualdade: “Há, porém, que distinguir entre diferenciação e discriminação. A diferenciação visa exatamente a assegurar, além das aparências, a igualdade. A discriminação, a favorecer, a pretexto de diferenças, a desigualdade. A diferenciação é racional. Busca, no dizer de San Tiago Dantas, “o reajustamento proporcional de situações desiguais.” A discriminação é arbitrária.” *Estado de Direito e Constituição*, p. 29.

Serrano Nunes Júnior, “a função da lei consiste exatamente em discriminar situações, pois só dessa forma procedendo é que pode vir a regulamentá-las. Assim, quando estabelece a maioria civil aos vinte e um anos, discrimina os menores, sem, no entanto, incorrer em qualquer inconstitucionalidade”<sup>52</sup>.

Quando se fala em igualdade formal, portanto, não se quer dizer que a todos devem ser aplicadas exatamente as mesmas regras. Note-se, nesse sentido, de que a parte final do artigo 1º da Declaração de 1789 já autorizava expressamente a distinção de tratamento.

### 2.2.5 Os critérios de definição do *discrímen*

A dificuldade reside, justamente, em identificar os casos em que a diferenciação de tratamento não agride a isonomia. Em outras palavras, o respeito à igualdade depende da justa distinção de tratamento dispensado aos indivíduos, considerando-se suas semelhanças e diferenças.

Um dos trabalhos mais festejados no âmbito nacional acerca do princípio da igualdade cuida justamente dessa tormentosa questão. Trata-se do *Conteúdo jurídico do princípio constitucional da igualdade*, em que Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>53</sup> vence esse desafio com maestria e simplicidade.

---

<sup>52</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 103.

<sup>53</sup> Estas as palavras do autor que revelam a angústia que motivou seu estudo: “A dizer, o que permite radicalizar alguns sobre a rubrica de iguais e outros sobre a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de igualdade faculta a discriminação de situações e pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucionais da isonomia?” *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 11.

Em apertada síntese, o renomado autor esclarece que “*qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações*, pode ser definido como critério discriminatório”<sup>54</sup>, sem rompimento da isonomia, desde que observadas três regras básicas: a) o elemento tomado como fator motivador da diferenciação não pode resultar na singularização do sujeito destinatário do regime diferenciado, b) deve haver uma correlação lógica entre o traço designado como autorizador do *discrímen* e a diferença de tratamento dispensada, e, por fim, c) impõe-se haja conformidade entre o tratamento diferenciado e o sistema constitucional vigente.

### 2.2.6 A relevância histórica da conquista da igualdade formal

Desde os primórdios do liberalismo já existiam vozes que denunciavam a fragilidade da concepção meramente formal de igualdade, em razão da profunda desigualdade econômica, cultural e social existente na sociedade<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> *O conteúdo jurídico do princípio constitucional da igualdade*, p. 17.

<sup>55</sup> Segundo Fábio Konder Comparato, não apenas a ala esquerda da política existente à época da Revolução Francesa, representada por Robespierre, mas também o próprio Rousseau, denunciava a insuficiência da isonomia formal ante as desigualdades socioeconômicas registradas naquela época: “Da mesma sorte, no flanco esquerdo da arena política, sempre se suspeitou que a abstração isonômica servisse apenas para encobrir as terríveis desigualdades de fortuna e condição material, no seio do povo. Como declarou Robespierre na sessão de 10 de maio de 1793 da Convenção, discutindo o projeto de Constituição que seria adotado em junho do mesmo ano, ‘de nada vale que a lei preste uma homenagem hipócrita à igualdade dos direitos, se a mais imperiosa de todas as leis, a da necessidade, força a parta mais sadia e mais numerosa do povo a renunciar a ela’. (...) É exigência de elementar honestidade assinalar que as graves conseqüências políticas dessa desigualdade material entre os homens já haviam sido denunciadas, bem antes da Revolução Francesa, pelo grande formulador do princípio da igualdade na lei. No verbete da Enciclopédia consagrado à economia política, Jean-Jacques Rousseau enfatizou que ‘é unicamente sobre a mediocridade (no sentido da igualdade mediana de condições de vida) que se exerce toda a força das leis; elas são igualmente impotentes contra os tesouros do rico e contra a miséria do pobre; o primeiro o ilude, o segundo delas escapa; um rompe a teia e o outro passa através’. E em uma nota ao final do capítulo IX, do Livro I do Contrato Social, nota essa que o jovem Marx estimou ‘curiosa’, Rousseau declarou com todas as letras: ‘Sob os maus governos, essa igualdade (de direitos) é puramente aparente e ilusória; ela só serve para manter o pobre em sua miséria e o rico em sua usurpação. Na verdade, as leis são sempre úteis aos que possuem e prejudiciais aos que nada têm: de onde se segue que o estado social só é vantajoso aos homens na medida em que todos eles possuem alguma coisa e em que nenhum deles tem algo em demasia’. *Igualdade, desigualdades*, p. 69-70.

No entanto, se hoje não se questiona a insuficiência da igualdade jurídica para assegurar o pleno desenvolvimento do ser humano<sup>56</sup>, não se pode deixar de registrar a importância dessa conquista no contexto da evolução histórica dos direitos do homem, que consistiu em passo fundamental para o desenvolvimento da concepção material do direito à isonomia.

Segundo Norberto Bobbio, a Declaração Francesa consagrou, por meio da igualdade e da legalidade, a liberdade do indivíduo diante do Estado, inaugurando um novo período na história da civilização e semeando o campo para o surgimento da democracia tal qual a concebemos nos dias de hoje:

“Na realidade, os homens não nascem nem livres nem iguais. Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico. É uma hipótese que permite inverter radicalmente a concepção tradicional, segundo a qual o poder político – o poder sobre os homens chamado de *imperium* – procede de cima para baixo e não vice-versa. De acordo com o próprio Locke, essa hipótese devia servir para ‘entender bem o poder político e derivá-lo de sua origem’”. E tratava-se, claramente, de uma origem não histórica e sim ideal.

---

<sup>56</sup> “Una sociedade igualitaria no favorece a los derechos, ni a su desarrollo, ni a su vigencia sociológica, ni a la funcionalidad de un sistema político en el que operen funcionalmente todos los otros factores y condicionamientos calaterales. ¿Y qué es una sociedad desigualitaria? ¿No lo es la que formalmente encuentra normas constitucionales que declaran la igualdad de todos los hombres? Esto no basta para tener como realmente igualitaria a una sociedad. Con una norma de esa clase, una sociedad puede ser, a pesar de ella, desigualitaria, y profundamente desigualitaria, lo que nuevamente muestra que las normas no bastan para que una realidad sea como ellas describen que es lo que debe ser. Una sociedad es desigualitaria cuando la libertad real no está a disposición y al alcance de todos los hombres, ni cuando hay estratificaciones sociales muy endurecidas y rígidas que traban la movilidad social, ni cuando tiene poblaciones marginales en situación de miseria, pobreza irremediable, insalubridad, analfabetismo, desculturización, carencias de bienes elementales para sus necesidades, ni cuando falta totalmente la igualdad de oportunidades. Este quadro brinda una pintura parcial de la desigualdad, pero suficiente a nuestro propósito.” Germán J. Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*, p. 297-298.

(...)

Nunca será suficientemente sublinhada a importância histórica dessa inversão. Da concepção individualista da sociedade, nasce a democracia moderna (a democracia no sentido moderno da palavra), que deve ser corretamente definida não como o faziam os antigos, isto é, como o ‘poder do povo’, e sim como o poder dos indivíduos tomados um a um, de todos os indivíduos que compõem uma sociedade regida por algumas regras essenciais, entre as quais uma fundamental, a que atribui a cada um, do mesmo modo como a todos os outros, o direito de participar livremente na tomada das decisões coletivas, ou seja, das decisões que obrigam toda a coletividade.”

Por conseguinte, ainda que naquele instante a garantia da igualdade formal refletisse fundamentalmente os interesses de uma minoria dominante, representada pela burguesia, e, que, não tenha sido capaz de assegurar condições dignas de vida à classe operária, é inegável que o liberalismo figura como uma etapa importante no processo evolutivo da igualdade.

Como adverte Bobbio, os direitos nascem gradualmente<sup>57</sup>. Assim, a concepção formal da igualdade consistiu em uma fase importante e historicamente necessária para a ampliação do princípio da igualdade, que posteriormente alcançou também uma perspectiva material, esta sim comprometida com a redução das desigualdades econômicas, sociais e culturais, e com a implementação dos direitos das minorias.

---

<sup>57</sup> “Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” *A era dos direitos*, p. 5.

## 2.3 A igualdade material

### 2.3.1 O marxismo: a resposta ao modelo liberal

Retomando o raciocínio desenvolvido até aqui, o modelo de Estado liberal inaugurado no final do século XVIII, pautado, sobretudo, nos valores de liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão, malgrado tenha representado inegável avanço em relação ao Estado absolutista, revelou-se extremamente injusto sob o aspecto social. O desenvolvimento da burguesia, fomentado pelo liberalismo, deu-se à custa da exploração desmesurada da classe trabalhadora<sup>58</sup>.

Daí resultaram o nascimento e a propagação da ideologia marxista, que, repudiando veementemente o modelo liberal, propugnava a eliminação da opressão das classes trabalhadoras. A intensidade da resposta marxista pode ser constatada na abertura do Capítulo II da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918:

“Visando precipuamente a suprimir toda exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instalar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países, o III Congresso

---

<sup>58</sup> Anacleto de Oliveira Faria chega mesmo a traçar uma relação direta entre a concepção formal de igualdade e os problemas sociais posteriores à Revolução Industrial: “Ora, o contrato (que representava, segundo o individualismo dominante, a encarnação mesma da tese da igualdade formal) constituiu o instrumento por meio do qual se desenvolveram as grandes potências financeiras e se assistiu à ditadura dos trustes e ao esmagamento das pequenas empresas; se pôde dar largas à volúpia do lucro máximo e nunca satisfatório; e, em especial, se impôs as piores condições de trabalho e de vida aos trabalhadores, transformados em proletários. Assim, a absoluta igualdade jurídica gerou a desigualdade econômica. Numerosos juristas, das mas diversas tendências, criticaram tal fato.” *Do princípio da igualdade jurídica*, p. 48.

Pan-Russo dos Sovietes dos Deputados Operários, Soldados e Camponeses decide o seguinte: (...)”.

A referida Declaração nem sequer fez menção às *liberdades públicas* proclamadas pelo liberalismo, evidenciando o radicalismo do ideário marxista em relação ao modelo ao qual visava se opor.

O ataque frontal sofrido pelo capitalismo<sup>59</sup>, entretanto, não significou o completo isolamento deste em relação ao pensamento marxista. O choque de idéias favoreceu a remodelação do Estado, que tomou para si algumas iniciativas com vistas a garantir o bem-estar dos cidadãos, ensejando o surgimento do Estado do Bem-Estar Social<sup>60</sup> e alçando a igualdade, em lugar da liberdade, a valor supremo<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> “A Revolução Russa, de outubro de 1917, desperta a consciência do mundo para a necessidade de assegurar aos trabalhadores um nível de vida compatível com a dignidade humana. Os indivíduos que não têm direitos a conservar (o proletariado que só possui a força do trabalho) são os que mais necessitam do Estado. A crítica às liberdades formais de 1789 (burguesia), à falta de meios para assegurar as liberdades; preconiza-se a liberdade real (com meios de garantia). A liberdade como direito a conquistar.” *Liberdades públicas: parte geral*, p. 78. Sobre a crítica marxista que atacava o fato de a Declaração de 1789 inspirar-se numa concepção individualista de sociedade, Norberto Bobbio responde que esse traço constituiu mesmo fator essencial para o atingimento do Estado moderno democrático, tal qual concebido atualmente: “Decerto, o ponto de vista no qual se situa a Declaração para dar uma solução ao eterno problema das relações entre governantes e governados é o do indivíduo, do indivíduo singular, considerado como titular do poder soberano, na medida em que, no hipotético estado de natureza pré-social, ainda não existe nenhum poder acima dele. O poder político, ou o poder dos indivíduos associados, vem depois. É um poder que nasce de uma convenção; é o produto de uma invenção humana, como uma máquina, mas se trata, conforme a definição de Hobbes (cuja reconstrução racional do Estado parte, com absoluto rigor, dos indivíduos considerados singularmente), da mais engenhosa e também da mais benéfica das máquinas, a *machina machinarum*. Esse ponto de vista representa a inversão radical do ponto de vista tradicional do pensamento político, seja do pensamento clássico, no qual as duas metáforas predominantes para representar o poder são a do pastor (e o povo é o rebanho) e a do timoneiro, do *gubernator* (e o povo é a chusma), seja do pensamento medieval (*omnis potestas nisi a Deo*). Dessa inversão nasce o Estado moderno: primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicavam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam – além dos direitos de liberdade – também os direitos sociais, que são igualmente direitos dos indivíduos: o Estado dos cidadãos de que fala Aristóteles no início do Livro III da *Política*, definidos que, quando excluídos os escravos e estrangeiros, mesmo numa democracia, são uma minoria.” *A era dos direitos*, p. 100.

<sup>60</sup> Confira-se a síntese de Lênio Luiz Streck sobre a passagem do Estado liberal para o Welfare State: “A construção de um Estado como Welfare State está ligada a um processo histórico que conta já de muitos anos. Pode-se dizer que o mesmo acompanha o desenvolvimento do projeto liberal transformado em Estado do Bem-Estar Social no transcurso das primeiras décadas do século XX. A história dessa

Canotilho sublinha o relevante papel do marxismo no processo de ampliação dos direitos humanos:

“Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da ‘sociedade burguesa’ são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em *A Questão Judaica*) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem ‘egoísta’ e a necessidade de completar (ou substituir) os

---

passagem, de todos conhecida, vincula-se em especial na luta dos movimentos operários pela conquista de uma regulação para convencionalmente chamada questão social. São os direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como a previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia, etc., que vão impulsionar a passagem do chamado Estado Mínimo – onde lhe cabia tão-só assegurar o não-impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado – para o Estado Intervencionista – que passa a assumir tarefas até então próprias à iniciativa privada.” *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*, p. 55.

<sup>61</sup> Sobre essa mudança de paradigma, confirmam-se as preclaras palavras de Flávia Piovesan: “Caminhando na História verifica-se, por sua vez, que especialmente a I Guerra Mundial, ao lado do discurso liberal da cidadania, fortalece-se o discurso social da cidadania e, sob as influências da concepção marxista-leninista, é elaborada a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa, em 1917. Do primado da liberdade transita-se ao primado da igualdade. O Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores e o direito à abstenção do Estado, neste sentido, converte-se em direito à atuação estatal, com a emergência dos direitos à prestação social. A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da República Soviética Russa de 1917 bem como as Constituições sociais do início do século XX (exemplos: Constituição de Weimar de 1919, Constituição Mexicana de 1917, etc.) primaram por conter um discurso social da cidadania, em que a igualdade era o direito basilar e um extenso elenco de direitos econômicos, sociais e culturais era previsto.” *Desafios e perspectivas dos direitos humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade*, p. 99. Vale trazer à colação, também, o pensamento de Jorge Miranda acerca da transformação da relação entre liberdade e igualdade, considerando o modelo liberal e o social: “Tanto na concepção liberal como na concepção social, deparam-se liberdade e a igualdade; porém, na primeira, igualdade é a titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda, a igualdade é a concreta igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade puxada para ação. Na concepção liberal, a liberdade de cada um tem como limite a liberdade dos outros; na concepção social, esse limite prende-se com a igualdade material e situada. Os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, os direitos de índole social num direito geral à igualdade.” *Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social*, p. 199-200. Por fim, Norberto Bobbio bem sintetiza as três fases que marcaram a evolução dos direitos humanos, destacando que enquanto a primeira fase foi marcada pela conquista da liberdade do indivíduo frente ao Estado, a terceira proclama os direitos sociais do cidadão, expressão da igualdade real: “Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado.” *A era dos direitos*, p. 33.

tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do ‘homem total’, o que só será possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano económico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do património da humanidade. As declarações universais dos direitos tentam hoje uma ‘coexistência integrada’ dos direitos liberais e dos direitos sociais, económicos e culturais, embora o modo como os estados, na prática, asseguram essa imbricação, seja profundamente desigual.”<sup>62</sup>

Assim é que, a partir do início do século XX, tem início um processo de reformulação do Estado Liberal, que repercutirá profundamente na concepção de igualdade.

### **2.3.2 O desenvolvimento do Estado do bem-estar social e a ampliação da concepção do princípio da igualdade**

A primeira Constituição a contemplar os direitos sociais, juntamente com os direitos civis e políticos, lançando as bases para o Estado Social de Direito, foi a Constituição Mexicana de 1917, seguida pela Constituição de Weimar de 1919, como bem enfatiza Fábio Konder Comparato:

“A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades

---

<sup>62</sup> *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 385-386.

individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o ‘longo século XIX’. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria.”<sup>63</sup>

A Constituição mexicana de 1917 incluiu, entre as garantias individuais (Título I, Capítulo I), os direitos à educação (art. 3º), à saúde (art. 4º, § 2º<sup>64</sup>) e ao trabalho (art. 5º, *caput*<sup>65</sup>). Como se depreende do conceito de democracia adotado por essa Constituição, em seu art. 3º, I, “a”, o Estado assume o compromisso de promover o “constante melhoramento econômico, social e cultural do povo”, *verbis*.

---

<sup>63</sup> A *Constituição mexicana de 1917*. O autor também salienta que a Constituição mexicana de 1917 introduziu a igualdade substancial entre trabalhadores e empregadores, bem como inaugurou a relativização do conceito de propriedade privada, até então tida como absoluta e “sagrada”.

<sup>64</sup> “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.”

<sup>65</sup> “ARTICULO 5 - A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.”

“a. Será democrática, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo;”

Esse novo modelo de Estado também encontra reflexo na norma do artigo 25, que dispôs sobre o desenvolvimento nacional.

“ARTICULO 25 - Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.”

Após discorrer sobre o pano de fundo conflituoso que marcou a promulgação da Constituição de Weimar, Comparato destaca a importância histórica desse documento para a inclusão dos direitos sociais no plano constitucional:

“Apesar das fraquezas e ambigüidades assinaladas, e malgrado sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do

século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos — que o sistema comunista negava — com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século.”<sup>66</sup>

Sem prejuízo das *liberdades públicas* conquistadas no período anterior, a nova elaboração do Estado agregou aos direitos do homem o direito à saúde, à educação, à habitação, ao trabalho etc.

O Estado, que até então adotava uma atitude passiva em relação à realidade econômica, social e cultural, passa a assumir uma postura ativa ante os desequilíbrios iminentes ao sistema capitalista<sup>67</sup>.

A partir desse momento histórico, quando o Estado incorpora entre suas finalidades a promoção da justiça social, a igualdade ganha uma nova conformação: além de

---

<sup>66</sup> A *Constituição alemã de 1919*. Especificamente quanto à igualdade, o autor destaca importante inovação trazida pela Constituição de Weimar atinente ao Direito de Família: “No campo da vida familiar, a Constituição alemã de 1919 contém mais duas inovações de importância. Ela estabeleceu, pela primeira vez na história do direito ocidental, a regra da igualdade jurídica entre marido e mulher (art. 119), e equiparou os filhos ilegítimos aos legitimamente havidos durante o matrimônio, no que diz respeito à política social do Estado (art. 121). Ademais, a família e a juventude são postas, precipuamente, sob a proteção estatal (arts. 119 e 122).”

<sup>67</sup> Nesse sentido discorre Anacleto de Oliveira Faria: “Até há alguns anos atrás, a esse respeito negativo se limitava o dever do Executivo em face do preceito da igualdade. Entretanto, após a primeira grande guerra, passou a prevalecer a tese de que o Estado não podia permanecer num plano meramente jurídico, devendo, além de manter a ordem, promover o que hoje se convencionou chamar de ‘bem-estar social’. Por isso, ao lado da ação jurídica e negativa do Estado, impõe-se também a ação social e positiva. O Poder Público deixa de ser simples policial para adotar medidas tendentes a fomentar o bem comum. Essa concepção atingiu frontalmente o problema da isonomia, face ao Poder Executivo. Assim, no que tange a esse princípio, a Administração tem obrigações positivas, a par das negativas, acima referidas”. *Do princípio da igualdade jurídica*, p. 99.

assegurar a isonomia formal, passa a expressar também o direito dos cidadãos à igualdade material. A dimensão exclusivamente formal de igualdade, concebida a partir da abstração do ser humano, deixa de ser suficiente para atender aos anseios da sociedade.

### **2.3.3 A igualdade material e os direitos econômicos, sociais e culturais**

Essa nova classe de direitos passa a exigir do Estado uma postura ativa, positiva, como bem acentua Jorge Miranda:

“Sabemos que esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexistente ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer suas próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de atos públicos em autônoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conteúdo do direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*.”<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social, p. 110.

Não é por outra razão que a dimensão material da igualdade apresenta estreita conexão com a realidade socioeconômica. Segundo Ritinha Alzira Stevenson Georgakilas, “A igualdade material ou substancial deve ser entendida como o tratamento uniforme de todos os homens e a sua equiparação no que se refere à concessão de oportunidades. Estas devem ser iguais, segundo a proposta da igualdade material ou substancial, para todos os habitantes de determinado Estado, na apropriação dos bens da cultura. A igualdade substancial equipara, sob todos os aspectos – inclusive o jurídico, pode-se afirmar – ‘todos os homens, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição de deveres’. Pode-se, de certo modo, equipará-la à igualdade sócio-econômica, que é, no nosso entender, um de seus aspectos mais importantes”<sup>69</sup>.

Com a emergência do Estado Social, nasce uma nova concepção de igualdade absolutamente comprometida com a redução das desigualdades econômicas, sociais e culturais, como aduz o jurista J. J. Gomes Canotilho:

“(...) o princípio da igualdade é não apenas um *princípio de Estado de direito* mas também um princípio de *Estado social*. Independentemente do problema da distinção entre ‘igualdade fática’ e ‘igualdade jurídica’ e dos problemas econômicos e políticos ligados à primeira (ex.: políticas e teorias da distribuição e redistribuição de rendimentos), o princípio da igualdade pode e deve considerar-se um **princípio de justiça social**. Assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades (*Equality of opportunity*) e de condições reais de vida. Garantir a ‘liberdade real’ ou ‘liberdade igual’ (*gleiche Freiheit*) é o

---

<sup>69</sup> *Isonomia e igualdade material na Constituição brasileira*, p. 126.

propósito de numerosas normas e princípios consagrados na Constituição (exs.: CRP, arts. 58º/2/b, 59º/1/a, 59º/2/c e f, 64º/2, 64º/2/a, 73º, 74º, 78º/2/a).”<sup>70</sup>

O mestre português, com seu costumeiro brilhantismo, revela a existência da mais completa interação entre a igualdade e o *princípio da democracia econômica e social*, da qual decorre a vertente material do princípio da igualdade:

“Das considerações anteriormente desenvolvidas quanto à concretização do princípio da democracia econômica e social deduz-se que entre este princípio e o princípio da igualdade há uma conexão bastante estreita. A democracia econômica e social abrange as duas dimensões da tríade clássica: *liberté e égalité*. Em face da Constituição, não se pode interpretar o **princípio da igualdade** como um ‘princípio estático’ indiferente à eliminação das desigualdades, e o princípio da democracia econômica como um ‘princípio dinâmico’, impositivo de uma igualdade material. Isto poderia significar, de novo, quer a relativização do princípio da igualdade, quer a relativização do princípio da democracia social. Aquele interpretar-se-ia no sentido de igualdade formal perante a lei, esquecendo a dimensão da ‘dignidade social’ (cfr. art. 13º); este constituiria tão-somente um instrumento de diminuição de desigualdades fáticas. A igualdade material postulada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia econômica e social. Nesta perspectiva, o princípio da democracia econômica e social não é um simples ‘instrumento’, não tem uma função instrumental a respeito do princípio da igualdade, embora se lhe possa assinalar uma ‘função conformadora’

---

<sup>70</sup> *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 430 (grifo no original).

tradicionalmente recusada ao princípio da igualdade: garantia de igualdade de oportunidades e não apenas de uma certa *‘justiça de oportunidades’* (cfr. , por ex., arts. 9º/d, 20º/1, 74º/1, etc.). O princípio da igualdade e o princípio da democracia económica e social aglutinam-se reciprocamente numa ‘unidade’ não redutível a momentos unidimensionais de ‘estática’ ou ‘dinâmica’ da igualdade. Em fórmula sintética, dir-se-á que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito (*rechtsstaatliche Chancengleichheit*) e um princípio de igualdade de democracia económica e social (*sozialstaatliche Chancengleichheit*).”<sup>71</sup>

O coroamento dessa nova dimensão da igualdade, intimamente atrelada à idéia de justiça social e ao modelo do Estado do bem-estar social, dá-se com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que inovou no plano do Direito Internacional ao conjugar em seu texto os direitos civis e políticos (artigos I a XX) e os direitos económicos, sociais e culturais (artigos XXII e seguintes)<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup>Op. cit., p. 350-351.

<sup>72</sup> Confira-se, nesse sentido, a lição de Flávia Piovesan: “Além da universalidade dos direitos humanos, a Declaração de 1948 ainda introduz a indivisibilidade destes direitos, ao ineditamente conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos ao catálogo dos direitos económicos, sociais e culturais. De fato, concebida como a interpretação autorizada dos arts. 1º (3) e 55 da Carta da ONU, no sentido de aclarar, definir e decifrar a expressão ‘direitos humanos e liberdades fundamentais’, a Declaração de 1948 estabelece duas categorias de direitos: os direitos civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais. Combina, assim, o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade.” *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 146. Ainda sobre a indivisibilidade dos direitos do homem, a autora pondera que a compartimentação entre direitos civis e políticos, de um lado, e direitos económicos, sociais e culturais, de outro, é extremamente prejudicial à efetividade desse conjunto de direitos: “Vale dizer, sem a efetividade dos direitos económicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização de direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos económicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si.” Op. cit., p. 151.

Em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, em seu preâmbulo, reconheceu que, “em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos”, consolidando, ainda mais, o novo enfoque do princípio isonômico.

A garantia da igualdade material, portanto, ao contrário do que ocorre quando se tem em mira exclusivamente a igualdade formal, não depende apenas do estrito cumprimento da legalidade. A materialidade da nova perspectiva da igualdade já não se coaduna com um conceito abstrato de ser humano: há que se levar em conta o homem real, de *carne e osso*.

Nas argutas palavras de Flávia Piovesan, Luciana Piovesan e Priscila Kei Sato, o processo de multiplicação e de ampliação da titularidade dos direitos humanos “implicou ainda a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delineia-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações. Isto é, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais o indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo ‘especificado’, considerando-se categorias relativas ao gênero, idade, etnia, raça (...)”<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Implementação do direito à igualdade, p. 83-84.

Essa perspectiva direcionada às especificidades dos indivíduos e dos diferentes grupos sociais possibilita a abertura para um novo *mundo*, onde a igualdade ideal, abstrata, cede lugar à riqueza e à celebração da diversidade.

#### **2.3.4 A igualdade material e o direito das minorias**

A concepção material do princípio da igualdade não limita sua incidência ao campo dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas implica, também, o reconhecimento dos direitos das chamadas minorias.

Entendem-se por minorias os grupos que, em razão de determinado traço distintivo da maioria, como a origem étnica, a religião, a língua, determinado comportamento, entre outros, encontram-se em posição vulnerável, mais suscetível à discriminação. Aqui certamente estão inseridos os homossexuais.

Ao tratar da sociedade democrática e do devido respeito às minorias, Luiz Alberto

David Araujo leciona:

“A maioria, ou os valores da maioria, devem servir de base para a elaboração do regramento jurídico de qualquer meio social. No entanto, tais valores não podem ser suficientes para eliminar as formas de vivência das minorias. Essa reflexão atinge a religiosidade, a política, a opção filosófica etc. Seja qual for o prisma sob o qual se enfoque a questão, encontraremos uma maioria com opinião preponderante e uma minoria, que deve ser reconhecida, e, desde que não atente

contra a ordem ou contra os valores escolhidos pela sociedade, deve ser ouvida como forma de alternatividade dos valores escolhidos.”<sup>74</sup>

E o autor prossegue sublinhando a importância da *tolerância* como elemento indispensável para assegurar o respeito às minorias:

“Levando em conta que a textura social vem reconhecida na democracia, com sua multiplicidade de crenças, de valores, de convicções políticas e filosóficas, é certo que a palavra ‘tolerância’ é tomada como chave para o bom entendimento democrático.

Tolerar significa conviver, sem perder a própria convicção. A maioria continua prestigiada, convivendo com a minoria, respeitando-lhe os valores e as crenças.”<sup>75</sup>

Nota-se, portanto, que, se tomarmos a igualdade real somente a partir do contexto socioeconômico, as minorias não estarão livres de sofrer tratamento desigual. Muitas vezes, os integrantes dessas minorias ocupam posições privilegiadas sob o ponto de vista social e econômico, o que não impede, entretanto, que sejam alvo de discriminação. É o caso, por exemplo, dos homossexuais, que não raras vezes são compelidos a omitir esse traço de sua personalidade, pois são vítimas de altos índices de violência pelo simples fato de adotarem orientação sexual distinta daquela concebida pela maioria<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> *A proteção constitucional do transexual*, p. 2.

<sup>75</sup> Op. cit., p. 2-3.

<sup>76</sup> Ver nota 42.

Na visão de José Reinaldo de Lima Lopes, o reconhecimento da diferença pode se dar pela sua desconsideração, quando o traço diferencial é tido por irrelevante, não justificando a distinção de tratamento, mas também “pode significar a valorização positiva de certa identidade. Nesses termos, o direito do indivíduo não é apenas o de ser tratado como todos os outros e para isto ter que provar que é exatamente igual aos outros, mas ver sua diferença específica positivamente valorizada, ou não desrespeitada. O direito ao reconhecimento, neste momento, adquire o aspecto distributivo que mencionei, já que esta identidade não é exclusiva de um indivíduo, mas pertence a um grupo. Este bem comum (uma identidade) é que merece o respeito público. Como o direito não obriga ao amor, o respeito ao pluralismo social não se confunde com direito à convicção alheia”<sup>77</sup>.

Reforçando a idéia de que a redistribuição, ou a igualdade material sob o enfoque socioeconômico, não reflete a integridade do princípio da igualdade, Boaventura de Souza Santos afirma que a realização da igualdade somente será possível quando à justiça redistributiva somar-se o reconhecimento:

“(...) ‘das diferentes versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro’; ‘as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza’.”<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> *O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas. A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*, p. 30.

<sup>78</sup> *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*, p. 56.

A percepção das diferenças existentes na sociedade, refletida na identificação das minorias, resulta na necessidade de adoção de medidas de proteção específicas, de modo a tornar efetivos o direito à igualdade e o respeito à dignidade humana, combatendo a discriminação sofrida por esses grupos.

No plano internacional, o sistema de Direitos Humanos, inaugurado com a Declaração de 1948, contempla, paralelamente aos instrumentos de proteção geral, uma série de mecanismos especiais voltados para a proteção dos grupos historicamente minoritários, dando ensejo à aprovação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção para a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

Dessa forma, o chamado sistema especial de proteção dos Direitos Humanos dedica-se fundamentalmente à proteção dos grupos vulneráveis, objetivando prevenir discriminações. As diferenças passam a ser destacadas não para diminuir ou aniquilar sujeitos de direitos, mas para reconhecê-los devidamente.

Nesse contexto, ganham relevo as chamadas ações afirmativas (*affirmative actions*), assim consideradas as “medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e

raciais, as mulheres, dentre outros grupos”<sup>79</sup>. Trata-se de mecanismo imprescindível para ampliar as oportunidades dos integrantes dos grupos que historicamente foram alvo de toda sorte de preconceitos e humilhações e que, por isso, não contam com condições de competir em pé de igualdade com os indivíduos pertencentes ao grupo majoritário.

Como bem pontua Carmem Lúcia Antunes Rocha, as ações afirmativas surgiram na década de 1960 como resposta ao exacerbado formalismo do princípio da igualdade, que tão-somente coibia a discriminação, mas não implicava posturas ativas em favor da promoção da igualdade<sup>80</sup>.

Apesar de ainda causarem acirrados debates no plano nacional, as ações afirmativas já estão consolidadas internacionalmente, por meio de tratados de Direitos Humanos, alguns deles há muito ratificados pelo Brasil<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> *Implementação do direito à igualdade*, p. 86.

<sup>80</sup> “Por essa constatação histórica irrefutável é que desde a década de 60 especialmente, começou a se fazer patente aos que tinham olhos com que ver claro, que o Direito Constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado da isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica como vinha sendo até então cuidado. Concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.

(...)

Urgia, pois, que se promovesse constitucionalmente, por uma remodelação da concepção adotada pelo sistema normativo democrático, a igualdade jurídica efetiva, a dizer, promotora da igualação. Os iguais mais iguais que os outros já tinham conquistado o ‘privilegio’ da igualdade. E os desiguais, ou aqueles histórica e culturalmente desiguais, sujeitos permanentes do Direito formal, mas párias do Direito aplicado, que não conseguiam ascender à igualdade jurídica desejada?” *Ação afirmativa: o conteúdo do princípio da igualdade jurídica*, p. 86.

<sup>81</sup> “Artigo 1º.

(...)

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

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), ratificada pelo Brasil em 27/3/1998.

“Art. 4º - 1. A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma

Nas palavras de Flávia Piovesan, complementando o sistema geral de Direitos Humanos, o sistema especial adota como sujeito de direito “o indivíduo historicamente situado, o sujeito de direito ‘concreto’, na peculiaridade e particularidade de suas relações sociais, afirmando-se o reconhecimento de sua identidade própria. Por esse prisma, ao lado do direito à igualdade nasce o direito à diferença. Importa assegurar a igualdade com respeito à diversidade”<sup>82</sup>.

Com apoio na doutrina de Flávia Piovesan, tem-se, em síntese, que o princípio da igualdade conta modernamente com três vertentes:

“a) igualdade formal, reduzida à fórmula ‘todos são iguais perante a lei’ (que, ao seu tempo, foi crucial para abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).”<sup>83</sup>

De todo o exposto, não resta dúvida de que, sob o prisma tanto da igualdade formal quanto da igualdade material, devem ser reconhecidos aos homossexuais exatamente os mesmos direitos conferidos aos indivíduos de orientação heterossexual, na medida em que esse traço de sua personalidade não justifica nenhuma diferença de tratamento.

---

definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.”

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1999), ratificada pelo Brasil em 28/6/2002

<sup>82</sup> *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 178.

<sup>83</sup> Op. cit., p. 179.

## 2.4 O princípio da igualdade no Brasil

Estampado em todas as Constituições brasileiras, desde a Constituição do Império, de 1824, o conteúdo do princípio da igualdade no Brasil acompanhou a evolução operada na civilização ocidental.

A Constituição de 1824 proclamou o princípio da igualdade<sup>84</sup>, não tendo sido bastante, contudo, para assegurar a igualdade formal, pois seu reduzido grau de eficácia era incapaz de inibir as flagrantes *discriminações* que marcavam a sociedade imperial, como, por exemplo, a escravidão e os inúmeros privilégios<sup>85</sup>.

A Constituição de 1891<sup>86</sup> registrou significativo avanço em direção à igualdade formal, na medida em que, como bem observou Anacleto de Oliveira Faria, acolheu o sufrágio universal e suprimiu os privilégios que foram mantidos pelo regime imperial.

Apesar de eminentemente liberal e de contemplar apenas a igualdade formal<sup>87</sup>,

---

<sup>84</sup> “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte

(...)

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.”

<sup>85</sup> Ainda que estes tenham sido expressamente abolidos, como se depreende do disposto no inciso XVI, do artigo 179, *verbis*: “XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade pública.”

<sup>86</sup> “Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Todos são iguais perante a lei.

A Republica não admite privilegio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselhos.”

<sup>87</sup> “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistencia, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distincções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões proprias ou dos paes, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéas politicas.”

influenciada pela Constituição de Weimar, a Constituição de 1934 limitou o direito de propriedade<sup>88</sup> e a ordem econômica<sup>89</sup>, não tendo havido nesse ponto alteração substancial na Carta de 1937<sup>90</sup>.

A Constituição de 1946<sup>91</sup>, por sua vez, consolidou definitivamente, no cenário constitucional nacional, a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais (arts. 166 e ss.). A justiça social passa a permear todo o tecido constitucional. O bem-estar social é tido como condição do uso da propriedade (art. 147), a Constituição confere à lei o poder de “promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”, o abuso do poder econômico e a usura passam a ser condenados (arts. 148 e 154), e são estabelecidas garantias mínimas às relações trabalhistas e previdenciárias (art. 157).

Com isso, segundo Anacleto de Oliveira Faria, a Carta de 1946 marcou a incorporação da concepção material da igualdade no âmbito interno:

“É também o princípio firmado na Carta de 1946 de natureza positiva. Realmente, não implica o mesmo numa simples assertiva de aspecto formal, garantindo as situações então estratificadas ou assegurando, pura e simplesmente (como erroneamente afirma Francisco Campos) a ‘concorrência entre os

---

<sup>88</sup> “Art. 113, § 17. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo, na forma que a lei determinar.”

<sup>89</sup> “Art. 115. A ordem economica deve ser organizada conforme os principios de justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existencia digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade economica.”.

<sup>90</sup> “Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual, e à propriedade, nos seguintes termos:

1 – Todos são iguais perante a lei.”

<sup>91</sup> “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança nacional e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º. Todos são iguais perante a lei.”

homens’. Ao contrário, a atual Constituição, paralelamente ao princípio da isonomia, estatui regras relativas à transposição do nível simplesmente formal para o nível substancial desse princípio e o estabelecimento de maiores possibilidades de acesso a um mínimo de bens materiais, de parte de todos os cidadãos.”<sup>92</sup>

A Constituição de 1967<sup>93</sup>, seguida da Emenda Constitucional nº 1, de 1969<sup>94</sup>, ordenou expressamente a punição do preconceito de raça, não inovando quanto aos demais aspectos do princípio da isonomia.

A Constituição Federal de 1988, ao resgatar o Estado Democrático de Direito, contemplou as três concepções do princípio da igualdade acima mencionadas.

A igualdade formal foi expressamente consignada, pela primeira vez no *caput* do dispositivo que inaugura o capítulo que trata dos direitos e garantias individuais:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade (...).”

---

<sup>92</sup> Op. cit., p. 76.

<sup>93</sup> “Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.”

<sup>94</sup> “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.”

A igualdade material com enfoque no aspecto socioeconômico, ou seja, na justiça social, decorre dos inúmeros direitos sociais consagrados pelo constituinte de 1988<sup>95</sup>.

A igualdade como ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades, por sua vez, foi expressamente proclamada no art. 3º, IV, da Constituição, que estabeleceu como um dos objetivos da República brasileira “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Não se pode esquecer ainda da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o art. 1º, inciso III, da Constituição, princípio que guarda íntima relação com a isonomia. No que diz respeito ao tema aqui tratado, o princípio da dignidade humana assegura o livre exercício da sexualidade, corroborando, em certo sentido, o princípio isonômico, na medida em que veda conclusões infundadas e discriminatórias por parte do intérprete.

Na ótica de Lênio Luiz Streck, o modelo encampado pela Constituição de 1988, representou uma significativa evolução em relação ao Estado do bem-estar social, justamente em virtude do aprimoramento do conceito de igualdade, que foi ampliado para abrigar também essa terceira faceta da isonomia:

“O Estado Democrático de Direito emerge como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do *Welfare State*.

Resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a

---

<sup>95</sup> Para citar alguns exemplos:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

permanência em voga da já tradicional *questão social*, há como que a sua qualificação pela questão da igualdade. Assim, o conteúdo deste se aprimora e se complexifica, posto que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*. Produz-se, aqui, um pressuposto teleológico cujo sentido deve ser incorporado aos mecanismos próprios do Estado do Bem-Estar, construídos desde há muito.”<sup>96</sup>

Como bem elucidam Flávia Piovesan, Luciana Piovesan e Priscila Kei Sato<sup>97</sup>, o valor da igualdade enquanto respeito à diferença e à diversidade restou consolidado na Constituição de 1988, bem como nas leis ordinárias que a sucederam, e nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, inclusive aqueles integrantes do sistema especial antes referido.

Não se pode olvidar que, com o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, conforme exposto no capítulo 1, o princípio da isonomia alcançou plena eficácia, não mais havendo lugar para indagar quem são seus destinatários, pois, na qualidade de norma constitucional, passou a subsumir a todos, sem exceção, como bem elucidava Fábio Konder Comparato:

“Se a igualdade de tratamento jurídico é reconhecida como um princípio constitucional inerente ao regime democrático, quer isto significar que a força desse princípio se impõe a todos os ramos do Estado; não só ao aplicador da lei, na esfera administrativa ou judiciária, mas também ao próprio legislador. Em outras palavras, quando a Constituição proclama que ‘todos são iguais perante a

---

<sup>96</sup> *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*, p. 56-57.

<sup>97</sup> *Implementação do direito à igualdade*, p. 85.

lei' (art. 5º, *caput*), ela está proibindo implicitamente, quer a interpretação inigualitária das normas legais, quer a edição de leis que consagrem, de alguma forma, a desigualdade vedada. Ao lado, pois, de uma desigualdade *perante* a lei, pode haver uma desigualdade *da própria lei*, o que é muito grave.”<sup>98</sup>

O sistema constitucional, portanto, não admite que o Poder Legislativo edite lei em desconformidade com qualquer das acepções do princípio isonômico, tampouco que o Poder Executivo discrimine ao aplicar a lei, e, impõe, por fim, que o Poder Judiciário interprete as normas à luz do valor igualitário. Em outras palavras, ainda que uma lei contemple dispositivo que, na sua letra, contrarie o princípio da igualdade, na construção da norma o intérprete deverá fazê-lo observando o critério da igualdade.

## 2.5 Igualdade: em busca da efetividade

Como restou demonstrado, a civilização moderna registrou um notável desenvolvimento do princípio da igualdade.

No início, durante o liberalismo, o princípio da igualdade impedia a ação do Estado – que até então era marcada pela instituição de privilégios –, transmudando-se radicalmente sob a égide do Estado social, para demandar intensa atividade governamental, no sentido de promover a justiça social, e, mais recentemente, na busca pelo reconhecimento do direito das minorias.

---

<sup>98</sup> *Precisões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica*. p. 17.

Nesse percurso, o princípio da igualdade abandonou o mais alto grau de idealização, espelhado no artigo inicial da Declaração de 1789 (“Os homens nascem e permanecem livres e iguais em dignidade e direitos”), e desceu às especificidades que estigmatizam as diversas minorias que compõem o tecido social (a cor da pele, o sexo, a orientação sexual etc.).

Dessa evolução resulta que a humanidade conta hoje com inúmeros instrumentos voltados para tornar efetiva a igualdade formal e material, como, por exemplo, os tratados internacionais de direitos humanos (gerais e específicos) e seus respectivos mecanismos de proteção, além das chamadas ações afirmativas.

No entanto, ainda há um longo caminho a percorrer até alcançarmos a plena efetividade do princípio isonômico, como revela a situação atual da minoria homossexual no Brasil, alvo de intenso preconceito, muitas vezes traduzido em atos violentos, e que nem sequer conta com proteção à sua família, sem dúvida uma das mais elementares e fundamentais formas de proteção devidas ao indivíduo.

Nesse contexto é que se insere a adoção por casais homoafetivos: se os homossexuais individualmente são vítimas de graves atentados contra sua integridade física, se a união homoafetiva encontra forte resistência da sociedade, o exercício da parentalidade por pares homoafetivos, por meio do instituto da adoção, encontra resistência ainda maior, tendo em vista que envolve o convívio de *seres em processo de formação* com esse grupo envolto numa penumbra de preconceitos e estereótipos.

Se o princípio da igualdade é suficiente para repudiar qualquer espécie de discriminação praticada contra gays e lésbicas, em se tratando da adoção o tema ganha em complexidade, pois a questão extrapola o interesse do casal (adotantes), para ingressar na esfera de interesse das crianças e adolescentes (adotantes), sujeitos de direito titulares de especial proteção do Estado, da sociedade e da família.

Essa particularidade impõe a ampliação da pesquisa, que deverá contar com o estudo da família e da adoção de crianças e adolescentes, sempre à luz dos princípios constitucionais específicos que incidem sobre esses dois institutos.

Dessa forma, do princípio constitucional mais genérico, da igualdade, abordado neste capítulo, passaremos a investigar os princípios constitucionais específicos afetos à família e à adoção de crianças e adolescentes, com vistas a empreender uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, à luz da unidade imposta pelos princípios constitucionais.

### 3 NOVO DIREITO DE FAMÍLIA

#### 3.1 A família nas Constituições brasileiras

Desde a Constituição de 1891, o tema da família é contemplado nos textos constitucionais do país. A primeira Constituição da República inaugurou a regulamentação constitucional da família, ao dispor, na Seção II, do Título IV, que cuidava da declaração de direitos, que “A república só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (art. 72, § 4º), norma esta que já havia sido introduzida em nível infraconstitucional pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890.

A idéia de família, no princípio do século XX, estava intimamente ligada à procriação, como assinalava Clóvis Bevilacqua, para quem a ela era constituída “pela associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito...”<sup>99</sup>.

Sob influência da Constituição de Weimar<sup>100</sup>, a Constituição de 1934 contou com dois novos títulos, um relativo à ordem econômica e social (Título IV) e outro concernente à família, a educação e a cultura (Título V)<sup>101</sup>. A família passou a contar, então, com a

---

<sup>99</sup> *Direito da família*, p. 20.

<sup>100</sup> “Esse Estatuto Político, a par de assumir teses e soluções da Constituição de 1891, rompeu com a tradição até então existente, porque, sepultando a velha democracia liberal, instituiu a democracia social, cujo paradigma era a Constituição de Weimar.” Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, p. 63.

<sup>101</sup> “O alargamento da matéria do texto constitucional é outro aspecto significativo na mudança de rota desencadeada pela Constituição de 1934. O documento de 1934 não repudia a estrutura clássica das Constituições liberais dos séculos XVIII e XIX. É Constituição que contém a organização dos poderes e assegura os direitos individuais. Todavia, não permanece estática nessa dupla dimensão, para nela esgotar

proteção do Estado, nos termos do artigo 114: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a protecção do Estado”. A nova Constituição passou a reconhecer não apenas o casamento civil, mas também o casamento religioso com efeitos civis (art. 146), condição mantida por todas as Constituições que se seguiram.

Vale registrar que, desde aquela época, já se levantavam vozes contra a manutenção da indissolubilidade do vínculo matrimonial, como bem aponta José Sebastião de Oliveira, com apoio na lição de Lopes Gonçalves:

“É oportuno aqui lembrar que houve oposição no tocante à inclusão da palavra ‘indissolúvel’ para o vínculo do casamento, tanto em nível de comissão quanto dos respeitáveis doutrinadores da época, pois, na verdade, pretendiam incluir o instituto do divórcio em nosso direito positivo, possibilitando o rompimento do vínculo matrimonial em toda a sua plenitude, principalmente levando-se em conta que a grande maioria dos países civilizados já havia acolhido o referido instituto.”<sup>102</sup>

A Carta outorgada em 1937, marcada, segundo Celso Ribeiro Bastos, por “uma tomada de posição do Brasil no conflito ideológico da época pela qual ficava nítido que o País se inseria na luta contra os comunistas e contra a democracia liberal”<sup>103</sup>, manteve a proteção especial do Estado à família oriunda do casamento indissolúvel, acrescentando

---

a matéria constitucional. Alarga o campo da matéria constitucional, para nele introduzir, ambiciosamente, a ordem econômica e social, a família, a educação e a cultura, registrando, assim, o ingresso do constitucionalismo brasileiro na era dos direitos econômicos e sociais.” Raul Machado Horta, *Direito constitucional*, p. 55.

<sup>102</sup> *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 49.

<sup>103</sup> Op. cit., p. 69.

que “Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção de seus encargos” (art. 124).

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, o processo de redemocratização culminou com a Constituição de 1946, a qual manteve expressa menção apenas à família originada do casamento (indissolúvel), bem como à obrigação de a lei amparar as famílias de prole numerosa. A novidade deveu-se ao reconhecimento de proteção à maternidade, à infância e à adolescência (art. 164).

Após o golpe de 1964, adveio a Constituição de 1967, que centralizou o poder na esfera federal e ressaltou os poderes do presidente da República, não trazendo inovações em relação ao texto de 1946 (art. 167).

A Constituição de 1969, aprovada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, dispensou o mesmo tratamento à família (art. 175), conquanto já se percebesse que esta havia sido alvo de profundas mudanças, como observou Caio Mário da Silva Pereira, em obra editada em 1972:

“Modernamente, o grupo familiar se reduz numericamente. A necessidade econômica ou a simples conveniência leva a mulher a exercer atividade fora do lar, o que enfraquece o dirigismo no seu interior. Problemas habitacionais e de espaço, e atrações freqüentes exercem nos filhos maior fascínio do que as reuniões e os jogos domésticos do passado. Nos meios menos favorecidos de

fortuna, os menores começam muito cedo a trabalhar, seja em empregos regulares, seja em serviços eventuais e pequenos expedientes.”<sup>104</sup>

Aproximadamente nessa mesma época, Orlando Gomes já admitia a extensão da proteção constitucional a outros modelos familiares que não apenas à família oriunda do casamento, muito embora afirmasse que esta era o alvo principal da tutela estatal:

“Sustenta-se, entre nós, porém, que, a despeito de ter a Constituição declarado, no mesmo artigo [art. 163, da CF de 1946], que a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel, não pretendeu tutelar unicamente a família legítima. O vocábulo ‘família’ não teria sido empregado no sentido em que o usa determinado sistema jurídico, mas com o significado mais amplo de *instituição*, que abrange o grupo familiar que não se funda no casamento, e, aquêle que se origina de matrimônio dissolúvel contraído no estrangeiro por alienígenas que se domicíliam no país.

Essa tem sido, realmente, a inteligência dada ao preceito constitucional pelo legislador ordinário, a julgar pelas medidas de proteção dirigidas à *companheira*, pelo tratamento dispensado aos *filhos extramatrimoniais* e pelo reconhecimento de conseqüências jurídicas ao *concubinato*. Mas, sem qualquer dúvida, o preceito constitucional tem por finalidade *precípua* a proteção das relações de família oriundas do *casamento*<sup>105</sup>.”

Essas mudanças, entretanto, ainda estavam longe de ser sedimentadas, provocando forte inquietação sobre o futuro da família:

---

<sup>104</sup> *Instituições de Direito Civil*, vol. V, p. 27.

<sup>105</sup> *Direito de família*, p. 347-348.

“Houve, pois, sensível mudança nos conceitos básicos. A família modifica-se profundamente. Está-se transformando sob os nossos olhos. Ainda não se podem definir as suas linhas de contorno precisas, dentro do conflito de aspirações. Não se deve, porém, falar em desagregação, nem proclamar-se verdadeiramente uma crise. Como organismo natural, a família não acaba. Como organismo jurídico, elabora-se a sua nova concepção.”<sup>106</sup>

Antes da promulgação da Constituição de 1988, operou-se significativa alteração no instituto com a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que finalmente pôs fim à indissolubilidade do casamento, admitindo-se o divórcio<sup>107</sup>.

O panorama histórico da família na esfera constitucional, desde a Constituição de 1891 até a de 1969, revela extrema rigidez do legislador constitucional e, conseqüentemente, descompasso com as evoluções sociais, na medida em que as diversas Constituições apenas contemplaram expressamente a família oriunda do casamento indissolúvel. As demais entidades familiares eram relegadas à condição de *sociedades de fato*, cuja proteção do Estado era defendida somente por alguns autores, a partir de uma interpretação aberta do texto constitucional.

---

<sup>106</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>107</sup> “Art. 1º O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 175 – ..... ”

§ 1º – O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.”

### 3.2 A família na Constituição de 1988

A Carta de 1988 representou, pois, uma profunda ruptura em relação ao conceito de família das Constituições anteriores<sup>108</sup>.

Além da família instituída pelo casamento (art. 226, §§ 1º e 2º), a Carta Magna reconheceu explicitamente a família constituída da união estável (art. 226, § 3º) e a família monoparental, assim compreendida “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, § 4º).

É indiscutível, pois, a abertura operada pela norma constitucional vigente, que não mais restringe a família à entidade instituída pelo casamento.

A polêmica atual da doutrina, também refletida na jurisprudência, gira em torno de saber se as entidades familiares previstas textualmente na Constituição constituem *numerus clausus* ou se é possível estender o conceito de família, e, conseqüentemente, a proteção do Estado (art. 226, *caput*, CF), a outros agrupamentos, como, por exemplo, às uniões homoafetivas.

Parcela significativa da doutrina entende que somente essas três espécies de famílias contam com reconhecimento para fins de proteção jurídica.

---

<sup>108</sup> Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira: “A idéia de família para o Direito brasileiro sempre foi a de que ela é constituída de pais e filhos unidos a partir de um casamento regulado e regulamentado pelo Estado. Com a Constituição de 1988 esse conceito ampliou-se, uma vez que o Estado passou a reconhecer ‘como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes’, bem como a união estável entre homem e mulher (art. 226). Isto significa uma evolução do conceito de família. Até então, a expressão da lei jurídica só reconhecia como família aquela entidade constituída pelo casamento. Em outras palavras, o conceito de família se abriu, indo em direção a um conceito mais real, impulsionado pela própria realidade”. *A família – estruturação jurídica e psíquica*, p. 15.

José Cretella Júnior, ao comentar o disposto no art. 226 da Constituição Federal de 1988, manifesta este entendimento:

“Alarga esta regra jurídica constitucional o conceito de família, de entidade familiar, compreendida, *lato sensu*, não somente (a) a união estável entre o homem e a mulher, como também (b) entre o homem e seus descendentes e (c) entre a mulher e seus descendentes.”<sup>109</sup>

Sérgio Gischkow Pereira, muito embora espouse uma visão moderna do direito de família, não vislumbra, por exemplo, o reconhecimento das uniões homossexuais pela Carta Magna de 1988:

“De minha parte, considero generosa e bela a intenção dos que sustentam a possibilidade de união estável homossexual ou homoafetiva ou que, pelo menos, utilizam a analogia para propiciar iguais direitos. Porém, ainda não me convenci da correção jurídica desta tese, com todo o respeito aos brilhantes argumentos em seu prol. Não penso que se trate de preconceito meu, pois aceito que se modifique a Constituição Federal e as leis até para implantar casamento entre homossexuais. A questão é muito simples: nosso sistema jurídico não comporta ainda sequer a construção pela analogia. O problema está em que a Constituição Federal expressamente só aceita união estável entre heterossexuais. A solução de analogia é forçada, pois implica terminar concedendo os mesmos direitos dos heterossexuais na união estável. Está evidente que a Constituição Federal não permitiu união estável, ou efeitos dela decorrentes, para homossexuais. E não se

---

<sup>109</sup> *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, vol. VIII, p. 4529-4530. Também adotam essa interpretação restritiva, entre outros, Silvio Luís Ferreira da Rocha (*Introdução ao direito de família*, p. 17), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de Direito Constitucional*, p. 370-371).

trata de emenda constitucional, mas de constituição originária e votada por parlamentares eleitos pelo povo (não é uma Constituição outorgada por ditadura militar).”<sup>110</sup>

Há aqueles, entretanto, que, muito embora não vislumbrem o reconhecimento de outras entidades familiares pela Constituição de 1988, manifestam certo desconforto com o enquadramento tão rigoroso do conceito de família.

Ruy Camargo Viana, muito embora entenda que a partir de 1988 somente as famílias matrimonial, concubinária e monoparental tenham obtido o reconhecimento estatal, manifesta uma tendência de ampliação desse horizonte:

“O devenir jurídico da família parece caminhar para a disciplina dos fatos ocorrentes; questiona-se o direito familiar moralista, com regras orientadoras e pedagógicas, devendo tender o legislador, em matéria de relações privadas, para uma absoluta neutralidade, limitando-se o Direito a conformar-se aos fatos revelados pelos costumes, daí que não pode fechar seus olhos, o legislador, à realidade que se mostra e clama pelo acesso à legalidade.”<sup>111</sup>

Essa linha de raciocínio encontra ressonância no pensamento de Álvaro Villaça Azevedo, que, muito embora reconheça o avanço perpetrado pela Constituição Federal

---

<sup>110</sup> *Estudos de Direito de Família*, p. 71.

<sup>111</sup> *A família*, p. 38. Veja-se, em igual sentido, a lição de Antonio Chaves, que, após ter analisado três concepções distintas de família (a natural, a legítima e a artificial, fundada na adoção), assim se pronunciou: “Se o critério fosse unicamente o laço do sangue acrescido à autoridade, existiria uma família natural ao lado da família legítima. Mas quando o legislador se preocupa com a família, não é para verificar as relações que a natureza cria, e sim para organizá-las de tal forma que elas contribuam para o ideal de vida social que ele visa. A família não é, pois, para o direito, qualquer reunião formada entre pais e filhos: é necessário que este agrupamento apresente caracteres de moralidade e estabilidade, que são os únicos suscetíveis de permitir preencher seu papel social.” *Lições de direito civil*, p. 10.

de 1988, ao banir a família exclusivamente originada do matrimônio, sustenta que o artigo 226, parágrafos 1º a 4º, não deveria ter adjetivado as famílias. Ao contrário, sustenta que a Carta de 1988 deveria ter se limitado a assegurar à família a proteção do Estado<sup>112</sup>.

Ocorre, entretanto, que essa interpretação (literal) do texto constitucional não é a mais consentânea com os princípios emoldurados pela própria Carta de 1988, sobretudo em face dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana<sup>113</sup>.

Veja-se que Pontes de Miranda, em seus comentários ao art. 163, da Constituição de 1946, já apontava para a incoerência dessa concepção limitativa:

“No garantir a família como *instituição* o texto caracterizou o casamento como indissolúvel. A grosseira feitura do preceito aponta-a como algo de incoerente. A família é protegida como instituição; mas a alusão a casamento poderia levar a pensar-se que só existe família onde houve casamento em que se fundasse e, ainda mais, que tal casamento há de ser indissolúvel. Seria absurdo ir-se até aí. O Estado protege a família, como instituição, e se a proteção, que se lhe recomenda o texto, só pudesse recair na família constituída pelo casamento indissolúvel,

---

<sup>112</sup> “Por isso, como sempre entendemos, o Estado não deve preocupar-se somente, com a família de direito, pois sua base, seu sustentáculo é a família, em geral, sem adjetivações. Daí por que, para que se evitem discriminações odiosas, deveria o texto constitucional dizer simplesmente que a família terá direito à proteção dos Poderes Públicos. Não foi o que aconteceu com o texto da Constituição Federal de 1988, que, após ter admitido, no *caput* de seu art. 226, que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, continuou a discriminar formas de constituição de família, em seus §§ 1º a 4º.” *Direitos Humanos (família, sua constituição e proteção)*, p. 20.

<sup>113</sup> Interessante a observação de Luiz Edson Fachin, no sentido de que a constitucionalização do direito de família não se limita à ampliação da ótica do direito civil a partir do texto expresso da Constituição: “Ancorados nos princípios constitucionais, o Direito de Família *constitucionalizado* não deve ser como horizonte final o texto constitucional expresso. Por isso, sustentamos o direito para além do novo Código Civil. Os princípios constitucionais desbordam das regras codificadas e neles a hermenêutica familiar do século XXI poderá encontrar abrigo e luz.” *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, p. 39.

teríamos que a Constituição de 1946, bem como a de 1934 e a de 1937, não quis proteger a família como instituição, mas apenas as famílias que tivessem por laço o casamento indissolúvel. Mas, país de imigração, o Brasil possui no seu território muitas famílias, com alguns ou quase todos os membros Brasileiros, oriundos de casamento não-indissolúvel (e. g., de casal inglês, alemão, francês, norteamericano, português), seguir-se-ia que tais famílias estariam fora da proteção do Estado.”<sup>114</sup>

Nesse cenário, vem ganhando terreno a corrente que sustenta que a norma do art. 226 da Constituição Federal não é taxativa quanto à enumeração de entidades familiares que merecem proteção do Estado.

Um dos principais expoentes dessa corrente é Paulo Luiz Netto Lôbo, que nem mesmo sob o aspecto literal vislumbra a possibilidade de se limitar o alcance da norma estampada no art. 226 da Constituição:

“O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução ‘a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos’. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos e situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.”<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, p. 87.

<sup>115</sup> *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*, p. 45.

Segundo esse autor, as entidades familiares expressamente indicadas na Constituição assim o foram por serem as mais conhecidas; daí não sendo possível afirmar que se trata de rol taxativo, pois *família* é um conceito indeterminado, cuja concretização deve ser feita pelo intérprete.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, são três os requisitos de existência de entidade familiar: afetividade, estabilidade e ostensividade. Sustenta, portanto, que “onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estas suas causas originária e final, haverá família”<sup>116</sup>.

Lôbo critica de forma contundente o conteúdo da Súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal<sup>117</sup>, que conclui pela absoluta impossibilidade de limitação do rol de entidades familiares àquelas contempladas expressamente no texto constitucional, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF):

“Não há necessidade de degradar a natureza pessoal de família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo, para a solução de partilha dos bens adquiridos durante a constância da união afetiva, pois o direito de família atual adota o modelo, vigente nos tipos de casamento e união estável – que deve ser utilizado para os demais tipos – da igual divisão deles, exceto os recebidos por herança ou adoção ou os considerados particulares.”<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> Op. cit., p. 47.

<sup>117</sup> “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

<sup>118</sup> Op. cit., p. 50.

Defende, assim, que, “Se as pessoas vivem em comunidades afetivas não explicitadas no art. 226, por livre escolha ou em virtude de circunstâncias existenciais, sua dignidade humana apenas estará garantida com o reconhecimento delas como entidades familiares, sem restrições ou discriminações”<sup>119</sup>.

Maria Berenice Dias, com forte apoio nos princípios constitucionais, também se destaca dentre aqueles que conferem interpretação ampliativa à norma constitucional em comento. Segundo ela, o Código Civil ignorou o “alargamento conceitual que ocorreu na estrutura familiar, passando a albergar todas as formas de convívio que, tendo origem em um olhar, acaba levando a uma comunhão de vidas, ao comprometimento mútuo e a responsabilidades recíprocas”<sup>120</sup>. Defende, assim, que todas as formas familiares estão contempladas no artigo 226, merecendo a devida proteção do Estado, pois o que este visa a albergar, em última instância, não é a família em si, mas os indivíduos que a integram, de modo a proporcionar-lhes o desenvolvimento pessoal<sup>121</sup>.

A autora observa que o não-reconhecimento de todas as espécies familiares pela Constituição resultaria em flagrante violação ao princípio constitucional da dignidade humana, já que haveria diferença de tratamento às diversas espécies de famílias existentes na realidade:

“O princípio da dignidade humana significa, em última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento

---

<sup>119</sup> Op. cit., p. 50.

<sup>120</sup> *Direito das famílias*, p. 16.

<sup>121</sup> Assim também se posiciona Fachin: “Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, p. 306.

diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio que tem contornos cada vez mais amplos.

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá especial proteção à família, independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas. Ora, se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna. É direito constitucional do ser humano ser feliz e dar fim àquilo que o aflige sem inventar motivos.”<sup>122</sup>

Tal é a convicção da autora no pluralismo familiar, que passou a denominar *Direito das Famílias* o ramo do Direito Civil que cuida das relações familiares, abandonando o termo empregado pela doutrina clássica (Direito de Família).

Outrossim, cumpre trazer à colação as palavras de vanguarda em favor da adoção de um modelo aberto (livre) de família, pronunciadas por João Baptista Villela, no início da década de 1980:

---

<sup>122</sup> Op. cit., p. 58.

“A evolução da família, as expectativas que suscita, as tensões que provoca, as inseguranças que desperta, os malogros que determina, as esperanças que acende, tudo isso leva à convicção de que não se lhe pode traçar um perfil ideal. Tantas são as variáveis culturais, éticas, políticas, econômicas e religiosas que a pressionam e modelam, mas sobretudo tantas são as imponderáveis aspirações e inspirações do homem na situação de família que nenhum modelo cerrado atenderia a umas e a outras. Só a família fundada na aptidão para responder ao mistério do amor e comunicação que habita cada ser humano, o pode livrar do vazio e da solidão. O modelo há de ser, por conseguinte, aberto, vale dizer, inspirado na liberdade. Se não for resumir demais, a regra de ouro pode estar em atribuir ao Estado a garantia e ao homem a construção da família.”<sup>123</sup>

Por fim, considerando que as outras formas de convivência familiar não contempladas literalmente na Constituição traduzem modelos acolhidos por parcela minoritária da sociedade, sua inclusão no espectro da proteção especial do Estado conferida à família encontra forte respaldo no princípio do Estado Democrático de Direito, traduzido com maestria por Luiz Alberto David Araújo:

“Quando falamos em Estado Democrático, referimo-nos, portanto, a um sistema que protege o interesse das minorias, quer sejam elas raciais, políticas, econômicas etc.

Não se pode conceber um Estado Democrático sem a vontade da maioria. Seus valores devem prevalecer, suas idéias predominar. Isso não significa o aniquilamento da vontade dos grupos minoritários, seus valores e suas idéias. Seus temores também devem ser objeto de proteção do Estado.

---

<sup>123</sup> *Liberdade e família.*

O Estado Democrático deve-se caracterizar pelo equilíbrio entre a vontade da maioria e o considerar a minoria, acolhendo-a sempre que possível, desde que tal acolhimento não represente uma ameaça real aos valores escolhidos pela maioria.”<sup>124</sup>

Considerando-se o contexto normativo fixado pelos princípios constitucionais gerais – especialmente os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito –, tem-se que as entidades familiares expressamente consignadas na Constituição de 1988 apenas refletem o modelo adotado pela maioria da sociedade, não afastando da consideração e da proteção do Estado outras formas de convivência familiar acolhidas por parcela minoritária da comunidade, como, por exemplo, as famílias constituídas por casais homoafetivos e aquelas formadas apenas por irmãos.

Presentes os requisitos que, segundo a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, conformam toda e qualquer entidade familiar, quais sejam, afetividade, estabilidade e ostensividade, carece de justificativa racional, atentando contra o princípio da isonomia, deixar de reconhecer o caráter familiar de agrupamentos não mencionados de modo explícito pela Constituição, excluindo-os da proteção do Estado.

Não há dúvida de que esse tratamento desigual termina por negar o princípio da dignidade humana dos integrantes desses agrupamentos, que são submetidos a inegável constrangimento e humilhação, na medida em que o Estado simplesmente ignora suas relações afetivas, negando-lhes a mesma proteção conferida aos membros dos modelos

---

<sup>124</sup> *A proteção constitucional do transexual*, p. 6-7.

familiares tradicionais, traduzida em normas de Direito Previdenciário, de Direito de Família, de Direito das Sucessões etc.

O extremismo desse tratamento desigual – que refuta o caráter familiar de agrupamentos constituídos dos mesmos elementos que as famílias tradicionais, como aquelas oriundas do casamento –, negando-lhes qualquer proteção estatal, configura a infringência de um dos pilares da república, o princípio do Estado Democrático de Direito, pois redundaria na própria anulação da vontade, dos valores e das idéias dos segmentos minoritários da comunidade em relação à família, muito embora tais manifestações de nenhuma forma se revelem incompatíveis com os valores da maioria.

Em resumo, os princípios constitucionais gerais asseguram a convivência harmônica entre as diversas espécies de entidades familiares existentes na sociedade brasileira atual, independentemente de sua previsão expressa no texto constitucional, conferindo-lhes indistintamente o mesmo nível de reconhecimento e de proteção.

### **3.3 Os princípios constitucionais de Direito de Família**

Os princípios constitucionais encontram inúmeras classificações doutrinárias. Assim, tomando-se como parâmetro a classificação proposta por Luís Roberto Barroso<sup>125</sup>, temos que os princípios constitucionais do Direito de Família enquadram-se nos princípios *setoriais* ou *específicos*, que constituem a categoria mais específica dos princípios constitucionais, os quais “presidem um específico conjunto de normas afetas

---

<sup>125</sup> Ver páginas 12-14.

a determinado tema, capítulo ou título da Constituição”<sup>126</sup>. Além desses, Barroso distingue duas outras espécies: os princípios constitucionais *fundamentais*, que traduzem os fundamentos políticos do Estado, e os *gerais*, que tutelam diretamente algumas situações, correspondendo aos “princípios-garantia” referidos por Canotilho.

Entre os estudiosos que têm se dedicado à identificação dos princípios constitucionais afetos ao Direito de Família, Maria Berenice Dias, após consignar a importância de três princípios constitucionais *gerais* para esse ramo do Direito – quais sejam, o princípio da dignidade humana, o princípio da liberdade e o princípio da igualdade e respeito à diferença – elenca os princípios constitucionais *específicos* do Direito de Família<sup>127</sup>:

– Princípio da solidariedade familiar – do qual decorre a obrigação alimentar que vigora entre os membros da família;

– Princípio do pluralismo das entidades familiares – consiste no reconhecimento pelo Estado da existência de várias espécies de entidades familiares, como, por exemplo, as uniões homossexuais e as uniões decorrentes de concubinato adulterino;

– Princípio da proteção integral a crianças e adolescentes – consiste na doutrina da proteção integral às crianças e adolescentes, fundado na vulnerabilidade e fragilidade dos menores de dezoito anos (art. 227, da CF);

---

<sup>126</sup> *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 157 e seguintes.

<sup>127</sup> Cumpre pontuar que a ampliação do espectro da família veio acompanhada de enorme responsabilidade em relação aos direitos fundamentais da criança, do adolescente e do idoso: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. E o art. 230, por sua vez, dispõe: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

– Princípio da afetividade – trata-se de princípio não expresso no texto da Constituição e que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento da união estável como entidade familiar – este sim expresso no artigo 226, § 3º, da CF. Nas palavras da autora, “tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico”<sup>128</sup>.

A autora também faz referência ao princípio da proibição do retrocesso social, mas entendemos que este se insere na categoria dos princípios constitucionais *gerais*, pois aplicável a todo catálogo de direitos sociais contemplados na Constituição, e não apenas ao Direito de família.

José Sebastião de Oliveira aponta os seguintes princípios constitucionais do Direito de Família:

“proteção de todas as espécies de famílias (art. 226, *caput*, CF); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, § 3º e 4º, CF); igualdade entre os cônjuges (art. 5º, *caput*, I e art. 226, 5º, CF); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, § 6º, CF); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5º, CF); assistência do Estado a todas as espécies de família (art. 226, § 8º, CF); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua

---

<sup>128</sup> Op. cit., p. 66. Essa posição é compartilhada com Paulo Luiz Netto Lôbo: “O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriacionais, econômicas, religiosas e políticas.” *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*, p. 46.

personalidade (art. 227, § 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, CF); igualdade entre os filhos havido ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º, CF); respeito recíproco entre pais e filhos: enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF).”<sup>129</sup>

Considerando-se, pois, que os princípios constitucionais funcionam como “guia para o intérprete”, na feliz expressão de Luís Roberto Barroso, não é possível admitir a interpretação literal do art. 226 da Constituição, apartada dos princípios *gerais* e *específicos* contemplados na Carta de 1988, os quais não deixam margem à dúvida quanto à inclusão de todas as entidades familiares no manto da proteção especial do Estado conferida pela norma constitucional.

Desse modo, com amparo nos princípios constitucionais, da mesma forma que as espécies familiares expressamente contempladas no texto da Carta de 1988 as uniões homoafetivas constituem entidades familiares, e, como tal, integram a base da sociedade brasileira e merecem “especial proteção do Estado” (art. 226, CF).

---

<sup>129</sup> *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 273.

### 3.4 Convergência do conceito de família: outros olhares sobre a família contemporânea

A corrente doutrinária que interpreta extensivamente o disposto no art. 226 da Constituição Federal, admitindo uma visão (jurídica) ampliada da família, de modo a incluir toda e qualquer entidade familiar no espectro da proteção especial do Estado, à qual se filia o presente trabalho, encontra eco em outros ramos da ciência moderna.

Sob a perspectiva sociológica, Semy Glanz apresenta um conceito plural da família contemporânea:

“um conjunto, formado por um ou mais indivíduos, ligados por laços biológicos ou sociopsicológicos, em geral morando sob o mesmo teto, e mantendo ou não a mesma residência (**família nuclear**). Pode ser formada por duas pessoas, casadas ou em união livre, de sexo diverso ou não, com ou sem filho ou filhos; um dos pais com um ou mais filhos (**família monoparental**); uma pessoa morando só, solteira, viúva, separada ou divorciada ou mesmo casada e com residência diversa daquela de seu cônjuge (**família unipessoal**); pessoas ligadas pela relação de parentesco ou afinidade (ascendentes, descendentes e colaterais, este até o quarto grau, no Brasil, mas de fato podendo estender-se). Neste último caso, temos a **família sucessória** (é admitida a herança, sem limite aos ascendentes e descendentes, embora os mais próximos excluam os seguintes, mas na linha colateral, no direito brasileiro, ficam limitados os parentes sucessíveis aos primos, que são parentes do quarto grau).”<sup>130</sup>

---

<sup>130</sup> A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusive o Código Civil, p. 30 (grifos do autor).

A psicanalista Maria Rita Kehl, analisando a afirmação comumente ventilada na mídia em geral, no sentido de que “a família não é mais a mesma”, traça a evolução da família brasileira até os dias de hoje, em que esta é denominada de “família tentacular”:

“A família tentacular contemporânea, menos endogâmica e mais arejada que a família estável no padrão oitocentista, traz em seu desenho irregular as marcas de sonhos frustrados, projetos abandonados e retomados, esperanças de felicidade das quais os filhos, se tiverem sorte, continuam a ser portadores.....”.<sup>131</sup>

Ao final conclui que atualmente a família está sendo revalorizada, inclusive pelas minorias que a criticavam no passado:

“Apesar disso, creio que ainda cultivamos uma dívida para com a formação familiar tradicional; o passado idealizado representa um abrigo diante das modalidades de desamparo que enfrentamos no presente. No Ocidente, a família que foi duramente criticada e questionada pelos movimentos de contestação dos anos 60, em nome das liberdades sexuais, dos direitos dos homossexuais, das reivindicações feministas e dos movimentos de jovens, hoje tem sido revalorizada pelos próprios grupos marginais que a contestavam. Pares homossexuais reivindicam o casamento institucional; solteiros de ambos os sexos lutam pelo direito de adotar crianças e constituir uma família ‘normal’. A família mudou, mudaram os papéis familiares, mas não foi substituída por outra forma de organização molecular.”<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> *Em defesa da família tentacular*, p. 169.

<sup>132</sup> *Op. cit.*, p. 171-172.

A renomada historiadora e psicanalista Elizabeth Roudinesco, em recente obra dedicada ao estudo da família moderna, igualmente destaca que grupos que no passado abnegavam a família hoje pleiteiam a integração em seu seio:

“A família era então contestada, rejeitada, declarada funesta ao desabrochar do desejo e da liberdade sexual. Assimilada a uma instância colonizadora, ela parecia carregar todos os vícios de uma opressão patriarcal, que proibia às mulheres o gozo de seus corpos, às crianças o gozo de um auto-erotismo sem entraves, aos marginais o direito de desenvolver suas fantasias e suas práticas perversas. Édipo era então, com Freud, Melanie Klein e Lacan, considerado cúmplice de um capitalismo burguês do qual era preciso se livrar sob pena de recair no jugo do conservadorismo. O antiedipianismo causava furor, apoiando-se aliás na grande tradição dos utopistas ou libertários que, de Platão a Campanella, haviam sonhado com uma possível abolição da família.

Hoje em dia tais declarações são julgadas obsoletas pelos interessados, e mesmo hostis à nova moral civilizada em busca de norma e de um familiarismo redescoberto. Pois tudo indica que o acesso tão esperado a uma justa igualdade dos direitos em matéria de práticas sexuais – para as mulheres, para as crianças, para os homossexuais – tenha tido como contrapartida não a proclamação de uma ruptura com a ordem estabelecida, mas uma forte vontade de integração a uma norma outrora infame e fonte de perseguição.”<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> *A família em desordem*, p. 8-9.

Conclui-se, dessa forma, que a realidade familiar não comporta mais uma visão rígida, obtusa, seja do ponto de vista dos princípios constitucionais, seja da ótica de outros ramos do conhecimento.

É justamente com base na concepção de família ora encampada que vamos adentrar no estudo do instituto da adoção.

## 4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFETOS À ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

### 4.1 Adoção: um instituto dinâmico

O instituto da adoção transformou-se através dos tempos, especialmente em sua história mais recente, quando, a partir de meados do século XX, passou a sofrer forte influência do Direito do Menor, atualmente denominado Direito da Criança e do Adolescente, ramo da ciência do Direito voltado exclusivamente para o estudo das normas de proteção desses *seres humanos em processo de formação*.

No Brasil, o Direito da Criança e do Adolescente conta uma principiologia constitucional específica, decorrente das normas dos artigos 226 e 227 da Constituição Federal, e, na esfera da legislação ordinária, é regido por um microsistema próprio, instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.69/90).

Inicialmente de cunho eminentemente privado, contratual, atualmente o instituto da adoção encontra-se intimamente vinculado aos princípios constitucionais da *proteção integral da criança e do adolescente, do melhor interesse da criança e do adolescente*, e ao direito à *convivência familiar*, que integra o rol dos direitos fundamentais contemplados no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, na medida em que constitui o principal meio de colocação de crianças e adolescentes em família substituta.

Se no passado a adoção visava a atender exclusivamente aos interesses do adotante e, posteriormente, foi tida como um importante instrumento de política social para minorar

o problema do menor abandonado, atualmente seu foco consiste em assegurar a *convivência familiar* às crianças e aos adolescentes que não têm condições de permanecer com sua família de origem, sempre à luz dos princípios da *proteção integral* e do *melhor interesse da criança*.

Assiste-se, dessa forma, a uma radical mudança de perspectiva do instituto, como passaremos a estudar.

## 4.2 Origem da adoção

Segundo Antonio Chaves, profundo estudioso do instituto da adoção, sua origem histórica remonta ao Código de Hamurabi (1728-1686 a.C.), tendo sido conhecido de diversos povos da Antiguidade, no Egito, na Caldéia e na Palestina.

Reportando-se a Orlando Gomes, Chaves anota que em Atenas “ (...) o instituto achava-se organizado para atender, principalmente, à sua inspiração de caráter religioso, na preocupação fundamental de assegurar a perpetuidade do culto doméstico, como recurso extremo para eximir a família da temível desgraça de sua extinção”<sup>134</sup>.

Praticamente esquecido na Idade Média, ganhou novo fôlego no século XIX, tendo sido contemplado no Código de Napoleão (arts. 343-360), sob rigorosa disciplina, inspirada pelo *imitatio naturae*.

---

<sup>134</sup> Adoção, adoção simples e adoção plena, vol. 1, p. 41.

Estabelecia o artigo 343 do Código Civil Francês, de 1804, que “A adoção só é permitida às pessoas, de um ou de outro sexo, com mais de cinquenta anos de idade, que não tiverem, na época da adoção, nem filhos nem descendentes legítimos, e que tiverem, pelo menos, quinze anos a mais do que os indivíduos que se propõem a adotar”<sup>135</sup>. Tal disposição bem demonstra que o instituto, naquele tempo, tinha como objetivo primordial permitir a filiação àqueles desprovidos de prole natural.

### 4.3 A adoção no Brasil

Espelhando situação também verificada na Europa, até o século XIX a adoção no Brasil era instituto de pouca relevância<sup>136</sup>, quadro que somente começou a mudar a partir da edição do Código Civil de 1916, que seguiu os passos do Código de Napoleão, restringindo o acesso à adoção aos maiores de cinquenta anos de idade e às pessoas sem filhos (arts. 368 a 378).

---

<sup>135</sup> *Código de Napoleão ou Código Civil dos franceses*, p. 90.

<sup>136</sup> Renato Pinto Venâncio explica que, apesar de contar com previsão legal, no Brasil dos séculos XVIII e XIX, a adoção, então denominada *perfilhação adotiva*, foi muito pouco praticada, pois, além de implicar um processo caro e demorado, a legislação autorizava a permanência de crianças e adolescentes *expostos* ou *enjeitados* com famílias outras que não a sua de origem, permitindo até mesmo sua utilização como mão-de-obra na medida de sua capacidade, após os sete anos de idade (o autor cita como fundamento legal para tanto o alvará de 31/1/1775, que foi declarado em vigor após a independência, por meio de provisão de 23/2/1823). Interessante notar que o declínio do instituto da adoção nesse período não ocorreu apenas no Brasil, como já mencionado: “Esse fenômeno jurídico não é somente luso-brasileiro. Os historiadores, especialistas no tema, chegam a caracterizar o milênio, compreendido entre os séculos IX-XIX, como o da *eclipse da adoção*. A instituição, prestigiada no Império Romano e destinada à perpetuação do culto doméstico ao *pater* famílias, praticamente desaparece da legislação, sobrevivendo apenas como um comentário do direito romano. Esse declínio é um dos campos de pesquisa mais polêmicos referentes ao tema, havendo quem o interprete como resultado da pressão das linhagens aristocráticas medievais, ciosas em excluir elementos externos a seu meio, ou então como decorrência da ação da Igreja, na valorização dos padrinhos como pais substitutos, ou mesmo como uma deliberada estratégia para restringir o número de herdeiros legítimos, garantindo, assim a multiplicação de doações testamentárias às instituições religiosas: a *descontinuidade das famílias favorecia os legados para fins caritativos*.” Adoção antes de 1916, in *Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*, p. 271-272.

O perfil traçado pelo legislador infraconstitucional do início do século XX refletia o espírito do instituto então vigente: possibilitar a filiação (artificial) a casais destituídos de filhos naturais<sup>137</sup>. Tal limitação de propósito justificava o rigorismo da lei quanto aos requisitos exigidos para que a adoção fosse consumada<sup>138</sup>.

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

A reforma instituída pela Lei nº 3.133, de 8/5/1957, introduziu importantes mudanças, reduzindo o rigor dos requisitos para a adoção. Entre outras alterações, a nova Lei reduziu a idade mínima do adotante, de cinqüenta para trinta anos de idade; reduziu de dezoito para dezesseis anos a diferença mínima de idade entre o adotado e o adotando; e passou a admitir a adoção por pessoas com filhos (legítimos ou legitimados)<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> “A adoção, como regulada na lei, destina-se a suprir a falta de filho legítimo. De onde resulta que não pode adotar quem tem filho legítimo ou legitimado; que (segundo algumas leis), não pode adotar quem já tenha um filho adotivo.” Eduardo Espínola, p. 531.

<sup>138</sup> Outros requisitos para a adoção eram: a diferença de idade, entre o adotante e o adotando, de no mínimo dezoito anos; consentimento dos pais ou tutores do adotando, ou deste, se maior ou emancipado. Naquela fase, a adoção consistia na mera transferência do pátrio poder ao adotante, na medida em que o adotando mantinha os laços de parentesco com sua família de origem. Ao analisar o instituto à luz do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda não vislumbrava que sua utilização poderia vir a ser ampliada, em razão do rigorismo da lei em torno de seus requisitos e também devido à sua finalidade demasiadamente restrita: “Não cremos que a adoção venha a ser mais usada do que era. O Código Civil cercou-a de tantas exigências e atribuiu-lhe conseqüências tão rigorosas (quanto a impedimentos matrimoniais, por exemplo), que não é possível prever-lhe, sob as regras do Código Civil, mais intensa aplicação. Aliás, o seu fim é mesmo restrito. Filosófica, histórica e tecnicamente, a adoção representa a *fictio iuris* para os casos excepcionais: o remédio consolatório, como dizia Teixeira de Freitas (Consolidação das Leis Cíveis, art. 217, nota 13), para aqueles que não têm filhos.” *Tratado de direito privado*, Tomo IX, p. 180.

<sup>139</sup> Com a nova lei, os casados somente poderiam adotar após cinco anos de casados, exceto se o homem contasse com mais de cinqüenta e a mulher mais de quarenta anos de idade. Quanto aos efeitos, a reforma substituiu a regra segundo a qual a adoção não produziria efeitos se demonstrada a prévia concepção de filho natural, pela norma de inexistência de efeitos sucessórios quando o adotante possuir “filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos”; e, por fim, permitiu ao adotado usar o apelido do adotante, em acréscimo ou substituição do apelido dos seus pais biológicos.

É interessante observar que a abertura da adoção para casais que já contavam com filho(s) natural(is) permitiu que o instituto atendesse a outros interesses, sobretudo o das crianças em situação de abandono<sup>140</sup>, deixando de servir exclusivamente ao(s) adotante(s) destituído(s) de prole, como até então era consagrado historicamente.

Essa mudança inaugurou, assim, uma nova fase do instituto, agregando-lhe um fim social: além de propiciar a experiência da parentalidade a casais sem filhos naturais, a adoção passou a ser vista como instrumento de combate do problema do menor abandonado<sup>141</sup>.

O Decreto nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926, que instituiu o primeiro Código de Menores do Brasil, conhecido como Código Mello Mattos, apesar de admitir que crianças abandonadas (*infantes expostos*) fossem confiadas à tutela de particulares<sup>142</sup>, estabelecia como regra primeira a institucionalização<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> Ao referir-se às severas críticas tecidas por Ester Figueiredo Ferraz ao regramento da adoção no Código Civil de 1916, Antonio Chaves assim se manifestou: “Prossegue [Ester Figueiredo Ferraz] fazendo ver nada justificar a proibição de adotar imposta a quem já tenha prole legítima ou legitimada. Se levarmos em conta o interesse do menor abandonado, que deve prevalecer sobre os demais, é evidente que ele terá muito mais probabilidade de se sentir feliz num lar onde já existam crianças de sua idade ou de idade aproximada do que numa casa habitada exclusivamente por adultos. Voltada a atenção para o problema doloroso do filho único, mostra que a adoção poderia contribuir para resolver certas situações dramáticas criadas no seio das famílias de três membros: pai, mãe e um só filho. A entrada de um quarto elemento faria diminuir e normalizar-se a tensão afetiva dos vínculos que mantêm demasiado unidos aqueles três seres, passando o filho adotivo a dividir, com o legítimo ou legitimado, as atenções, o carinho e (por que não?) os rigores e a severidade dos pais, e cada um dos menores teria no outro o companheiro que o arrancaria do vazio da própria solidão.” *Da adoção*, vol. 1, p. 58-59.

<sup>141</sup> Nesse sentido, a lição de Edgard de Moura Bittencourt: “Na fase de expansão do instituto, não poucas eram as vozes que se levantavam contra ele, sob o fundamento primacial dos inconvenientes de se introduzir sangue estranho na família. Aos poucos, contudo, a adoção assumiu sua verdadeira posição no Direito, como expediente de elevado alcance a um duplo sentido: não apenas supre nos casais a falta de filhos, dando-lhes, pelo artifício bem compreendido, aquilo que a natureza lhes negou, como também espalha em prol de crianças sem lar o manto do altruísmo, do carinho e da segurança. Alarga-se o instituto. Entre nós, já há algum tempo, desde a Lei n. 3.133, de 1957, permite-se que, mesmo tendo filhos consanguíneos, possam as pessoas adotar, com a reserva de que não fiquem aqueles prejudicados em seus direitos hereditários.” *Família*, p. 243.

<sup>142</sup> “Art. 29. Os expostos, que não forem recolhidos a estabelecimentos a esse fim destinados, ficarão sob a tutela das pessoas que voluntária e gratuitamente se encarreguem da sua criação, ou terão tutores nomeados pelo juiz.”

<sup>143</sup> “Art. 15. A admissão dos expostos á assistencia se fará por consignação directa, excluido o systema das rodas.

Mas a atenção ainda se voltava para a figura do adotante, eis que a Lei nº 4.655, de 2/6/1965, que instituiu nova modalidade de adoção, denominada *legitimação adotiva*, cujo traço marcante consistia em desligar o adotado dos laços de parentesco com a família biológica (art. 9º, § 2º), destinou-se exclusivamente a casais destituídos de “filhos legítimos, legitimados ou naturais reconhecidos” (art. 2º), o que por si só revelava que a nova legislação mantivera a concepção então reinante, satisfazendo, primordialmente, o interesse de casais sem prole<sup>144</sup>.

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

O novo Código de Menores, Lei nº 6.697, de 10/10/1979, voltado exclusivamente para as crianças em situação irregular<sup>145-146</sup>, revogou expressamente a Lei nº 4.655/65 e

---

Art. 16. As instituições destinadas a recolher e criar expostos terão um registro secreto, organizado de modo a respeitar e garantir o incognito, em que se apresentem e desejem manter os portadores de creanças a serem asyladas.”

<sup>144</sup> Vejam-se os demais requisitos para o deferimento da *legitimação adotiva*. O *adotando* deveria se enquadrar na definição de *infante exposto*, assim considerado aquele cujos pais sejam desconhecidos ou hajam autorizado por escrito que o filho seja dado; o menor abandonado até sete anos de idade, cujos pais tenham sido destituídos do pátrio poder; o menor até sete anos, não reclamado por qualquer parente por mais de um ano; e, por fim, o filho natural reconhecido apenas pela mãe que não dispõe de meios para prover sua criação (art. 1º, *caput*). Quanto à pessoa do *adotante*, a *legitimação adotiva* poderia ser deferida a: casais com no mínimo cinco anos de casamento e que contassem com pelo menos um cônjuge com mais de trinta anos de idade (art. 2º); pessoa viúva com mais de trinta e cinco anos de idade, se provado período de convivência de mais de cinco anos e a integração do menor ao lar (art. 3º); cônjuges desquitados se a convivência com o menor tivesse se iniciado na constância do casamento, e havendo concordância de ambos quanto à manutenção da *legitimação adotiva* (art. 4º).

<sup>145</sup> “Art. 1º Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

I – até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;

II – entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

consolidou o caráter social e tutelar da adoção<sup>147</sup>, colocando o instituto, definitivamente, a serviço do enfrentamento da questão social decorrente do crescente número de menores abandonados.

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

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

- 
- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
  - b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
  - II – vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
  - III – em perigo moral, devido a:
    - a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
    - b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
  - IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
  - V – Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
  - VI – autor de infração penal.”

<sup>146</sup> “O Código de Menores de 1979 (Lei 6.697, de 10.10.79) adotou a Doutrina de Proteção ao Menor em Situação Irregular, que abrange os casos de abandono, a prática de infração penal, desvio de conduta, falta de assistência ou representação legal – enfim, a lei de menores era instrumento de controle social da infância e do adolescente, vítimas de omissões de família, da sociedade e do Estado em seus direitos básicos. O Código de Menores não se dirigia à prevenção, só cuidava do conflito instalado. O Juiz de Menores atuava na prevenção de 2º grau, através da polícia de costumes, proibição da frequência em determinados lugares, casas de jogos etc.” Tânia da Silva Pereira, *Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*, p. 42-43.

<sup>147</sup> Nesse sentido, a lição de Edgard de Moura Bittencourt: “A adoção, tal como a temos atualmente, é um instituto de índole social; porque restabelecendo o estado de família de quem o tinha desordenado, ou então, estabelecendo um estado de família para quem não tinha família alguma, introduz o indivíduo num sistema de assistencialidade mútua, e isto significa proteção pessoal dentro de um grupo, na ordem civil ou privada, na normalidade das situações.

E, mais ainda, adoção, tal como a temos agora com o Código de Menores (Lei 6.679/79), passa a ser um instituto declaradamente tutelar, o que quer dizer um regime de proteção e assistência; é ordem jurídica de proteção a alguém e por isso tem caráter efetivamente tutelar.” *A adoção no Código de Menores*, p. 20.

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

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

A adoção plena exigia, também, que o menor estivesse em companhia dos adotantes antes de completar sete anos de idade e que, antes do período de convivência, estivesse em situação irregular, denotando o caráter social do instituto nesse período.

Nessa modalidade, o filho adotado equiparava-se a eventuais filhos naturais do adotante, até mesmo para efeitos sucessórios.

O Código de Menores, em seu artigo 5º<sup>148</sup>, também contemplou norma que conferia primazia ao interesse do menor sobre os interesses do adulto-adotante. Mas, assim como

---

<sup>148</sup> “Art. 5º Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.”

o disposto no artigo 5º, § 1º, da Lei nº 4.655/65, acima mencionado, essa regra não repercutiu na prática, em virtude da cultura reinante de privilegiar os interesses do adotante e da inexistência de outros direitos que lhe conferisse o suporte imprescindível para sua implementação<sup>149</sup>.

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

#### 4.4. A adoção na perspectiva da Constituição de 1988

A Constituição de 1988, rompendo com a tradição das Constituições que a precederam – que trataram do tema da criança com extrema superficialidade<sup>150</sup> – ao estabelecer que

---

<sup>149</sup> “Não se olvide que o revogado *Código de Menores* continha em seu art. 5º dispositivo assim genérico como esse do CC 1.625, que nunca impediu, concretamente, que a adoção fosse deferida em franca dissonância com o interesse da criança e do adolescente, o que está na gênese da nova estrutura especial, posta pela Constituição Federal e pelo ECA.

Isto porque, na essência, a regra de prevalência do interesse da criança e do adolescente no *Código de Menores* vinha solteira, desamparada de um amplo sistema de garantia de seus direitos fundamentais de pessoa humana especial – *princípio da proteção integral* –, como é próprio do sistema Constituição Federal/ECA.” Nelson Nery Jr. e Martha de Toledo Machado, *O Estatuto da Criança e do Adolescente e novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intemporal*, p. 38. Corroborando essa constatação, confirmam-se as palavras de Ademir de Carvalho Benedito, magistrado que ocupara a Vara de Menores de Pinheiros, da Comarca de São Paulo: “Em relação a menores carentes, p. ex., a Justiça não pode mais continuar sendo apenas um agente receptor da vontade dos pais ou responsáveis, aceitando pacificamente os pedidos de internação, ou situações de abandono, sem buscar, através dos institutos do Direito de Família, previstos no Código Civil e em leis posteriores, soluções mais técnicas, mais jurídicas, e, portanto, mais justas, que atendam principalmente o supremo interesse daquele ser humano que ainda não tem a capacidade plena para exercer os seus direitos, mas que já os tem, em igualdade de condições com os adultos, desde a sua concepção no ventre materno, nos expressos termos do art. 4º. do CC.” *Justiça de menores no Brasil – sua verdadeira finalidade*, p. 184.

<sup>150</sup> A primeira Constituição a tratar da infância foi a de 1934, que dispôs, em seu art. 141: “É obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias”, estabelecendo, ainda, no art. 147, a gratuidade do ato de reconhecimento de filhos. A Constituição seguinte, de 1937, conferiu às crianças e adolescentes uma gama maior de direitos: “Art. 127. A infância e a juventude devem ser objeto de

a família, a sociedade e o Estado devem conferir prioridade absoluta na consecução dos direitos básicos da criança e do adolescente, como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à convivência familiar etc. (art. 227, *caput*), contemplou expressamente o princípio da proteção integral<sup>151</sup>.

Tratando-se de princípio constitucional, é dotado de plena normatividade, impondo a todos, indistintamente (família, sociedade e Estado), o dever de assegurar à criança e ao adolescente, “com absoluta prioridade” – é preciso sublinhar, pois aí reside o núcleo do princípio constitucional do melhor interesse da criança –, “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

A revolução operada pela Constituição Federal foi acompanhada pela promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069, de 13/7/1990, cuja elaboração, segundo Nelson Nery Jr. e Martha Toledo Machado, “(...) decorreu do

---

cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e creia ao Estado o dever de provê-las de conforto e cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e a proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.” A Constituição de 1946 representou um retrocesso, na medida em que se limitou a declarar a obrigatoriedade da assistência à maternidade, à infância e à adolescência (art. 164). No mesmo passo, as Constituições de 1967 e 1969 apenas atribuíram à lei a tarefa de instituir a assistência à infância e à adolescência (art. 167, § 4º, e 175, § 4º, respectivamente). O fato é que a norma constitucional não surtiu eficácia, como advertiu Pontes de Miranda, ao comentar este último dispositivo citado: “A regra jurídica do art. 175, PAR 4º, não é apenas programática. A expressão ‘instituirá’ mostra-o bem. Mas onde a sanção? À lei cabe criá-la. Criá-la-á? A ênfase do legislador constituinte – assistência à maternidade, à infância e à adolescência, *excusez du peu!* – sem a lei que, executada, *crie* os serviços e os realize, os faça funcionar e obrigue o Poder Executivo a mantê-los, cairá no vácuo.” *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*, Tomo VI, p. 332.

<sup>151</sup> “A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.” Cury, Garrido & Maçura, *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*, p. 21.

imperativo de pormenorizar o *sistema especial de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes*, outorgado pela Constituição de 1988 em razão das peculiaridades da personalidade *infanto-juvenil*<sup>152</sup>.

Além disso, a ratificação pelo Brasil da Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU), em 20/11/1989, incorporou expressamente à normativa constitucional, nos termos do artigo 5º, § 1º e 2º<sup>153</sup>, da Constituição, o princípio do *melhor interesse da criança*, proclamado no artigo 3.1 da Convenção:

“Artigo 3º – 1. Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades

---

<sup>152</sup> *O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intemporal*, p. 12.

<sup>153</sup> “§ 1º – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.  
§ 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Flávia Piovesan, após discorrer sobre as concepções monista e dualista, antes da edição da Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/04, expõe sua posição contrária à doutrina dominante: “Diante dessas duas sistemáticas diversas, conclui-se que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual para os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, parágrafo 1º – aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto que para os demais tratados internacionais aplica-se a sistemática de incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna. Com efeito, salvo na hipótese de tratados de direitos humanos, no texto constitucional não há qualquer dispositivo constitucional que enfrente a questão da relação entre o Direito Internacional e Interno. Isto é, não há menção expressa a qualquer das correntes, seja à monista, seja à dualista. Por isso, a doutrina predominante tem entendido que, em face do silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas (a ordem interna e a ordem internacional). Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional – no caso brasileiro, este ato tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno. Embora esta seja a doutrina predominante, este trabalho sustenta que essa interpretação não se aplica aos tratados de direitos humanos que, por força do art. 5º, parágrafo 1º, tem aplicação imediata. Isto é, diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando-se a edição de decreto de execução. Já no caso dos tratados tradicionais, há a exigência do aludido decreto, tendo em vista o silêncio constitucional acerca da matéria. Logo, defende-se que a Constituição adota um sistema jurídico misto, na medida em que, para os tratados de direitos humanos, acolhe a sistemática de incorporação automática, enquanto que, para os tratados tradicionais, acolhe a sistemática da incorporação não-automática.” *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 104-105. Ainda que não se entenda que os tratados de direitos humanos contam com aplicação imediata, a referida Convenção foi incorporada no direito interno por meio do Decreto nº 99.710, de 21/11/90.

administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança.”

Esse conjunto normativo, integrado pela Constituição Federal, pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e pelo ECA, de cunho eminentemente principiológico, valorativo, provocou, como não poderia deixar de ser, uma profunda mudança de paradigma no sistema de proteção à criança no Brasil<sup>154</sup>, que abandonou definitivamente a doutrina jurídica da situação irregular, até então encampada pelo Código de Menores de 1979<sup>155</sup>, para abraçar o princípio constitucional da proteção integral.

Com isso, além do princípio da proteção integral, os interesses das crianças e dos adolescentes passaram a contar com supremacia sobre os interesses dos adultos. Assim,

---

<sup>154</sup> No plano internacional, essa mudança de paradigma ocorreu em 1959, como relata Gustavo Ferraz de Campos Mônico: “Apenas em 1959, depois de algumas revisões da Declaração de Genebra e quase dez anos depois da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (e certamente inspirada por esta), é que a Organização das Nações Unidas resolveu proferir uma nova declaração, essa de âmbito heterogêneo, posto que não atingindo todos os seres humanos, mas tão-somente as crianças. O ponto principal dessa declaração (Resolução 1.386) relativamente a sua antecessora na proteção da infância é a mudança de paradigma que instala, muito em função da consolidação da Declaração de 1948 que universaliza a proteção dos direitos humanos, uma vez que agora a criança passa a ser vista como *sujeito de direito* e não mais como mero receptor passivo das ações realizadas a seu favor, dando-se início à aplicação de um princípio que 30 anos depois seria inserto na convenção subsequente, que é o princípio do melhor interesse da criança.” O décimo-quinze aniversário da convenção sobre os direitos da criança – contributo para o aprofundamento e implementação do direito internacional dos direitos humanos, Doutrina Civil, p. 133-134.

<sup>155</sup> Segundo Tânia da Silva Pereira, a proteção da infância no Brasil, desde o século XIX, passou por três correntes jurídico-doutrinárias: “A doutrina do direito penal do menor, concentrada nos Códigos Penais de 1830 e 1890, preocupou-se especialmente com a delinquência e baseou a imputabilidade na “pesquisa do discernimento” – que consistia em imputar a responsabilidade ao menor em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso. Ao Juiz era atribuída a competência para determinar se o jovem “era ou não capaz de dolo e, para tal fim, levaria em conta a vida pregressa, seu modo de pensar, sua linguagem, não justificando basear-se apenas numa razão, obrigando-o a pesquisar o conjunto dos elementos informadores”. (...) A doutrina jurídica da situação irregular passou a vigorar efetivamente entre nós com o advento do Código de Menores de 1979. (...) Por mais de dez anos, as decisões tomadas em nome da lei, tantas vezes arbitrárias, eram fruto de critérios subjetivos do Juiz, marcados pela discriminação, desinformação, ou, ainda, pela falta de condições institucionais que melhor viabilizassem a apreciação dos conflitos.” (...) A doutrina jurídica da proteção integral passou a vigorar em nosso país a partir da Constituição Federal de 1988, mas teve as suas bases no movimento de mobilização do início da década de 80, que fora marcado por um intenso debate sobre os diversos aspectos da proteção da infância-adolescência.” *O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática*, p. 34-36.

sempre que uma autoridade, seja ela administrativa ou judicial, estiver diante de uma situação em que haja conflito entre os interesses de adulto, de um lado, e de criança ou de adolescente, de outro, estes últimos hão de ser privilegiados.

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

Como visto acima, antes da Constituição de 1988, a legislação ordinária que disciplinava a adoção contemplava requisitos eminentemente formais, que, se traduziam alguma preocupação com a figura do adotando, eram de eficácia extremamente reduzida.

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

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

Os princípios constitucionais proclamados na Constituição de 1988, sobretudo aqueles dirigidos especialmente às crianças e aos adolescentes, nos artigos 226 e 227, alteraram

profundamente esse estado de coisas, na medida em que as crianças e os adolescentes efetivamente ascenderam à condição de *sujeitos de direito*.

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

“Em resumo, o direito brasileiro superou assim a visão tradicional do instituto da adoção, de negócio jurídico privado, de interesse prioritário dos pais adotivos, de continuação de sua família, seu nome, sua cultura (adoção clássica), para pensar o instituto da adoção como uma das soluções individuais para as dificuldades específicas daquele adotado em manter o vínculo com sua própria família ou, no caso da adoção internacional e subsidiária à nacional, dificuldades de encontrar uma família apropriada em seu próprio país. É a nova adoção, concentrada nos interesses e bem-estar da criança, visto sob o lado afetivo e econômico, em que a criança passa de passivo ‘objeto’ de decisão das autoridades competentes a sujeito de direitos protegíveis no novo processo de adoção.”<sup>156</sup>

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

---

<sup>156</sup> A subsidiariedade da adoção internacional: diálogo entre a Convenção de Haia de 1993, o ECA e o novo código civil brasileiro, p. 59.

#### 4.4.1 Do princípio constitucional do melhor interesse da criança

Conforme mencionado, o princípio do melhor interesse da criança<sup>157</sup> decorre do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e do artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças.

No plano infraconstitucional, esse princípio encontra ressonância na disciplina da adoção, como se vê do artigo 29 do ECA, que proíbe “a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”, e do artigo 43 do mesmo Estatuto, segundo o qual “A adoção apenas será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

O artigo 21 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança dispõe, ainda, que “Os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança”.

Como é possível perceber, mesmo as regras que pormenorizam o princípio do melhor interesse da criança na esfera ordinária contam com alto nível de indeterminação, pois

---

<sup>157</sup> É preciso fazer uma observação de ordem terminológica, uma vez que a referida Convenção refere-se a *interesse maior da criança*. Para tanto, uma vez mais nos reportamos à doutrina de Tânia da Silva Pereira, que, após fazer referência à opção terminológica adotada pela tradução oficial da Convenção para o português, observa: “Destaque-se, especialmente, o texto original em inglês ao declarar: “*In all actions considering children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interest of the child shall be a primary consideration*”.

Estamos, portanto, diante de dois conceitos diversos: a versão original vinculada a um conceito qualitativo – *the best interest* – e a versão brasileira dentro de um critério quantitativo – *melhor interesse* –, considerando-se o conteúdo da Convenção, assim como a orientação constitucional e infraconstitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro.

O Brasil incorporou, em caráter definitivo, o princípio do ‘melhor interesse da criança’ em seu sistema jurídico e, sobretudo, tem representado um norteador importante para a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância em nosso continente.” Op. cit., p. 32.

fazem referência a conceitos indeterminados (“incompatibilidade com a natureza da medida”, “ambiente familiar adequado”).

Essa opção do legislador é extremamente salutar, pois, diante da infinita variedade de elementos envolvidos em um pedido de adoção (é preciso analisar o perfil do adotando, do adotante, considerar os aspectos sociais e psicológicos de um e de outro, a história de vida do adotando etc.), seria impossível abarcar todas as situações por meio de fórmulas “prontas” e “acabadas”.

Em virtude de seu elevado grau de abstração, os princípios constitucionais incidem sobre um sem-número de situações, demandando do intérprete a busca de uma solução *fundamentada* a partir do fato e da norma incidente sobre cada caso concreto<sup>158</sup>.

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

---

<sup>158</sup> Reconhecendo a natureza principiológica da norma do *melhor interesse da criança*, confira-se a lição de Tânia da Silva Pereira: “As dificuldades que se apresentam no que concerne à interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente desafiam também o intérprete quanto ao princípio do *melhor interesse da criança*. Nessa hipótese não estamos diante de lacunas da lei, mas sim de um princípio, o qual aparece, com pequenas variáveis, em modelos jurídicos marcados por ideologias diversas. (...) Cabe sempre lembrar que o princípio do *melhor interesse da criança* consta de uma convenção ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90, sendo, portanto, um princípio em vigor no nosso sistema jurídico, através do artigo 5º, § 2º, da Constituição da República.” *O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática*, p. 222-223.

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

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

Atualmente, entretanto, se não restar evidenciado para o juiz da Vara da Infância e da Juventude que a adoção *intuitu personae* é vantajosa para o adotando, o pleito deve ser rejeitado, em nome do princípio do melhor interesse da criança, que paira soberano não apenas sobre o interesse do(s) adotante(s), mas de qualquer outra pessoa, inclusive do Estado, e até mesmo dos pais biológicos<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> Confira-se, nesse diapasão, o entendimento de Myriam Vasconcelos de Souza: “Desta forma, aqueles que buscam adotar uma criança previamente escolhida, contando com a anuência dos pais, correm o risco de verem rechaçada sua pretensão.

Incorporando o Estatuto da Criança e do Adolescente a doutrina sociojurídica da ‘proteção integral’ em substituição da ‘situação irregular’, coloca o direito de todas as crianças e adolescentes numa perspectiva condizente com suas características de pessoas em desenvolvimento. Esta proteção se dá mesmo contra a vontade dos próprios genitores que, não raro, são desprovidos de discernimento para a escolha da família substituta, entregando seus filhos a pessoas que não têm a mínima aptidão para acolher, educar e encaminhar o menor.

O legislador conferiu ao Juiz da Infância e da Juventude o poder de escolha da família substituta. Porém esse poder é, antes de mais nada, um dever: dever de decisão acerca do destino de crianças que, por

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

#### 4.4.2 Do princípio constitucional da convivência familiar

O princípio da convivência familiar<sup>160</sup> guarda íntima relação com a adoção, uma vez que esta constitui a principal das três espécies de colocação em família substituta contempladas no ECA, seguida da guarda e da tutela (art. 28<sup>161</sup>).

Como bem resume Tânia da Silva Pereira, “A adoção destaca-se entre as medidas de colocação familiar. Dentro de uma nova perspectiva, o instituto se constitui na busca de

---

incontáveis razões, não serão criadas por suas famílias naturais, como seria de direito. Se lhes é negado o direito fundamental à família natural, é dever do Magistrado a escolha de famílias substitutas que possam propiciar a estas crianças o desenvolvimento pleno de suas potencialidades.” *Adoção intuitu personae à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 152-153.

<sup>160</sup> “E nessa específica conformação do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes em face dos adultos repousa um dos pontos de esteio da chamada doutrina da *proteção integral*, na medida em que implica reconhecer uma parcela daquele conteúdo próprio das potencialidades da criança e do adolescente, em decorrência da particular condição de pessoa ainda em fase de desenvolvimento, e que, portanto, crianças e adolescentes são *sujeitos de direitos* e não meros *objetos de intervenção das relações jurídicas dos seres adultos*, porquanto titulares de direitos fundamentais especiais em relação aos adultos.” Nelson Nery Jr. e Martha de Toledo Machado, op. cit., p. 26-27.

<sup>161</sup> “Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.”

uma família para uma criança, abandonando a concepção tradicional, civil, em que prevalecia sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família”<sup>162</sup>.

Significa dizer que, diante da impossibilidade de convívio com a família natural – e somente nesta hipótese, é preciso sublinhar, já que a suspensão ou a destituição do poder familiar constitui medida de caráter excepcional –, cabe à sociedade e ao Estado buscar uma nova família (substituta) para a criança e o adolescente, de modo a assegurar-lhes o direito à convivência familiar (CF, art. 227, *caput*, e ECA, art. 4º, *caput*<sup>163</sup>, 16, V<sup>164</sup> e 19<sup>165</sup>).

---

<sup>162</sup> *Da adoção*, p. 126. Assim também Nelson Nery Jr. e Martha de Toledo Machado: “A Constituição de 1988, entretanto, operou mudança radical de perspectiva ao instituto ora examinado [adoção], na medida em que a compreensão da Lei Maior é de que os direitos e necessidades das crianças são preponderantes, são prioritários, porque elas são seres humanos mais vulneráveis e portadores de necessidades especiais, dada à peculiar condição de pessoas ainda em processo de desenvolvimento de suas potencialidades físicas, psíquicas e emocionais.

No nosso ordenamento, portanto, a adoção visa, quase que exclusivamente, atender ao interesse de convivência familiar da criança e do adolescente, visto na sua faceta substitutiva – e, portanto, excepcional – de convivência em algum núcleo familiar, quando se torna impossível o convívio com os pais biológicos.” *Op. cit.*, p. 32.

<sup>163</sup> “Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

<sup>164</sup> “Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: (...) V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminações”. José Afonso da Silva discorreu sobre a liberdade de participação da criança na vida familiar e comunitária, sem discriminações: “Essa liberdade se harmoniza com o direito de a criança e o adolescente serem criados e educados no seio da família natural e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (art. 19). Participar da vida familiar e comunitária é, assim, mais do que uma possibilidade que se reconhece à determinação livre da criança e do adolescente, porque é um direito subjetivo que requer prestações positivas e condições favoráveis e efetivas para o seu auferimento, sem distinção de qualquer natureza, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminações (CF, arts. 3º, IV; 5º, *caput*; e 227).” *Direitos humanos da criança*, p. 12.

<sup>165</sup> “Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família natural e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

Diante da comprovada ineficácia da institucionalização de crianças e adolescentes<sup>166</sup>, prática amplamente adotada no regime anterior<sup>167</sup>, a colocação em família substituta passou a ocupar a primeira posição na ordem de prioridades em face da impossibilidade de convivência com a família natural, obrigando a uma postura ativa não apenas do Estado, mas da sociedade em geral, no sentido de recolocar a criança em uma família substituta.

Em flagrante oposição ao modelo adotado sob a égide do Código de Menores, a institucionalização constitui hodiernamente a última alternativa para crianças e adolescentes em tais situações.

---

<sup>166</sup> Tânia da Silva Pereira discorre sobre o malefício da institucionalização: “Sabemos o malefício da institucionalização. O abrigo não pode ser depósito de crianças e adolescentes. Mesmo uma boa relação de ‘maternagem’ reflete, apenas, uma referência institucional, sem vínculos afetivos seguros. A falta de identificação com alguma pessoa de forma continuada e afetiva conduz ao desenvolvimento de um quadro identificado como “hospitalismo”, manifestado em crianças abrigadas em instituições, sem afastar a possibilidade de desenvolver um “quadro psicotizante” pela falta de uma segura referência materna e familiar.

Sônia Altoé demonstra os efeitos da institucionalização representando um “atendimento massificado não favorecendo o desenvolvimento mental da criança, a construção de sua identidade e a possibilidade de se constituir como sujeito”.

Da mesma forma F. Pilotti expressa a sua preocupação: “(...) a institucionalização acarreta mais danos que benefícios para a maioria das crianças internas devido ao predomínio das características negativas no ser humano: impossibilidade de interação com o mundo exterior e conseqüente limitação da convivência social; invariabilidade de ambiente físico, do grupo de parceiros e das autoridades; planejamento das atividades externas da criança, com ênfase na rotina e na ordem; vigilância contínua; ênfase na submissão, silêncio e falta de autonomia.”

F. Pilotti afirma, finalmente, que “o ato de institucionalização é em si mesmo uma forma de abuso infantil”. *Da adoção*, p. 136-137. Confirmam-se, no mesmo sentido, as palavras de Josiane Rose Petry Veronese: “Não restam dúvidas de que a criança não pode mais em vão esperar ser adotada. E muitas vezes espera-se dia após dia, mês após mês. É preciso que se consiga de alguma forma mobilizar mais a sociedade, pois nos deparamos com o seguinte quadro: os filhos das nossas misérias continuam sendo institucionalizados, ainda que sob o eufemismo de um abrigo, de uma *casa lar*. No entanto, por melhor que sejam estes ambientes, todos são artificiais. Não há a presença de uma mãe, um pai, de uma avó, enfim, de alguém que represente um ente de amor, momento após momento. Não bastam os cuidados que são ministrados nestes locais, e em muitos com grande responsabilidade, pois para a criança, não são suficientes as oito horas de trabalho do funcionário, ou as generosas horas de voluntários, o que a criança precisa são laços permanentes de afetividade, ainda que num ambiente simples, mas que lhe permita se desenvolver com respeito e dignidade.” *Filiação adotiva*, p. 633.

<sup>167</sup> “Não apenas no Brasil, mas também em diversos países da Europa e nos EUA, houve no passado o desenvolvimento de política pública direcionada para a *institucionalização* das crianças marginalizadas da fruição de riquezas socialmente construídas, sob a justificativa de que estariam mais bem assistidas nas casas de recolhimento do que no seio de suas famílias pobres, ou institucionalizadas em decorrência de *confusão conceitual* que levou, nas legislações *menoristas*, à *identificação jurídica* da criança *carente* com o adolescente autor de crime, criando-se a noção jurídica de infância desviante (ou, no nosso ordenamento anterior, *menor em situação irregular*), com todas as suas nefastas conseqüências.” Nelson Nery Jr. e Martha de Toledo Machado, op. cit., p. 23.

Segundo Nelson Nery Jr. e Martha de Toledo de Machado, a legislação em vigor traça com precisão uma “*escala de prioridades*” em relação ao Direito da Criança e do Adolescente:

“No ordenamento foi criada estrutura valorativa em forma de pirâmide, que vai da base ao topo numa linha de crescente *excepcionalidade*, na medida em que a pirâmide se afunila: quando se discute onde a criança deve crescer e ser criada, na base está a *família natural* (entidade formada pelos pais biológicos); no topo, o abrigo da criança em instituição de acolhimento.

Assim:

I – Porque a criança tem direito de crescer na convivência com seus pais naturais, a suspensão ou destituição do poder familiar ganhou contornos de excepcionalidade ainda mais severa do que aquela que já se sustentava tradicionalmente: apenas as violações severas dos deveres do poder familiar, que *inviabilizem o próprio desenvolvimento sadio da personalidade da criança*, é que autorizam sua retirada da casa da família natural.

(...)

II – Num segundo degrau dessa estrutura piramidal valorativa, quando não é possível a permanência com a *família natural* (porque ela falta ou os pais biológicos violam gravemente os deveres do poder familiar), o ordenamento prioriza a colocação em família substituta à *institucionalização*, como sucedâneo do direito de convivência com os pais naturais.

Mas quando se coloca a criança em família substituta, existe preferência pela família biológica ampliada, pelos parentes da criança (avós, tios etc.), como forma de manter os vínculos hereditários, afetivos e sociais que a criança já tem,

na expectativa de reduzir o trauma que a impossibilidade de convívio com os pais naturais sempre gera na criança e no adolescente (ECA 28, §2º.).

(...)

III – No terceiro degrau da escala de prioridades, situa-se a colocação da criança em família substituta não consangüínea, com quem não guarda qualquer grau de parentesco ou outro laço de afinidade.

(...)

IV – No patamar seguinte, em direção ao cume da pirâmide de excepcionalidade, está a colocação da criança em família substituta estrangeira, residente fora do país.

(...)

V – Por fim, no ápice da pirâmide valorativa de excepcionalidade, está a institucionalização da criança ou adolescente (CF 227 *caput* e § 3º. VI; ECA 101 par. ún.).”<sup>168</sup>

Diante da impossibilidade de convivência com a família natural, a criança e o adolescente devem ser direcionados prioritariamente para uma família substituta, o que pode ocorrer por meio dos três institutos previstos no ECA, quais sejam, adoção, guarda e tutela, sendo o primeiro, inegavelmente, aquele que ocupa posição de destaque, devido à sua capacidade de atender de forma mais ampla às necessidades das crianças e adolescentes, exatamente porque este é o único que garante a convivência familiar de modo definitivo.

---

<sup>168</sup> Op. cit., p. 27-31.

#### 4.5 A adoção à luz dos princípios constitucionais

Da notável evolução do instituto da adoção de crianças e adolescentes, que, de contrato, privado foi alçado a importante instrumento de efetivação dos princípios constitucionais específicos do Direito da Criança e do Adolescente, bem se nota que estes devem ser igualmente considerados no estudo da adoção por casais homoafetivos, conjuntamente com os princípios constitucionais gerais, em especial do princípio da isonomia, e dos princípios setoriais do Direito de Família<sup>169</sup>.

É fundamental a constatação de que os casais homoafetivos não podem ser alvo de discriminação, porque se trata de uma minoria ainda alvo de intenso preconceito, mas não é suficiente para esgotar o debate do tema do trabalho, posto que se apóia fundamentalmente na perspectiva do casal, que aqui ocupa o lugar dos adotantes.

De igual modo, a conclusão a que chegamos no capítulo anterior, no sentido de que as uniões homoafetivas constituem família e, como tal, devem ser reconhecidas e protegidas pelo Estado, nos termos do art. 226, *caput*, da Constituição Federal, também é de extrema relevância, mas ainda não permite concluir que a adoção por pares homoafetivos encontra pleno respaldo na Constituição Federal.

É que ambas as abordagens acima mencionadas adotam como perspectiva os interesses dos adotantes, ou seja, do casal homoafetivo, configuram etapas essenciais para o deslinde da questão, mas não são conclusivas. Para esgotar o tema da presente dissertação, é preciso, além disso, investigar se a adoção por casais homoafetivos se

---

<sup>169</sup> Observe-se, contudo, que os autores citados acima entendem que o princípio da proteção da criança e do adolescente integra o rol dos princípios constitucionais do Direito de Família (ver páginas 78 e ss.).

encontra em harmonia com os princípios constitucionais específicos do Direito da Criança e do Adolescente, abordagem esta que, diferentemente das anteriores, deve ser realizada sob o prisma do (melhor) interesse da criança e do adolescente, ou seja, sob o enfoque do adotado.

Portanto, ao adentrarmos no capítulo seguinte, que trata propriamente da adoção por casais homoafetivos, tema central da presente dissertação, é preciso ter em mente a principiologia constitucional específica aplicável ao ramo do Direito voltado para a proteção da criança e do adolescente, sob pena de retrocedermos ao período anterior à Constituição de 1988, quando a adoção era concebida sob o prisma eminentemente contratualista.

Em outras palavras, estudar a adoção por casais homoafetivos unicamente pela ótica do adotante significaria ignorar os princípios constitucionais setoriais que protegem as crianças e os adolescentes no Brasil, distanciando-se, também, de um dos princípios norteadores da interpretação constitucional: o princípio da unidade da Constituição<sup>170</sup>.

Para completar o estudo sobre a adoção por casais homoafetivos, é preciso agregar aos bens e valores refletidos nos princípios estudados nos capítulos precedentes, aos valores

---

<sup>170</sup> Vale trazer à colação as palavras de Luís Roberto Barroso, sobre o princípio da unidade da Constituição, a partir da experiência do constitucionalismo alemão: “O princípio da unidade da Constituição tem amplo curso na doutrina e na jurisprudência alemãs. Em julgado que Klaus Stern refere como primeira grande decisão do Tribunal Constitucional Federal, lavrou aquela Corte que ‘uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna’. Invocando tal acórdão, Konrad Hesse assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. E acrescenta: ‘Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais.’ *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 197.

traduzidos nos princípios da proteção integral, do melhor interesse da criança e do adolescente, e da convivência familiar. Somente depois disso será possível tomar posição acerca do tema.

## 5 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

### 5.1 Delimitação do tema

Chegamos, finalmente, ao ponto crucial do presente estudo, que tanta polêmica tem gerado não só no Brasil, pois em diversos países encontra-se acirrada a discussão acerca do direito à adoção por casais homoafetivos<sup>171</sup>.

Como visto nos capítulos precedentes, os princípios constitucionais da igualdade e aqueles afetos ao Direito de Família permitem atribuir aos pares homoafetivos status de família, merecendo igual reconhecimento e proteção do Estado, nos termos do art. 216, *caput*, da Constituição Federal. Inexiste, pois, justificativa lógica capaz de autorizar seja dispensado aos casais homoafetivos tratamento diferenciado em relação às espécies familiares contempladas expressamente no texto constitucional, oriundas do casamento, da união estável entre homem e mulher, e da convivência de qualquer dos pais e seus filhos, a chamada família monoparental.

Sendo a família oriunda da união homoafetiva constituída dos mesmos elementos conformadores do modelo familiar adotado pela maioria – com destaque para o afeto –, não é possível discriminá-las tão-somente em virtude da orientação sexual de seus membros. Assim, nenhum homossexual, individualmente considerado, tampouco a

---

<sup>171</sup> “Adoption by gay men and lesbians involves difficult issues. By being denied the opportunity to adopt children, are gay men and lesbians deprived of equal protection of the law? Are the adoptive children hurt because they are not entitled to certain rights and benefits that would otherwise be available if they were legally recognized as dependents of the petitioners? In the future, courts may be able to provide solutions to these questions; however, in some jurisdictions, prospective gay and lesbian adoptive parents may have to wait for legislature responses to overcome the legal obstacles they may encounter in adopting children.” Legal issues, p. 18.

família por ele integrada, pode sofrer tratamento distinto unicamente em virtude de seu desejo manifesto por pessoas do mesmo sexo.

Considerando-se, no entanto, que a questão sob estudo envolve diretamente crianças e adolescentes, é preciso cotejar esses princípios com a principiologia constitucional relacionada ao Direito da Criança e do Adolescente, com especial destaque para os princípios da proteção integral, do melhor interesse da criança e da convivência familiar.

O ponto de tensão pode ser resumido na seguinte indagação: a criação de crianças e adolescentes por casais homoafetivos é prejudicial ao seu desenvolvimento?

Para responder a essa pergunta é preciso avançar além das fronteiras do Direito, para averiguar em outros ramos do conhecimento, especialmente na Psicologia, se as condições propiciadas aos filhos de pares homoafetivos são condizentes com a proteção especial assegurada às crianças e aos adolescentes.

Em caso negativo, ainda que até aqui a análise dos princípios constitucionais aplicados à espécie tenha sido favorável aos casais homoafetivos, reconhecendo-lhes o caráter familiar de suas relações afetivas, de modo equânime em relação às famílias heterossexuais, seremos obrigados a concluir pela inconstitucionalidade da adoção em tais casos. Por outro lado, inexistindo demonstração científica de que o exercício da parentalidade por pares homoafetivos compromete o sadio desenvolvimento de crianças e adolescentes, então será forçoso reconhecer que a Constituição Federal, por força de seus princípios, lhes confere o direito à adoção.

Inicialmente, abordaremos no presente capítulo o tema da homoafetividade, buscando mais afastar o preconceito que remanesce em torno das pessoas que manifestam seu desejo sexual por pessoas do mesmo sexo do que lhe explicar as causas. Em seguida, discorreremos sobre o estágio atual do reconhecimento jurídico da homossexualidade na esfera dos três Poderes da República. Por fim, faremos uma breve incursão na Psicologia, para verificar se, comprovadamente, há objeções científicas ao exercício da parentalidade por pares homoafetivos.

## 5.2 A homoafetividade e o preconceito

Se na Antiguidade a homoafetividade era aceita pela sociedade<sup>172</sup>, especialmente a partir da Idade Média passou a ser severamente repudiada, havendo inclusive punição que poderia significar a perda da própria vida.

Posteriormente, a medicina, contaminada pela moral cristã, passou a considerá-la como uma doença, não apenas em si mesma<sup>173</sup>, mas também como causa de outras

---

<sup>172</sup> Humberto Rodrigues anota que as relações homossexuais aceitas na Grécia eram apenas aquelas mantidas entre homens adultos, na posição ativa, e meninos acima de dezoito anos na condição de passivos. O homem adulto que participasse passivamente de um ato homossexual com outro homem livre seria moralmente condenado pela sociedade da época. Em Roma importava menos o sexo do parceiro sexual do que a posição assumida pelo indivíduo: “Para o cidadão romano o sexo de seu parceiro importava muito pouco; era apenas o resultado de uma predileção pessoal ou de uma oportunidade. E oportunidades não faltavam. Para o cidadão romano ser digno era preciso ser ativo; não passivo; receber prazer, não dar; dominar, não ser dominado; ser viril, não efeminado. O maior insulto era zombar de sua virilidade.” (*O amor entre iguais*, p. 43)

<sup>173</sup> “Mas como é que os médicos do século XIX caracterizaram os homossexuais? Para Krafft-Ebing, o homossexualismo era ou uma patologia congênita ou uma mera perversão quando praticado por pessoas não uranistas. Este médico austríaco, que foi um dos pioneiros do estudo da homossexualidade e que influenciou a medicina definitivamente, coletou milhares de ‘confissões’ dos seus pacientes e as publicou no seu livro *Psicopatia Sexualis*. Chegou à conclusão de que os uranistas sofrem de uma mancha psicopática, que mostram sinais de degenerescência anatômicos, que sofrem de histeria, neurastenia e epilepsia. Acrescenta ainda que ‘na maioria dos casos, anomalias psíquica (disposição brilhante para a arte, especialmente música, poesia, etc., ao lado de poderes intelectuais maléficos ou excentricidade

enfermidades, tais como esquizofrenia, sadismo etc.<sup>174</sup>. Essa visão compelia os homossexuais a um duplo sofrimento, pois não apenas eram considerados *doentes*, como também eram submetidos a toda sorte de tratamentos, como, por exemplo, castração, choques convulsivos, tratamentos hormonais e lobotomias pré-frontais, algumas vezes causando até a morte<sup>175</sup>.

Desde a década de 1980, estudiosos das mais diversas áreas do conhecimento passaram a se dedicar ao tema da homoafetividade. A abordagem que mais se destaca é aquela que procura atribuir-lhe uma causa, ou seja, explicar as razões que levam um indivíduo a dirigir seu desejo a outra pessoa do mesmo sexo. Todavia, por mais objetividade que esse interesse aparente, implicitamente parte da idéia de que a homoafetividade constitui uma anormalidade (que se contrapõe à heterossexualidade), que precisa de explicação<sup>176</sup>.

---

original) são presentes e podem se estender a condições salientes de degeneração mental (imbecilidade, loucura moral).” *O que é homossexualidade*, p. 64.

<sup>174</sup> Op. cit., p. 65.

<sup>175</sup> Op. cit., p. 66. Para um apanhado geral acerca da homossexualidade como problema psíquico, passível de tratamento, inclusive na década de 1980, ver Roberto Barbarena Graña, *É a homossexualidade um problema “clínico”?*. Graña traz inclusive a evolução do pensamento de Freud sobre a homossexualidade, que culmina com a famosa resposta a carta de uma mãe de um homossexual americano, escrita em 1935: “Entendi, pela sua carta, que seu filho é homossexual. Estou muito impressionado pelo fato da senhora não mencionar esse termo nas informações sobre ele. Posso perguntar-lhe por que o evita? A homossexualidade não traz com certeza qualquer benefício, mas não é nada que deva ser classificado como doença; consideramos que seja uma variação do desenvolvimento sexual”.

<sup>176</sup> Luiz Alberto David Araujo, com apoio na doutrina de Jurandir Freire Costa, após traçar a evolução histórica do conceito de sexualidade, critica a visão da sexualidade a partir da “normalidade” da condição do heterossexual: “Essa imagem surgiu baseada na dualidade histórico-cultural que o homem viveu através dos tempos. A necessidade de certezas, respostas, referenciais bem estabelecidos parece fazer parte do contexto humano. Os caminhos que levam um indivíduo a ser heterossexual, homossexual, bissexual ou transexual são muitos, e a falta de explicações claras leva a sociedade a uma atitude reducionista e eliminativista. A existência de sujeitos que não se ‘encaixam’ em papéis claros e preestabelecidos promove a instabilidade social, ou seja, os indivíduos não heterossexuais passam a representar o ‘ser diferente’, e essa sensação mexe em núcleos profundos de sua personalidade; a tendência será recalcar esse sentimento para que o outro surja: o de hostilidade. O sentimento de hostilidade tem como simbólico a negação da realidade e a impossibilidade de entrar em contato com desejos e fantasias, que acabam sendo projetados nos indivíduos não heterossexuais. O direito de amar e ser amado parece estar baseado num código moral, impossibilitando outros de exercer plenamente esse sentimento inerente ao ser humano.” *A proteção constitucional do transexual*, p. 54-55.

Sustentando uma visão historicista, Peter Fry e Edward MacRae defendem que não há uma verdade absoluta sobre o que é homoafetividade, pois as explicações variam de acordo com os contextos histórico-culturais em que se inserem aqueles que se propõem a explicá-la<sup>177</sup>.

Do conhecimento acumulado pela ciência até o presente momento histórico, contudo, alguns pontos estão fora de dúvida. Independentemente de qual seja a *causa* da homoafetividade, a orientação sexual não importa em um ato de vontade, ou seja, os indivíduos não têm o condão de *escolher* sua orientação sexual, pois esta lhes é inerente<sup>178</sup>. Em segundo lugar, a homoafetividade não constitui doença; trata-se apenas de um aspecto da individualidade do ser humano (a sexualidade), não trazendo consequências em outros planos da existência.

No Brasil, desde 1985 o homossexualismo deixou de ser considerado doença pelo Conselho Federal de Medicina e, no âmbito internacional, em 1993 foi excluído da lista de doenças da Organização Mundial de Saúde – OMS.

---

<sup>177</sup> “Como saber o que é a *homossexualidade* quando nesta sociedade brasileira existem tantas opiniões contraditórias e mal-encontradas a respeito do assunto? Aonde começar? Em quem acreditar?

Em vez de tentar responder diretamente a esta pergunta, que implicaria ser este livro simplesmente mais uma receita que pretendesse ser um prato com paladar melhor que os outros, iremos numa outra direção. Partiremos do pressuposto de que não há nenhuma verdade absoluta sobre o que é a homossexualidade e que as idéias e práticas a ele associadas são produzidas *historicamente* no interior das sociedades concretas e que são intimamente relacionadas com o todo destas sociedades.

Assim, queremos arrancar a homossexualidade do campo da psicologia e da medicina, que têm se apropriado do assunto crescentemente desde os meados do século XIX, para colocá-la no campo do estudo da cultura e da política no seu sentido mais amplo.” *O que é homossexualidade*, p. 9-10.

<sup>178</sup> Prova disso é que, como visto acima, os mais diversos “tratamentos” a que foram impingidos os homossexuais no passado revelaram-se absolutamente ineficazes, resultando apenas em sérios prejuízos físicos e psíquicos às suas vítimas. Ainda sobre a inexistência de ato de vontade acerca da definição da orientação sexual, confirmam-se as palavras de Peter Fry e Edward MacRae: “A literatura mais crítica de defesa militante do homo erotismo não fala em escolha. Quem quer escolher uma sexualidade que leva à discriminação? Jeffrey Weeks, um autor inglês militante do homoerotismo, contesta a idéia de escolha dizendo que ela é idealista e voluntarista; a gente não escolhe nem mesmo se vai se apaixonar ou não, quanto mais a forma. O que se pode dizer é que existem preferências, inclinações, e que a história de vida dos sujeitos acaba levando-os a isto. O heterossexual também não escolhe ser hetero, embora esta seja uma sexualidade bem mais cômoda, mais adaptada.” *Politicamente correto*.

Muito embora tenham se passado quase duas décadas desde que a ciência eliminou a concepção de homoafetividade como doença, e a moral cristã já não seja soberana, inexistindo, portanto, qualquer justificativa racional para que seja dispensado tratamento diferenciado àqueles que têm preferência sexual por pessoas do mesmo sexo, o nível de preconceito no país ainda é alarmante<sup>179</sup>.

A razão disso é que essas visões negativas remanescem na esfera do senso comum, assim entendido, na lição de Marilena Chaui, como “um conjunto de crenças, valores, saberes e atitudes que julgamos naturais porque, transmitidos de geração a geração, sem questionamentos, nos dizem como são e o que valem as coisas e os seres humanos, como devemos avaliá-los e julgá-los”<sup>180</sup>.

E é justamente a cristalização do senso comum que dá origem ao preconceito, uma idéia preconcebida, que precede a reflexão crítica, contrapondo-se à idéia de *conceito*:

“(...) o preconceito é aquilo que se forma como conclusão da experiência direta e imediata que nós temos das coisas, o conceito é a idéia que se forma, a partir do momento em que nós questionamos as coisas, em que nós estabelecemos critérios para fazer perguntas, critérios para fazer as respostas, formas de conferir as respostas que foram oferecidas. O preconceito é portanto algo que não inclui o trabalho do pensamento. O pensamento simplesmente organiza, reúne, sintetiza os dados imediatos da experiência. O conceito é um trabalho intelectual, é um trabalho de pensamento. Ele é um trabalho que visa chegar a uma verdade. O preconceito parte da idéia de que ele é verdadeiro. Aqui é o

---

<sup>179</sup> Ver nota 42.

<sup>180</sup> Senso comum e transparência, p. 116.

contrário, é porque se procura a verdade, é necessário todo um caminho de interrogações e de critérios de pensamento para chegar a um conceito. Então não são a mesma coisa.”<sup>181</sup>

Aliás, como adverte o psicanalista Jurandir Freire Costa<sup>182</sup>, o preconceito é inerente à palavra *homossexualismo*. Para mudar esse estigma, retirando a carga negativa que repousa sobre essa expressão, propõe sua substituição por *homoerotismo*, “termo que indica que existe, no repertório da sexualidade humana, a possibilidade de pessoas do mesmo sexo se sentirem atraídas sem que isso implique doença, anormalidade ou perversão”<sup>183</sup>.

Em face desse quadro, que em nenhuma medida permite qualificar a homoafetividade como algo negativo, como um *mal* contagioso, já não haveria razão para recusar aos casais homoafetivos o direito à adoção de crianças e adolescentes.

Considerando-se, entretanto, que é elevado o grau de preconceito que ainda paira sobre a homoafetividade e, ainda, que o modelo familiar heterossexual é o mais conhecido das ciências humanas, e sobre o qual até muito recentemente se encontrava alicerçada

---

<sup>181</sup> Op. cit., p. 129.

<sup>182</sup> “Homossexualismo é uma palavra que sublinha a imagem de relação sexual ‘normal’ vs. ‘anormal’, criada no século 19 com o interesse de afirmar um modo de vida burguês centrado na idéia de família, na idéia de que o homem deveria viver exclusivamente para a esfera privada e ser pai de família, deixando a vida pública para os técnicos, os competentes. O mesmo valia para a mulher, que deveria aprender, sobretudo e principalmente, a só saber e a só querer ser mãe. Além disso, a sacralização desse comportamento pressupunha o desempenho sexual heteroerótico, e pretendia afirmar dois valores: primeiro, a superioridade das classes burguesas sobre as classes populares, associando a essas últimas as formas de sexualidade tidas como ‘inferiores’ ou ‘promíscuas’, em relação à sexualidade enquadrada na formação familiar – casamento e filhos. Em segundo lugar, essa valorização procurava diferenciar o europeu branco colonizador das práticas dos colonizados, considerados racial e culturalmente inferiores. Todo o debate médico e higiênico sobre o homossexualismo no século 19 tinha como argumento básico a idéia de que o instinto sexual humano evolui, de tal modo que sua perfeição é encontrada no comportamento burguês e familiar, e todas as outras variações são consideradas desvios e ilustradas pela conduta sexual da plebe ou das “raças inferiores”. Isso se encontra em qualquer manual de sexologia do século passado.” *Politicamente correto*.

<sup>183</sup> *Politicamente correto*.

grande parte das teorias psicológicas infantis, como exposto por Eduardo Oliveira Leite, impõe-se o aprofundamento do estudo, além das fronteiras do Direito, de modo a eliminar qualquer sombra de dúvida sobre a questão.

Lembramos, uma vez mais, que o princípio constitucional (geral) da igualdade deve ser conjugado com os princípios constitucionais (específicos) que incidem sobre o ramo do Direito que tutela a criança e do adolescente.

Antes de adentrarmos no campo da Psicologia, porém, faremos uma breve explanação sobre a condição atual dos homossexuais, especialmente das uniões homoafetivas, no contexto jurídico nacional.

### 5.3 A homoafetividade no Brasil

Apesar de a Constituição Federal de 1988 consagrar o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), proibindo expressamente qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV), donde se inclui a que tem por base a discriminação por orientação sexual<sup>184</sup>, assegurando, assim, a plena liberdade dos indivíduos no campo da sexualidade<sup>185</sup>, o movimento dos

---

<sup>184</sup> Nesse sentido a lição de José Afonso da Silva: “A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de *orientação sexual*, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos.” *Curso de direito constitucional positivo*, p. 224.

<sup>185</sup> “Principiando desse modo, pode ser localizada, a partir do texto constitucional brasileiro que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º da Constituição Federal de 1988), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (artigo 5º, inciso X), a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.

homossexuais ainda tem um longo caminho a percorrer no Brasil, com vistas a reduzir o estigma e o preconceito.

Basta dizer que, conforme já salientamos em capítulo precedente, com base em uma interpretação meramente literal do artigo 226 da Constituição Federal, parcela significativa da doutrina especializada ainda não reconhece a união homoafetiva como entidade familiar<sup>186</sup>.

Ademais, como a legislação ordinária, incluindo o recente Código Civil, não ousaram regular expressamente a matéria<sup>187</sup>, conferindo às uniões homoafetivas os mesmos

---

Assim, como direito fundamental, surge como um prolongamento de direitos da personalidade imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária. O direito personalíssimo à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado.” (Luiz Edson Fachin, *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, p. 121)

<sup>186</sup> Esse entendimento restritivo da Constituição Federal é esposado por Maria Alice Zaratini Lotufo: “Não se pode fazer uma interpretação extensiva, ao arrepio da Constituição Federal e do Código Civil, estendendo certos direitos conferidos somente aos casados e aos companheiros às uniões entre pessoas do mesmo sexo, hoje, também denominadas uniões homoafetivas. Na verdade, embora se possa reconhecer a existência de afetividade entre aquelas pessoas e dignidade em seus relacionamentos, esse reconhecimento não é suficiente para considerá-las entidades familiares perante o direito positivo brasileiro e aplicar-lhe a mesma disciplina.” *Jornal do Advogado*, Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo e da CAASP, n. 297, ano XXXI, agosto de 2005, p. 11. Vale citar, também, o entendimento de Rainer Czajkowski: “Por mais estável que seja, a união sexual entre pessoas do mesmo sexo – que morem juntas ou não – jamais se caracteriza como uma entidade familiar. A não configuração de família, nestes casos, é resultante não de uma análise sobre a realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas sim da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo não formam um núcleo de procriação humana e de educação de futuros cidadãos. A união entre um homem e uma mulher pode ser, pelo menos potencialmente, uma família, porque o homem assume o papel de pai e a mulher o de mãe, em face dos filhos. Parceiros do mesmo sexo, dois homens e duas mulheres, jamais oferecem esta conjugação de pai e mãe, em toda a complexidade psicológica que tais papéis envolvem.” (Reflexos jurídicos das uniões homossexuais, p. 98). Compartilham desse entendimento Álvaro Villaça Azevedo (União entre pessoas do mesmo sexo, p. 147), Miguel Reale (*Estudos preliminares do Código Civil*, p. 71-72), Eduardo de Oliveira Leite (*Direito civil aplicado*, vol. 5, p. 25),.

<sup>187</sup> Sobre a inexistência de regulamentação da matéria pelo Código Civil de 2002, Maria Berenice Dias assevera: “As legislações do mundo inteiro vêm regulamentando a união de pessoas do mesmo sexo. A própria jurisprudência brasileira já reconhece sua existência, ora a identificando como sociedade de fato, ora como união estável.

Assim, é de todo descabido haver o novo Código Civil silenciado sobre os vínculos que não se definem pela diferença do sexo do par. Mesmo para quem vê óbice constitucional para reconhecer tais uniões como entidade familiar, é imperioso emprestar-lhes juridicidade. Como há mais de cinco anos tramita na Câmara Federal projeto de lei que busca inserir no âmbito jurídico a chamada ‘parceria civil registrada’, não se justifica sua exclusão do estatuto codificado recém aprovado.” *Conversando sobre homoafetividade*, p. 65.

efeitos reconhecidos às uniões heterossexuais<sup>188</sup>, para obter a efetiva aplicação do princípio da isonomia os parceiros homoafetivos são obrigados a apelar ao Poder Judiciário<sup>189</sup>.

### 5.3.1 O Poder Judiciário

Na esfera jurisdicional, destacam-se as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, reconhecendo o caráter familiar das uniões homoafetivas, têm-lhes assegurado os mesmos efeitos consagrados expressamente pela lei ordinária às uniões estáveis heterossexuais. Ou seja, o Tribunal de Justiça desse Estado já conta com jurisprudência consolidada reconhecendo a aplicação dos institutos de Direito de Família e das Sucessões às relações homoafetivas, demonstrando, a nosso ver, absoluta fidelidade com os princípios constitucionais encampados pelo constituinte de 1988.

Somente a título ilustrativo<sup>190</sup>, a Corte Estadual de Justiça do Rio Grande do Sul vem afirmando a competência das varas de família para apreciar os conflitos oriundos de

---

<sup>188</sup> Sobre o casamento dispôs o artigo 1.514, do Código Civil: “Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Sem prejuízo de uma interpretação teleológica da lei, à luz da Constituição Federal, a união estável também foi submetida à igual restrição: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

<sup>189</sup> Maria Berenice Dias, que reuniu e comentou decisões pioneiras do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais, assim se manifesta sobre o papel do Poder Judiciário nessa questão: “A postura da jurisprudência, juridicizando e inserindo no âmbito do Direito de Família as relações homoafetivas, como entidades familiares, é um marco significativo. Inúmeras outras decisões despontam no panorama nacional a mostrar a necessidade de se cristalizar uma orientação que acabe por motivar o legislador a regulamentar situações que não mais podem ficar à margem da justiça. Consagrar os direitos em regras legais talvez seja a maneira mais eficaz de romper tabus e derrubar preconceitos. Mas, enquanto a lei não vem, é o Judiciário que necessita suprir a lacuna legislativa, mas não por meio de julgamentos permeados de preconceitos ou restrições morais de ordem pessoal.” *Homoafetividade: o que diz a Justiça!: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais*, p. 19.

relações homoafetivas<sup>191</sup> e conferindo direitos sucessórios aos companheiros homossexuais<sup>192</sup> e direitos patrimoniais no momento da dissolução da união, independentemente de prova de contribuição efetiva dos conviventes<sup>193</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, muito embora já tenha rechaçado a discriminação em razão de orientação sexual<sup>194</sup>, não reconhece a natureza *familiar* das

---

<sup>190</sup> Para um panorama mais abrangente da jurisprudência acerca da união homoafetiva, ver Maria Berenice Dias, *União homossexual: o preconceito & a Justiça*, p. 133-151.

<sup>191</sup> “RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido.” (Agravo de Instrumento 599075496, Relator Desembargador Breno Moreira Mussi, 8ª Câmara Cível do TJRS, j. 17/06/99, in *União homossexual: o preconceito & a Justiça*, Maria Berenice Dias, p. 134)

<sup>192</sup> “UNIÃO HOMOAFETIVA . UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. Inquestionada a existência do vínculo afetivo por cerca de 10 anos, atendendo a todas as características de urna união estável, imperativo que se reconheça sua existência, independente de os parceiros serem pessoas do mesmo sexo. Precedentes jurisprudenciais. POR MAIORIA, DESACOLHERAM OS EMBARGOS DA SUCESSÃO E ACOLHERAM OS EMBARGOS DE T.M.S.” (Embargos Infringentes 70006984348, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, j. 14/11/03, in RJTJRS 232/139)

<sup>193</sup> “RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. Mantém-se o reconhecimento proferido na sentença da união estável entre as partes, homossexuais, se extrai da prova contida nos autos, forma cristalina, que entre as litigantes existiu por quase dez anos forte relação de afeto com sentimentos e envolvimento emocionais, numa convivência *more uxoria*, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência econômica, sendo a partilha dos bens mera consequência. Exclui-se da partilha, contudo, os valores provenientes do FGTS da ré utilizados para a compra do imóvel, vez que ‘frutos civis’, e, portanto, incommunicáveis. Precedentes. Preliminar de não conhecimento do apelo rejeitada. Apelação parcialmente provida, por maioria.” (Apelação Cível 70007243140, Relator Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, 8ª Câmara Cível do TJRS, j. 06/11/03). “APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. Embora reconhecida na parte dispositiva da sentença a existência de sociedade de fato, os elementos probatórios dos autos indicam a existência de união estável. PARTILHA. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Caracterizada a união estável, impõe-se a partilha igualitária dos bens adquiridos na constância da união, prescindindo da demonstração de colaboração efetiva de um dos conviventes, somente exigidos nas hipóteses de sociedade de fato. NEGARAM PROVIMENTO.” (Apelação Cível 70006542377, Relator Desembargador Rui Portanova, 8ª Câmara Cível do TJRS, j. 11/09/2003). “RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.” (Apelação Cível 70005488812, Relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, 7ª Câmara Cível do TJRS, j. 25/06/03)

uniões homoafetivas, como se vê de decisões proferidas em casos de dissolução de tais uniões e de pedido de herança formulado por parceiro homossexual. A Corte responsável pela última palavra na interpretação da legislação federal ainda prefere recorrer à fórmula empregada no passado às contendas que envolviam relações concubinárias (e hoje tão criticadas), lançando mão da analogia à sociedade de fato do Direito Comercial<sup>195</sup> para distribuir os bens havidos por casais homoafetivos.

Tal como ocorreu com as mulheres, que levaram décadas para alcançar a efetiva igualdade em relação aos homens, tudo indica que os pares homoafetivos também terão de percorrer uma verdadeira via-crúcis para alcançar a efetiva igualdade em relação aos casais heterossexuais.

---

<sup>194</sup> “RESP – PROCESSO PENAL – TESTEMUNHA – HOMOSSEXUAL – A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida de distinção social. Os romanos distinguiam-se entre patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor de engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merece o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose da Costa Rica.” (Recurso Especial nº 154.857-DF, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, j. 26/05/1998).

<sup>195</sup> Nesse diapasão, confira-se ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA.

1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre *homossexuais* juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações.

2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele *munus*, sem questionamento por parte dos familiares.

3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família.

4. Recurso especial não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma o Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator.” (Recurso Especial 502.995-RN, Relator Ministro Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 26/04/2005). Confira-se, ainda, o Recurso Especial 323.370-RS, Relator Ministro Barros Monteiro, 4ª Turma, j. 14/12/2004, v.u.; e o Recurso Especial nº 148.897-MG, Relator Ministro Barros Monteiro, 4ª Turma, j. 10/02/1998.

### 5.3.2 O Poder Executivo

A Administração Pública tem sido tímida no reconhecimento da homoafetividade, valendo salientar que boa parte de suas ações têm sido praticadas em cumprimento de decisões emanadas do Judiciário.

Fruto de decisão liminar que concedera a antecipação da tutela de mérito, proferida em Ação Civil Pública interposta pela Procuradoria da República do Rio Grande do Sul em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), este órgão editou, em 7/6/2000, a Instrução Normativa nº 25/2000, regulamentando a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual<sup>196</sup>.

Também por força de decisão judicial, dessa vez de iniciativa da Procuradoria da República de São Paulo, em 21/6/2004, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) editou a Circular nº 257, disciplinando o direito de o companheiro ou a companheira homossexual receber indenização em caso de morte do outro, “na condição de dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais,

---

<sup>196</sup> O INSS interpôs agravo de instrumento da decisão concessiva da liminar, ao qual foi negado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão assim ementado: “CONSTITUCIONAL – PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. – NORMAS CONSTITUCIONAIS. CF, ART. 226, § 3º - INTEGRAÇÃO. – HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS HOMOSSEXUAIS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMPLITUDE DA LIMINAR. ABRANGÊNCIA NACIONAL. LEI Nº 7.347/85, ART. 16, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.494/97.

1 – As normas constitucionais, soberanas embora na hierarquia, são sujeitas à interpretação. Afasta-se a alegação de que a espécie cuida de inconstitucionalidade de lei; o que ora se trata é de inconstitucionalidade na aplicação da lei; o que se cuida não é de eliminar por perversa a disposição legal; sim, de ampliar seu uso, por integração.

2 – É possível a abrangência de dependente do mesmo sexo no conceito de *companheiro* previsto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, frente à Previdência Social, para que o homossexual que comprovadamente vive em dependência de outro não fique relegado à miséria após a morte de quem lhe provia os meios de sobrevivência..” (Agravo de instrumento nº 2000.04.01.044144-0/RS, 6ª Turma, Relator Desembargador Luis Carlos de Castro Lugon, DJU de 26/07/00). Para mais detalhes consultar *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*, p. 109-158.

como beneficiários do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre, ou por sua Carga, a pessoas Transportadas ou não – Seguro DPVAT”.

Motivado por requerimento da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região recentemente editou a Portaria GP nº 23/2006, de 26/7/2006, ampliando o conceito de companheiro para efeito de inclusão de dependente em plano de saúde coletivo contratado pelo Tribunal, que passou a incluir parceiros de uniões homoafetivas<sup>197</sup>.

### 5.3.3 O Poder Legislativo

No campo legislativo, ao menos duas Constituições estaduais – de Mato Grosso<sup>198</sup> e de Sergipe<sup>199</sup> – e a legislação ordinária de alguns Estados e Municípios contemplam

---

<sup>197</sup> A norma original restringia o benefício às uniões estáveis heterossexuais. Se não veja-se: “Art. 3º - Considera-se companheiro a pessoa que mantém união estável com o titular, entendida como tal a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família, nos termos que dispõe o art. 1723 do Código Civil Brasileiro e o art. 1º da Lei 9278, de 10 de maio de 1996.” (Portaria GP nº 20/05). A nova redação equiparou às uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, *in verbis*: “Art. 3º. Considera-se companheiro a pessoa que mantém união estável com o titular, entendida como tal a convivência pública, contínua, duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família”.

<sup>198</sup> “Art. 10 - O Estado de Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade de todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, mencionados na Constituição Federal, assim como qualquer outro decorrente do regime e dos princípios que ela adota, bem como daqueles constantes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos seguintes:  
(...)

III - a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição;”.

<sup>199</sup> “Art. 3º. O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:  
(...)

dispositivos que corroboram o princípio constitucional da igualdade e coíbem expressamente a discriminação por orientação sexual<sup>200</sup>.

Na esfera do Direito Civil, como já exposto, o tema remanesce no campo das discussões legislativas, merecendo relevo o Projeto de Lei nº 1.151/95<sup>201</sup>, de autoria da então deputada federal Marta Suplicy, cujo trâmite não apresenta novidades desde 10 de dezembro de 1996, data em que Comissão Especial instituída na Câmara dos Deputados<sup>202</sup> aprovou o parecer do seu relator, o então deputado Roberto Jefferson.

Nem mesmo o aludido projeto, contudo, teria o condão de conferir, de forma expressa, a igualdade preconizada constitucionalmente à minoria homoafetiva, uma vez que a

---

II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político-ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei;”.

<sup>200</sup> Veja-se, por exemplo, a Lei nº 3.406/00, do Estado do Rio de Janeiro, que “estabelece penalidades aos estabelecimentos que discriminem pessoas em virtude de sua orientação sexual, e dá outras providências”, e a Lei nº 11.872/02, do Estado do Rio Grande do Sul, que “dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências”, cujo artigo 1º assim estabelece: “Art. 1º - O Estado do Rio Grande do Sul, por sua administração direta e indireta, reconhece o respeito à igual dignidade da pessoa humana de todos os seus cidadãos, devendo, para tanto, promover sua integração e reprimir os atos atentatórios a esta dignidade, especialmente toda forma de discriminação fundada na orientação, práticas, manifestação, identidade, preferências sexuais, exercidas dentro dos limites da liberdade de cada um e sem prejuízos a terceiros”. Além desses do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, também contam com legislação semelhante os Estados de Minas Gerais, São Paulo e Santa Catarina, além do Distrito Federal. Entre os municípios brasileiros, mais de 70 (setenta) já promulgaram legislação nesse sentido. Fonte <http://www.abglt.org.br/port/relleismun.htm> Acesso em 10/7/2005.

<sup>201</sup> Cumpre esclarecer, no entanto, que há outros projetos em tramitação no Congresso Nacional, como informa Maria Berenice Dias: “Felizmente, o Projeto de Lei nº 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, ora encaminhado à Câmara dos Deputados para retocar o novo Código Civil, possibilita que os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo sejam reconhecidos como união estável. Sugere o Projeto que seja acrescentado ao Código Civil o art. 1.727-A, com a seguinte redação: *As disposições contidas nos artigos anteriores (1.723 a 1.727 – que regulamentam a união estável) aplicam-se, no que couber, às uniões fáticas de pessoas capazes, que vivam em economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrariem as normas de ordem pública e os bons costumes.*” *Conversando sobre homoafetividade*, p. 68.

<sup>202</sup> Segundo informa Luiz Mello, por inúmeras vezes tentou-se submeter o substitutivo proposto pelo deputado Roberto Jefferson à votação do Plenário da Câmara dos Deputados, mas sem sucesso, “(...) ora por pressão dos parlamentares contrários à matéria, que temiam sua aprovação, ora por solicitação da autora, Deputada Marta Suplicy, que recuou, em momentos que pareciam indicar que o Projeto seria rejeitado no Plenário.” *Outras famílias: a construção da conjugalidade homossexual no Brasil*.

“parceria civil registrada” teria natureza meramente civil (e não familiar), como expressamente consignado no parecer do relator da Comissão Especial, *verbis*:

“A idéia de casamento nos remete à constituição de uma entidade familiar, visando à regulamentação das relações sexuais, à proteção dos filhos, entre outros aspectos. Para efeito da proteção do Estado, a Constituição também reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3º).

Com essas considerações, fica claro que o Projeto de Lei ora em exame não pretende instituir um casamento ou uma união estável entre pessoas do mesmo sexo. Não está aqui a disciplinar as obrigações sexuais entre parceiros. Não se cria nenhuma entidade familiar para efeitos de proteção do Estado. Ao contrário, busca-se resguardar e regulamentar os efeitos dos atos jurídicos praticados em parceria por essas pessoas.

Tanto isso é verídico que o Projeto veda a adoção pelos parceiros e dispõe claramente que o estado civil permanece inalterado durante a vigência desse contrato. Também não se cogita, em qualquer parte do Projeto, de liames familiares entre os parceiros ou entre cada um deles e os parentes do outro. Nenhum dispositivo do Projeto cria nova espécie de núcleo familiar.

Outro aspecto que corrobora essa assertiva é o registro dessa parceria em livro próprio, e não naquele utilizado para registro dos casamentos. Trata-se de livro destinado ao registro de um contrato civil específico.”

Mais adiante, o relatório aprovado pela referida Comissão propõe não só a alteração da denominação da união homoafetiva, de “união civil livre” para “parceria registrada”,

para evitar qualquer conotação familiar, como também propugna a extinção de prazo mínimo para sua destituição, tendo em vista que tal previsão permitiria uma clara e inegável analogia com o casamento, já que para a decretação da separação judicial se faz necessário o decurso do prazo mínimo de um ano (CC, art. 1574):

“Também, a nosso ver, a expressão ‘união civil livre’ deve ser substituída por ‘parceria registrada’. Estas modificações deixam bem claro que o Projeto não pretende instituir uma forma de casamento entre homossexuais nem mesmo uma união estável, nos moldes do art. 226 da Constituição. A parceria é um contrato civil com efeitos patrimoniais apenas. Não há qualquer semelhança com a união estável prevista na Constituição.

O que se visa, no caso, são os efeitos patrimoniais decorrentes dessa parceria, como contrato civil, e à garantia dos direitos humanos dessas pessoas.

Entendemos, também, que o prazo de dois anos para que ocorra o pedido de decretação da extinção do contrato é incompatível com o espírito desta proposição, pois referido prazo é adotado na legislação referente a separação e divórcio com o objetivo de resguardar a estabilidade familiar. É uma espécie de estágio probatório dos cônjuges. Assim essa regra não deve ser adotada neste Projeto de Lei.”

O voto do relator ainda sofreu adendo, para mais uma vez inovar na denominação da união homoafetiva, que passou a ser intitulada “parceria civil registrada”.

A preocupação excessiva do relator em mascarar toda e qualquer semelhança entre a “parceria civil registrada” e o casamento ou a união estável heterossexual<sup>203</sup>, tida como resultado da forte resistência ao projeto oposta por representantes da Igreja Católica<sup>204</sup>, não é bastante para atingir o objetivo pretendido. Cite-se, a título meramente ilustrativo, que o artigo 9º do projeto de lei em análise considera bem de família, nos termos da Lei nº 8.009/90, o imóvel próprio e comum dos integrantes de parceria civil registrada. Ora, se se trata de bem de família, não há dúvida de que a “parceria civil registrada” consiste em entidade familiar<sup>205</sup>.

Apesar das críticas, não resta dúvida, contudo, de que a aprovação do referido projeto de lei constituiria importante avanço, considerando-se o contexto atual, em que, salvo alguns casos excepcionais, os homossexuais são obrigados a recorrer à Justiça para ver assegurado praticamente qualquer efeito jurídico decorrente de união homoafetiva.

---

<sup>203</sup> O texto do substitutivo é permeado por essa concepção contratual da união homoafetiva. Confira-se o artigo introdutório: “Art. 1º É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria registrada, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta Lei.”

<sup>204</sup> O sociólogo Luiz Mello, após analisar o teor dos debates havidos na Câmara dos Deputados em torno do anteprojeto de lei sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo, identificou forte conotação religiosa (cristã) no discurso dos opositores do projeto: “Por outro lado, os opositores do Projeto, em geral fundados numa leitura religiosa da homossexualidade, entendem que lésbicas e gays são livres para estabelecer os vínculos afetivos-sexuais que quiserem, mas não teriam o direito de reivindicar a proteção do Estado para relações fundadas nos ‘apelos da sensualidade’ e não em um ‘amor verdadeiro’. Semelhantes relações não passariam da materialização de um misto de pecado, doença, crime e mau-caratismo, numa afronta à sociedade, à natureza e a Deus. O direito à liberdade de orientação sexual não é concebido, assim, como a garantia de usufruto dos direitos decorrentes do exercício desta liberdade no contexto de uniões afetivos-sexuais estáveis. Segundo esses parlamentares, tal entendimento não pode ser compreendido como discriminação ou violação dos direitos humano e de cidadania, uma vez que seriam os próprios homossexuais que deliberadamente autodiscriminam-se, quando se recusam a ingressar na norma heterocêntrica, supostamente franqueada a todos. O não reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares fundamenta-se, também, na compreensão de que a homossexualidade é uma imoralidade e que os homossexuais, conseqüentemente, não devem ser estimulados a permanecer no terreno da ‘marginalidade’ e do ‘desvio’, mas ao invés, devem ser reintegrados socialmente, por meio da conversão – no sentido religioso do termo – ao universo heterossexual, supostamente o único capaz de proporcionar felicidade e realização pessoal, por atender aos preceitos da moral cristã.” *Outras famílias: a construção social da conjugalidade homossexual no Brasil*.

<sup>205</sup> “Outros dispositivos evidenciam o caráter familiar do instituto. Assim a inclusão do parceiro na ordem de vocação hereditária, bem como o direito ao usufruto legal, que prevalece sobre o direito à posse dos herdeiros necessários. Também o parceiro prefere aos familiares para o exercício da curatela, previsão que resta por inserir no elenco legal (CC 1.775) um único legitimado para esse múnus fora dos laços de parentesco.” Maria Berenice Dias. *União homossexual: o preconceito & a Justiça*, p. 104.

Todavia, mesmo com a conversão do projeto em lei, haveria hipóteses em que o apelo ao Poder Judiciário seria inevitável, posto que a proposta legislativa não sintetiza integralmente a igualdade preconizada pela Constituição Federal, na medida, por exemplo, em que não trata do direito a alimentos entre os parceiros e da adoção conjunta pelo casal.

No que tange ao tema do presente trabalho, entendemos que a proposição legislativa em comento cuidou apenas de afastar a inclusão de disposição sobre adoção, guarda e tutela, no âmbito dos contratos de “parceria civil registrada”, não tendo o condão de proibir a adoção por casais homoafetivos, até porque esta jamais poderia ser instituída por instrumento particular, dependendo de sentença judicial (ECA, art. 47).

Outrossim, as situações não contempladas no projeto, ou aquelas cuja disciplina não encontra suporte nos princípios constitucionais, deverão ser interpretadas conforme a Constituição, especialmente à luz do princípio da isonomia.

Isso significa que, mesmo que o relator do substitutivo do projeto de lei entenda que, com as alterações aprovadas pela Comissão Especial, a futura lei regulará apenas os aspectos patrimoniais das uniões homoafetivas, ou seja, mesmo que esta venha a ser considerada a “vontade do legislador”, a aprovação do projeto abrirá as portas para o amplo reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, representando passo importante em direção à efetiva igualdade em relação aos pares heterossexuais.

#### 5.4 A adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos

A Constituição limita-se a estabelecer que a adoção deve ser assistida pelo Poder Público, na forma da lei (art. 227, § 5º). Enquanto a adoção dos indivíduos maiores de dezoito anos é regulada pelo Código Civil (arts. 1618 e seguintes), a adoção de crianças e adolescentes obedece à disciplina do ECA, que permite a adoção por uma única pessoa, independentemente do estado civil (art. 42, *caput*), e por ambos os cônjuges ou companheiros, desde que um deles tenha vinte e um anos de idade e comprovada a estabilidade familiar (art. 42, §2º)<sup>206</sup>.

Considerando-se a regra do art. 42, *caput*, do ECA, que confere o direito individual à adoção, não se coloca em dúvida na doutrina<sup>207</sup> e na jurisprudência<sup>208</sup> o direito à adoção por pessoa de orientação homossexual<sup>209</sup>, inclusive por aqueles que se mostram

---

<sup>206</sup> Nelson Nery Jr. e Martha Toledo Machado sustentam que as normas do ECA que pormenorizam os princípios constitucionais de proteção à criança e ao adolescente são especiais em relação ao regramento do novo Código Civil, pelo que não foram revogadas por este: “I – Em tudo o que a Lei 8.069/90 diz com este *sistema especial de proteção aos direitos fundamentais* de crianças e adolescente, seus dispositivos são *lei especial*, em relação ao Código Civil e, portanto, não sujeitos à incidência da regra de revogação da lei velha pela lei nova;

II – no mais, não existe a relação de *especialidade*: na matéria própria do *direito civil* em que os dispositivos do ECA não dizem com esse sistema especial de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, mas sim limitaram-se a positivar as atualizações que o legislador ordinário entendeu necessário fazer ao Código Civil de 1916 – não correlacionadas com os direitos fundamentais de crianças e adolescentes –, o novo Código Civil, ao entrar em vigor, revogará implicitamente o Estatuto da Criança e do Adolescente.” Sobre a relação entre o ECA e o novo Código Civil, ver O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intemporal, p. 16.

<sup>207</sup> Confira-se Viviane Girardi, *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*, p. 130; Ana Paula Ariston Barion Peres, *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*, p. 153.

<sup>208</sup> São inúmeras as decisões proferidas em segunda instância de jurisdição, reconhecendo o direito de os homossexuais adotarem isoladamente:

<sup>209</sup> “Em pesquisa Datafolha realizada na cidade de São Paulo, 49% dos entrevistados se declararam contrários à adoção gay e 40% a favor.” Roberto de Oliveira, *Pátriopoder*, p. 6. Segundo informa a matéria, essa pesquisa foi feita pelo Datafolha, que entrevistou 637 paulistanos, entre os dias 2 e 3/8/2005. O referido instituto ainda apurou, por meio de entrevista com 303 participantes da Parada Gay de São Paulo, em 29/5/2005, que 83% dos gays e 93% das lésbicas são favoráveis à adoção por homossexuais. Confira-se, também, pesquisa realizada pelo magistrado Luiz Carlos de Barros Figueiredo (*Adoção para homossexuais*, p. 113 e ss.).

claramente contrários à adoção por pares homoafetivos, sem prejuízo, todavia, de algumas ressalvas.

Eduardo Oliveira Leite, que se opõe de forma contundente à adoção por casais homoafetivos, como se verá adiante, admite a adoção por homossexuais “que vivem sós”. Tal entendimento não é baseado no princípio da isonomia, mas reputado a uma falha legislativa:

“Logo, é bom que se diga, a adoção não é proibida aos homossexuais que vivem sós. Esta é uma licença legal, comprometedora da coerência legislativa nacional, só justificável pela irresistível intenção do legislador em favorecer ao máximo o aumento das adoções no Brasil, com vistas a contornar o problema do menor abandonado, que o Estado brasileiro não conseguiu resolver.”<sup>210</sup>

Rainer Czajkowski só admite a adoção por homossexuais solteiros desde que presentes algumas condições, que devem ser objeto de estudo psicológico prévio. Se não vejamos:

“Uma pessoa solteira, que viva sozinha (no sentido de morar, residir), pode adotar se oferecer estabilidade material e psicológica ao adotado, se tiver maturidade suficiente para construir um lar, um ambiente doméstico nos padrões que as relações sociais normalmente admitem. Se mantiver sua vida sexual, íntima, apartada, separada do ambiente doméstico que o adotado irá freqüentar, a vida sexual e particular do adotante é exercício do seu direito à intimidade, e a

---

<sup>210</sup> Adoção por homossexuais e o interesse das crianças, p. 122.

princípio não impede a adoção, ainda que ela seja potencialmente homossexual.”<sup>211</sup>

Esse entendimento encontra respaldo nas normas que tratam da guarda de filhos após a separação do casal, que não proíbem seja esta conferida a genitor de orientação homossexual, limitando-se a estabelecer que, não havendo acordo entre as partes, caberá ao juiz deferir a guarda àquele que “revelar melhor condições para exercê-la” (CC, art. 1584).

Confirmam-se, a título ilustrativo<sup>212</sup>, alguns julgados que afirmam o direito à adoção por indivíduos homossexuais:

“Adoção cumulada com destituição do pátrio poder – Alegação de ser homossexual o adotante – Deferimento do pedido – Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos, sente orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fatos de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do

---

<sup>211</sup> Reflexos jurídicos das uniões homossexuais, p. 107. Ver, ainda, Luiz Carlos de Barros Figueirêdo, *Adoção para homossexuais*.

<sup>212</sup> A pesquisa de jurisprudência sobre o assunto é dificultada pelo fato de os processos de adoção serem protegidos pelo *segredo de justiça*.

adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Apelo improvido.” (Apelação Cível nº 14.332/98, 9ª Câmara Cível TJ/RJ, Relator Desembargador Jorge de Miranda Magalhães, j. 23/03/1999)

“ADOÇÃO. Elegibilidade admitida, diante da idoneidade do adotante e reais vantagens para o adotando. Absurda discriminação, por questão de sexualidade do requerente, afrontado sagrados princípios constitucionais e de direitos humanos e da criança. Apelo improvido, confirmada a sentença positiva da Vara da Infância e Juventude. (Apelação Cível nº 14.979/98, 17ª Câmara Cível, TJ/RJ, Relator Desembargador Severiano Aragão, j. 21/1/1999)<sup>213</sup>

A adoção por casais homoafetivos, por sua vez, ainda conta com reduzido número de defensores<sup>214</sup>, merecendo relevância o posicionamento de Maria Berenice Dias, fundado no princípio isonômico e na inexistência de vedação pela ordem jurídica infraconstitucional, *verbis*:

“O outro fundamento que faculta o deferimento da adoção por um casal é da esfera constitucional. Não é possível excluir o direito à paternidade e à maternidade, em face da preferência sexual de alguém, sob pena de infringir-se o

---

<sup>213</sup> Ambas as decisões foram retiradas da obra de Maria Berenice Dias, *União Homossexual: o preconceito & a justiça* (p. 148).

<sup>214</sup> Ver também Ana Paula Ariston Barion Peres. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*, p. 154; Taísa Ribeiro Fernandes. *Unões homossexuais e seus efeitos jurídicos*, p. 113.

mais sagrado cânone do respeito à dignidade humana, que se sintetiza no princípio da igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem. Assim, não há como excluir o direito de guarda, tutela e adoção, que é garantido a todo cidadão.”<sup>215</sup>

A parcela majoritária da doutrina, apoiada no disposto no art. 42, § 2º, do ECA, que faz referência a *cônjuges* e *companheiros*, mostra-se contrária à adoção por pares homoafetivos, sustentando que a convivência de crianças e adolescentes com casais formados por pessoas do mesmo sexo resulta em prejuízos psíquicos, prejudicando seu desenvolvimento e, portanto, conflitando com o princípio do seu melhor interesse. No geral, o senso comum apresenta outras justificativas para não admitir a adoção por pares homoafetivos, como, por exemplo, o receio de a criança ou o adolescente tornar-se homossexual, de o adotando ser abusado sexualmente e o temor de que a criança ou o adolescente sejam vítimas de discriminação em razão da orientação sexual de seus pais<sup>216</sup>.

---

<sup>215</sup> *União homossexual: o preconceito & a Justiça*, p. 108-109.

<sup>216</sup> Essas idéias que compõem o chamado senso comum foram manifestadas por parlamentares que participaram da discussão sobre o Projeto de Lei nº 1.151/95, como revela o sociólogo Luiz Mello: “Ainda no tocante aos posicionamentos expressos pelos parlamentares nos debates na Câmara dos Deputados, cumpre dizer que as resistências ao reconhecimento de direitos parentais a lésbicas e gays, especialmente no âmbito do casal conjugal, também se fizeram presentes, inclusive entre alguns daqueles que defenderam a necessidade de amparo à conjugalidade homossexual. Geralmente tal resistência fundava-se no entendimento de que a homossexualidade é um mal que por si só implica a negação da competência moral de lésbicas e gays para socializar crianças, além da compreensão de que pais homossexuais colocam seus filhos sob risco de também se tornarem homossexuais. O preconceito a que estas crianças estariam sujeitas em função da orientação sexual de seus pais foi outro argumento apresentado, sendo o único prevalecente quando a resistência ao direito à socialização de crianças foi manifestada por parlamentares favoráveis ao Projeto.” *Outras famílias: a construção social da conjugalidade no Brasil*. Nos Estados Unidos, os tribunais têm manifestado três espécies de preocupações quanto à adoção por homossexuais: “The first general concern is that development of sexual identity will be impaired among children of lesbian or gay parents for instance, that children brought up by gay fathers or lesbian mothers will show disturbances in gender identity and/or in gender role behavior (Falk, 1989; Hitchens & Kirkpatrick, 1985; Kleber, Howell, & Tibbits-Kleber, 1986). It has also been suggested that children brought up by lesbian mothers or gay fathers will themselves become gay or lesbian (Falk, 1989; Kleber et al., 1986).

A second category of concerns involves aspects of children’s personal development other than sexual identity (Falk, 1989; Editors of the Harvard Law Review, 1990; Kleber et al., 1986). For example, courts have expressed fears that children in the custody of gay or lesbian parents will be more vulnerable to

Álvaro Villaça Azevedo, por exemplo, ao comentar a proposição contida no § 2º do artigo 3º<sup>217</sup>, do substitutivo apresentado pelo deputado Roberto Jefferson ao Projeto de Lei 1.151/95, afirma que “(...) foi importante para que se evitem traumas de caráter psíquico, principalmente para que não surjam na sociedade filhos, ou crianças ou adolescentes, que se mostrem só com pais ou só com mães”<sup>218</sup>.

Adotando a concepção de que um par homoafetivo não constitui família, Rainer Czajkowski é categórico:

“Vê-se, assim, que a adoção procura sempre constituir uma entidade familiar. Cria-se, juridicamente, uma relação de pai-filho, ou mãe-filho, ou ainda pai e mãe-filho. Disso resulta a primeira conclusão: duas pessoas do mesmo sexo e homossexuais entre si, não podem adotar um mesmo indivíduo, menor ou não. Em primeiro lugar porque a lei expressamente o veda; em segundo lugar porque os dois homossexuais não formam uma família. Não obstante se relacionem intimamente e vivam juntos (e haja até realização afetiva), eles não conseguem imitar a situação de pai e mãe para adotarem. Por mais que o ‘sexo psicológico’ de um deles seja invertido, há sempre o condicionamento natural e biológico de

---

mental breakdown, will exhibit more adjustment difficulties and behavior problems, and will be less psychologically healthy than children growing up in homes with heterosexual parents.

A third category of specific fears expressed by the courts is that children of lesbian and gay parents may experience difficulties in social relationships (Editors of the Harvard Law Review, 1990; Falk, 1989; Hitchens & Kirkpatrick, 1985). For example, judges have repeatedly expressed concern that children living with lesbian mothers may be stigmatized, teased, or otherwise traumatized by peers. Another common fear is that children living with gay or lesbian parents may be more likely to be sexually abused by the parent or by the parent’s friends or acquaintances.” Lesbian and gay parenting, Charlotte J. Patterson.

<sup>217</sup> “§2º São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.”

<sup>218</sup> União entre pessoas do mesmo sexo, p. 154.

se tratarem de dois pais ou duas mães. Em face disso a adoção conjunta por homossexuais não pode ser admitida.”<sup>219</sup>

Mas a oposição mais contundente da doutrina é de autoria de Eduardo Oliveira Leite, para quem, não obstante a enorme evolução do instituto desde o Código Civil de 1916, a legislação atual não permite a adoção por duas pessoas exceto se forem marido e mulher, ou integrantes de uma união estável heterossexual.

O autor traz em defesa de sua posição uma série de argumentos. O primeiro deles baseia-se na sua concepção do conceito de família, que definitivamente não inclui os agrupamentos formados por uniões homoafetivas<sup>220</sup>, excluindo-os do âmbito do princípio da convivência familiar assegurado constitucionalmente às crianças e aos adolescentes (CF, art. 227, *caput*).

Eduardo de Oliveira Leite também apóia seu posicionamento sustentando que somente poucas nações admitem a adoção por casal homoafetivo.

Mas o principal argumento do autor é no sentido de que, do ponto de vista psicológico, para o desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes, faz-se imprescindível sua identificação masculina e feminina, o que só é possível alcançar com a presença (física) do pai e da mãe. A falta dessa identificação, segundo o professor, resulta em “limitações de todas as ordens, desde a emocional-afetiva até a identificação sexual e o reconhecimento no grupo social”<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> Reflexos jurídicos das uniões homossexuais, p. 102. No mesmo sentido, Luiz Carlos de Barros Figueiredo, *Adoção para homossexuais*, p. 94 e ss..

<sup>220</sup> Op. cit., p. 114.

<sup>221</sup> Op. cit., p. 137.

Após trazer à colação uma série de lições de Psicologia, ao final conclui:

“O que a psicologia comprova, e de forma irrefutável, são dados colhidos no mundo fático, do comportamento humano, de suas ações e reações, que não podem ser negados pela mera alegação de argumentos decorrentes de pura ideologia, ou das meras convicções de ordem pessoal, nulas diante dos dados científicos.

De nada adianta afirmar que a presença de homossexuais não interfere no comportamento da criança, quando todos os estudos comprovam exatamente o contrário, a saber, que a ausência da identificação paterna e materna vai produzir efeitos nefastos no desenvolvimento psicológico infantil.

O que a adoção por homossexuais colocou a nu é a contestação de uma idéia largamente difundida na mídia dominante, que levava os adultos a acreditar que aquilo que lhes convinha era igualmente válido às crianças. Não é verdade, e uma adoção estruturada em tais bases não tem valor jurídico e, muito menos, humano.”<sup>222</sup>

Segundo o autor, a vedação da adoção por casais homoafetivos não constitui afronta ao princípio da isonomia, uma vez que, de sua leitura da Psicologia, essa distinção de tratamento em relação às uniões heterossexuais encontra justificativa lógica, amparada no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se não vejamos:

---

<sup>222</sup> Op. cit., p. 139.

“De nada adianta invocar a questão da preferência sexual como pressuposto flagrantemente violador da igualdade constitucional. Tal argumento só desloca o foco de observação da real perspectiva do problema. A questão não é a igualdade constitucional que, em momento algum, está sendo comprometida: qualquer pessoa pode se unir a outra do mesmo sexo. Não há qualquer proibição (de ordem legislativa) nesse sentido. O que o legislador não quer e proíbe, sem vacilar, é que da união decorram direitos equiparáveis ao casamento, tais como o direito de adotar. Porque, entre o direito das crianças, de terem pai e mãe, e a eventual pretensão do casal homossexual, em adotar, o legislador não vacilou e priorizou aquele direito, em detrimento deste.”<sup>223</sup>

Discordamos da tese exposta por Eduardo de Oliveira Leite por uma série de razões, a começar pela concepção restritiva da idéia de família, que, assentada em uma interpretação literal do texto constitucional, nega vigência às normas principiológicas contempladas na Carta de 1988.

Acrescente-se que o reduzido número de nações ocidentais que admitem expressamente a adoção por casais homoafetivos deve ser temperado, pois, apesar dos significativos avanços registrados nas últimas décadas, as questões envolvendo os direitos dos indivíduos homoafetivos ainda refletem séculos de discriminação<sup>224</sup>. Portanto, a análise

---

<sup>223</sup> Op. cit., p. 118.

<sup>224</sup> Carol Buell oferece um panorama da chamada “adoção do segundo pai” (*second parent adoption*) no cenário jurídico norte-americano: “A second parent adoption is achieved through a petition by a lesbian or gay (non-legal/biological) parent to legally adopt the biological/legal child/children of his/her partner, much like step-parent situation in the family of a heterosexual couple. Your client may or may not be able to adopt his or her partner’s child depending upon in which state your clients resides. In some states it has been clearly determined by the highest court in the state.

In many others states the right to have a second parent adoption has not been determined by the highest court in that state. However, intermediate court decisions have permitted second parent adoption. If your clients live in New Jersey, Illinois, or Washington DC they may be able to successfully second parent adopt in their area, but should consult a local attorney. Finally lower courts in many other states, have

do Direito comparado espelha muito mais o preconceito que ainda envolve a condição dos homossexuais do que propriamente o resultado de um amplo debate das nações democráticas em torno dessa questão, baseado em estudos científicos sobre o exercício da parentalidade por pares homoafetivos.

O resultado obtido pelo autor em sua incursão pela teoria psicológica, certamente a vigamestra de sua tese, merece duas observações. Primeiro, a conclusão de que a presença (física) do pai e da mãe contrasta com uma idéia básica da Psicologia, que é o conceito de *papéis* ou *funções*. Em segundo lugar, mas não menos importante, é que a maioria dos estudos teóricos citados por Leite não aborda especificamente a problemática da parentalidade exercida por homossexuais, mas consiste em estudos genéricos, cuja aplicação à realidade homossexual foi operada pelo próprio autor. Essa transferência de conceitos gerais da Psicologia infantil, construídos a partir de uma realidade heterossexual, para um contexto específico envolvendo a parentalidade homossexual não nos parece adequada sob o ponto de vista de metodológico.

É de estranhar, por fim, a ausência de referência a estudos psicológicos especialmente voltados para a realidade dos homossexuais, uma vez que, como veremos a seguir,

---

approved second parent adoptions on a case by case basis. But since no intermediate court has approved the adoption in an appeal situation, there is no precedential value to all of those cases. Again, clients must seek local legal counsel familiar with second parent adoptions. Some states have entirely disapproved adoptions by gay men and lesbians (Florida, Alabama and Wisconsin). Second parent adoptions are, as are all adoptions by gay men and lesbians, expressly prohibited by Florida statutes. In the past, lesbians and gay men were denied petitions to adopt their partner's children based on the strict reading of adoption statutes which use words such as 'spouse' and 'stepparent'. Because the civil marriage of same-sex couples was not, and still not, recognized by any of the states, a strict reading of an adoption statute does not allow gays and lesbians to adopt, as they cannot legally become a 'spouse' or 'stepparent'. As no state permits gay and lesbian to marry, the issue in second-parent adoptions has become whether the existing legal/biological parent loses legal/parental rights when the adoption of the child by their partner is approved. Some courts have denied petitioners' adoption requests because the biological/legal parent did not want to terminate his/her legal rights, which is a prerequisite to adoption under the statute (Lambda Adoption Overview pg 2)." Legal issues affecting alternative families: a therapist's primer, p. 84-85.

pesquisas nesse sentido vem sendo realizadas nos Estados Unidos desde a década de 1970.

Para tomarmos posição acerca desse ponto, primeiro é preciso enveredar pelo universo da Psicologia, com a objetividade necessária a afastar toda e qualquer espécie de preconceito. Só então será possível responder se a criação de uma criança ou adolescente por um casal homoafetivo contraria o princípio do melhor interesse da criança e, conseqüentemente, se tal proibição encontra-se consentânea com o princípio da isonomia.

#### **5.4.1 Das pesquisas realizadas nos Estados Unidos**

Inicialmente, cumpre desde logo observar que nossa incursão pela Psicologia se limitará a reportar as conclusões de pesquisas envolvendo aspectos psicológicos da parentalidade homossexual, realizadas nos Estados Unidos.

Parcela significativa dos estudos contempla pais homossexuais que tiveram filhos durante relações heterossexuais desfeitas após um dos membros do casal ter assumido sua homossexualidade. Aliás, os primeiros estudos envolvendo essa temática foram encomendados por juízes, que pretendiam averiguar, em processos de disputa de guarda de filhos, a existência de incompatibilidade entre a homossexualidade e o exercício da parentalidade. Outro dado geral interessante diz respeito ao maior número de pesquisas concernentes à parentalidade exercida por lésbicas, em comparação com a quantidade de estudos sobre o papel dos gays como pais.

Nos Estados Unidos, país onde se estima que há entre seis e dez milhões de pais homossexuais, responsáveis pela criação de cerca de catorze milhões de crianças<sup>225</sup>, desde o fim da década de 1970 vêm sendo realizados estudos sobre famílias homoafetivas, sobretudo tendo por objeto aspectos psicológicos das crianças criadas no seio desses agrupamentos<sup>226</sup>.

A partir dos resultados de pesquisas publicadas nos Estados Unidos entre 1978 e 1995, David K. Flaks<sup>227</sup> aponta as seguintes constatações:

- a) para surpresa de alguns psicólogos, tendo em vista certas teorias que sustentam que, para o bom desenvolvimento da criança é preciso ter pai e mãe, as crianças não são prejudicadas de nenhuma forma por terem pais homossexuais<sup>228</sup>;
- b) segundo diversos estudos, inexistência de diferença quanto à saúde mental de mães homossexuais e heterossexuais;
- c) estudos demonstram que inexistência de incompatibilidade entre a homoafetividade e a parentalidade, não obstante tenham sido verificadas algumas diferenças, as quais,

---

<sup>225</sup> Legal issues affecting alternative families: A therapist's primer, Carol Buell, p. 75.

<sup>226</sup> "Case reports on children of gay and lesbian parents began to appear in the psychiatric literature in the early 1970s (e.g., Osman, 1972; Weeks, Derdeyn, & Langman, 1975) and have continued to appear (e.g., Agbayewa, 1984). Beginning with the pioneering work of Martin and Lyon (1972), first person and fictionalized descriptions of life in lesbian mother families have also become available (e.g., Alpert, 1988; Clausen, 1985; Jullion, 1985; Mager, 1975; Perreault, 1975; Pollock & Vaughn, 1987; Rafkin, 1990). Systematic research on the children of lesbian and gay parents did not, however, begin to appear in major professional journals until 1978, and most of the available research has been published more recently." Charlotte J. Patterson, Lesbian and gay parenting.

<sup>227</sup> *Research issues*, p. 21-38.

<sup>228</sup> Essa constatação contraria frontalmente as conclusões extraídas por Eduardo de Oliveira Leite, a partir de estudos genéricos de Psicologia infantil, ou seja, não direcionados especificamente para o exercício da parentalidade por homossexuais.

entretanto, de maneira nenhuma comprometem a qualidade da relação paternal, sobretudo em relação aos pais homossexuais; se não vejamos:

“As compared to heterosexual fathers, however, gay fathers did tend to be more strict, more frequently willing to explain rules to their children, more responsive to their children’s perceived needs, more egalitarian, and more likely to act as counselors with their children; they were less likely to act as resources for their children, and less willing to demonstrate affection with their partners in front of their children.”<sup>229</sup>

d) o autor ainda relata a existência de pesquisas que revelam que parcela significativa das relações homoafetivas é estável, não sendo raro relacionamentos de vinte anos ou mais, constatação que desbancou o (pre)conceito de que os homossexuais são “promíscuos” por natureza;

e) Flaks também menciona que estudos direcionados à pessoa dos filhos de famílias homoafetivas, criados por mães e pais homossexuais divorciados, não detectaram nenhuma anormalidade que pudesse contrariar o princípio do melhor interesse da criança. Se não vejamos:

“Interestingly, not one study has found significant differences between the children of divorced lesbian and heterosexual mothers in any of the areas evaluated [Gibbs 1989; Golombok et al. 1983; Green 1978; Green et al. 1986; Huggins 1989; Kirkpatrick et al. 1981; Puryear 1983; Rees 1979]. This

---

<sup>229</sup> Op. cit., p. 26-27.

conclusion demonstrates that no scientific evidence exists to suggest that children of lesbian mothers are less intelligent, suffer more psychopathology or behavior problems, are less popular, or have lower self-esteem than children of heterosexual parents.”

Especificamente sobre filhos de pares homoafetivos, Flaks se reporta a estudo comparativo realizado por Huggins, para verificar o grau de auto-estima de um grupo de adolescentes, metade dos quais vivendo com mães lésbicas divorciadas e a outra metade com mães heterossexuais divorciadas, não apontou a existência de diferenças significativas entre meninos e meninas de ambos os grupos. Essa pesquisa revelou que as crianças integrantes do grupo que vivia com mães lésbicas, que apresentaram auto-estima mais elevada, reportaram ter uma visão positiva sobre a orientação sexual de suas mães. E outros estudos têm demonstrado que as crianças parecem ter a auto-estima elevada quando as mães convivem com suas parceiras.

Em resumo, o resultado dessa investigação sugere haver um maior benefício à criança quando esta é criada por um par homoafetivo, se comparada à criação por pai ou mãe homossexual isoladamente.

David K. Flaks ainda menciona a existência de uma parcela menor de estudos sobre crianças criadas em famílias lésbicas planejadas, mas que têm enorme relevância para o estudo da adoção, pois se cuida de situação semelhante à verificada nas famílias constituídas por pares homoafetivos e seus filhos adotivos, já que em ambos os casos a convivência familiar tem início logo nos primeiros anos de vida da criança:

“Flak et al [in press] have conducted the most recent study of planned lesbian families, examining the intelligence, behavior, and adaptive functioning of children born to lesbian and heterosexual couples. Psychological testing was used as well as parent and teacher ratings on standardized measures. Consistent with prior research, no statistically significant differences were found between the two groups of children. There were no gender differences: boys and girls in the two groups also compared favorably to the standardization samples for the instruments used.”

Outra área do desenvolvimento infantil muito investigada nas famílias constituídas por casais homoafetivos consiste no desenvolvimento psicossocial. Estudo comparativo sobre a identidade de gênero entre crianças criadas por pais heterossexuais e por pais homossexuais revelou a inexistência de diferença entre os dois grupos<sup>230</sup>. No que toca à definição da orientação sexual, constatou-se que a homossexualidade dos pais não aumenta a probabilidade de seus filhos serem homossexuais. Em outras palavras, a incidência de homossexualidade entre crianças criadas por pares homoafetivos não apresenta variação relevante em comparação à verificada entre filhos de pais heterossexuais. Os pais homossexuais também não demonstraram o desejo de que seus filhos sejam homossexuais<sup>231</sup>.

Por fim, dois outros temas afetos à adoção por casais homossexuais foram abordados por David K. Flaks: violência sexual e estigma social.

---

<sup>230</sup> “Each has concluded that the children of lesbian mothers suffer no adverse consequences as a result of the mothers’ sexual orientation. Specifically, the children of lesbin and gay parents appear to be as comfortable as other children are with their biological sex, and they do not reveal an increased desire to be of the opposite sex.” Op. cit., p. 31.

<sup>231</sup> Op. cit., p. 32.

Mais uma vez, contrariando o senso comum, não há evidências científicas de que filhos de homossexuais têm maior probabilidade de sofrer violência sexual por parte de seus pais, parceiros e amigos. Ao contrário, a literatura das Ciências Sociais sugere que a grande maioria dos crimes perpetrados por adultos contra crianças é de autoria de homens heterossexuais<sup>232</sup>.

Outrossim, apesar de haver poucos estudos sobre os impactos sofridos na esfera social por crianças criadas por homossexuais, estes indicam que o nível de provocação por parte de outras crianças não é elevado, sendo perfeitamente administrável pela criança e por seus pais. Além disso, tais estudos mosram que os homossexuais (e seus filhos) procuram lidar com discrição com sua orientação sexual. Se não vejamos:

“Research has found no differences between the children of lesbian and heterossexual mothers in the areas of popularity, social adjustment, and self-esteem, a conclusion that would be inconsistent with excessive harassment.”<sup>233</sup>

Ao término de sua análise, Flaks conclui que, muito embora ainda não haja pesquisas sistemáticas envolvendo especificamente a adoção por homossexuais, os estudos existentes sobre famílias constituídas por pelo menos um membro homossexual indicam que não há diferenças significativas entre a parentalidade heterossexual e homossexual, inexistindo justificativa para que lhes seja dispensado tratamento diferenciado:

“The social science literature is consistent in concluding that gay men and lesbians can raise psychologically healthy children. To date, no evidence has

---

<sup>232</sup> Op. cit., p. 32.

<sup>233</sup> Op. cit., p. 33.

emerged that suggests that homosexual parents are inferior to their heterosexual counterparts, or that their children are in any regard compromised. Although these studies have limitations, especially in the area of adoption, where no systematic research has been conducted, the consistency of the findings warrants attention. Because no significant differences have been found between heterosexual- and homosexual-parent families, there appears to be no empirical support for dissimilar treatment of these families under the law.”<sup>234</sup>

Charlotte J. Patterson, da Universidade da Virgínia, também a partir de um amplo inventário dos trabalhos realizados nos EUA sobre parentalidade homossexual, concluiu que os estereótipos existentes em torno da homossexualidade não encontram suporte científico.

Estudos voltados para os efeitos da parentalidade homossexual sobre as crianças atestam que estas não sofrem prejuízo em nenhum aspecto de seu desenvolvimento, inclusive quanto à sua identidade sexual, assim considerada em três diferentes aspectos: a identidade de gênero (auto-identidade enquanto homem ou mulher), o comportamento gênero-função (análise das atividades, ocupações e gostos sob a ótica da cultura masculina, feminina ou bissexual) e a orientação sexual (opção relativa à parceria sexual).

Isso não significa, segundo a pesquisadora, que a criação por pais homossexuais seja infensa a diferenças e peculiaridades em relação à parentalidade heterossexual, mas estas estão longe de prejudicar o sadio desenvolvimento de crianças e adolescentes,

---

<sup>234</sup> Op. cit., p. 33-34.

apenas resultando na necessidade de certos cuidados, especialmente em razão do preconceito que ainda envolve a homoafetividade:

“In summary, research on diversity among families with gay and lesbian parents and on the potential effects of such diversity on children is only beginning (Martin 1989; Patterson, 1992, 1995b). Existing data on children of lesbian mothers suggest that children may fare better when mothers are in good psychological health and living with a lesbian partner with whom they share child care. Children may find it easier to deal with issues raised by having lesbian or gay parents if they learn of parental sexual orientation during childhood rather than during adolescence. Existing data also suggest the value of a supportive milieu, in which parental sexual orientation is accepted by other significant adults and in which children have contact with peers in similar circumstances. The existing data are, however, still very sparse, and any conclusions must be seen as tentative.”

Patterson corrobora algumas constatações de Flaks, especialmente a absoluta normalidade das relações sociais travadas por filhos de pais homossexuais com seus colegas e com adultos, e a inexistência de maior incidência de violência sexual praticada por pais homossexuais em face de seus filhos<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup> Nesse ponto, os estudos de Charlotte J. Patterson confirmam que a maioria dos casos de abuso sexual contra crianças é praticada por homens heterossexuais e que é extremamente rara a prática desse crime por mulheres homossexuais: “Concerns that children of gay or lesbian parents are more likely than children of heterosexual parents to be sexually abused have also been addressed. Results of work in this area reveal that the great majority of adults who perpetrate sexual abuse are male; sexual abuse of children by adult women is extremely rare (Finkelhor & Russell, 1984; Jones & MacFarlane, 1980; Sarafino, 1979). Moreover, the overwhelming majority of child sexual abuse cases involve an adult male abusing a young female (Jenny, Roesler, & Poyer, 1994; Jones & MacFarlane, 1980). Available evidence reveals that gay men are no more likely than heterosexual men to perpetrate child sexual abuse (Groth & Birnbaum, 1978; Jenny et al., 1994; Sarafino, 1979). Fears that children in custody of gay or lesbian

A autora finaliza seu sumário acerca das pesquisas realizadas nessa área afirmando categoricamente inexistir um estudo sequer que indique que crianças criadas por pais homossexuais apresentem, em qualquer aspecto significativo, alguma desvantagem em relação às crianças de pais heterossexuais. Ao contrário, segundo Charlotte J. Patterson, os estudos feitos até hoje mostram que, em ambas as situações, o ambiente familiar proporcionado às crianças é muito semelhante:

“Indeed, the evidence to date suggests that home environments provided by gay and lesbian parents are as likely as those provided by heterosexual parents to support and enable children’s psychosocial growth.”<sup>236</sup>

Outrossim, merece destaque pesquisa empreendida pela própria autora. Admitindo que a saúde mental materna desempenha um importante papel no ajuste psicológico dos filhos, conforme estudos realizados com mães heterossexuais, e que as pesquisas comparativas entre grupos de mulheres lésbicas e heterossexuais jamais apontaram diferenças em termos de ajuste psicológico, aliado ao fato de que tanto a *American Psychiatric Association* quanto a *American Psychological Association* há muito rejeitam a noção de que a homossexualidade consiste em alguma forma de doença ou desordem, a pesquisadora se propôs a investigar se existe a mesma correlação entre a saúde mental de mães lésbicas e de seus filhos, bem como se há relação entre o ajuste psicológico dos filhos e a composição das famílias formadas por uma mãe lésbica e aquelas encabeçadas por um casal lésbico.

---

parents might be at heightened risk for sexual abuse are thus without basis in the research literature.”  
Idem, ibidem.

<sup>236</sup> Idem, ibidem.

O estudo em questão teve por objeto famílias encabeçadas por mães lésbicas (solteiras ou vivendo em parceria) com ao menos uma criança entre 4 e 9 anos de idade, de origem biológica ou adotiva, cuja convivência com a mãe ou as mães tenha sido iniciada em tenra idade. Dessas famílias, 26 eram compostas por casais lésbicos, 7 por mães solteiras, e 4 por casais separados, cujos filhos estavam sob custódia de ambas as companheiras. Ao todo foram analisados 37 crianças, 19 meninas e 18 meninos. Quanto a sua origem, 34 eram filhos biológicos e 3 eram adotivos.

Ao final da pesquisa, Charlotte J. Patterson chegou às seguintes conclusões:

- a) de uma maneira geral, as mães lésbicas participantes da pesquisa apresentaram um bom nível de auto-estima e de saúde mental;
- b) na comparação entre o grupo de famílias composto de mães lésbicas solteiras (11) e aquele integrado de mães vivendo em parceria (26), não foi registrada diferença quanto ao nível de auto-estima e de saúde mental das mulheres. Apurou-se, também, haver similaridade de comportamento das crianças pertencentes aos dois grupos, permitindo à pesquisadora concluir que, na amostra pesquisada, a composição familiar não estava associada ao ajuste psicológico das mães e de seus filhos;
- c) Patterson apurou, por fim, que, assim como ocorre com mães heterossexuais e seus filhos, as avaliações de saúde mental das mães lésbicas associavam-se aos níveis de ajuste psicológicos de suas crianças.

Para efeito do presente trabalho, releva sublinhar que, contrariando a noção geralmente encampada pelas cortes de família norte-americanas, no sentido de que os lares compostos de apenas uma mãe lésbica atendem mais adequadamente ao princípio do melhor interesse da criança, se comparados às famílias formadas por casais lésbicos, a composição das famílias pesquisadas (formadas por uma ou duas mães lésbicas) não mostrou influenciar o desenvolvimento das crianças. Diferentemente, a saúde mental materna, tal como já havia sido constatado entre famílias compostas por mães heterossexuais, revelou-se fundamental para assegurar o bom desenvolvimento psicológico dos filhos.

Daí a contundente sugestão da autora aos juízes competentes para apreciar os processos sobre disputa de guarda: o melhor interesse das crianças será assegurado se se conferir menos a atenção à composição das famílias lésbicas (se compostas por uma ou duas mães), e valorizar mais a avaliação da saúde mental das mães <sup>237</sup>.

Entre nós, a psicanalista Elizabeth Roudinesco confirma os resultados obtidos pelos pesquisadores norte-americanos acerca dos efeitos psicológicos das famílias formadas por homossexuais:

---

<sup>237</sup> “From the standpoint of the legal system, the current findings suggest that the best interest of children in lesbian families may be served by interventions that have a positive impact on maternal mental health, but they provide no evidence in favor of interventions aimed at influencing household composition. The results did not suggest that children would be better off in single-parent lesbian households such as those sometimes stipulated by the courts; in fact, house hold composition was unrelated to children’s adjustment among the families studied here. Assessments of maternal mental health, in contrast, were significant predictors of outcomes for children. Although preliminary in nature, the current findings thus can be interpreted to suggest that judges who wish to maximize the best interests of children in custody disputes involving lesbian mothers should focus attention not on household composition as such but rather on conditions that are associated with maternal mental health (Patterson & Redding, 1996).” Families of the lesbian baby boom: maternal mental health and child adjustment, p. 103.

“Os procedimentos utilizados nos Estados Unidos junto aos pais gays e lésbicos não buscavam, como os relatos de Shengold, elucidar a genealogia inconsciente dos sujeitos, mas testar as ‘aptidões psicológicas’ dos homossexuais para serem pais, e depois determinar se seus filhos eram suscetíveis ou não de se tornarem homossexuais, depressivos, e se seriam capazes de se orientar no balizamento das diferenças anatômicas. Corriam eles o risco, mais que os outros, de sofrer distúrbios psicóticos ou adotar comportamentos associais, ou ainda serem mais facilmente abusados sexualmente por adultos em função de serem homossexuais – seus pais – eram freqüentemente assimilados a pedófilos? Dezenas de pesquisas desse tipo foram publicadas entre 1973 e 1995. Trouxeram pouco esclarecimento sobre a formidável mutação histórica que representava o fato de não mais fundar a ordem familiar na diferença sexual, mas confortaram as angústias dos homossexuais ao mostrarem que eram pais tão comuns quanto os outros, isto é, semelhantes àqueles das famílias horizontais do final do século, incessantemente recompostas.”<sup>238</sup>

Em julho de 2004, a *American Psychological Association*, considerando os resultados das pesquisas empreendidas nos Estados Unidos, indicando a ausência de diferença significativa no desenvolvimento, ajustamento e bem-estar de crianças de pais homossexuais, se comparadas com filhos de pais heterossexuais, editou resolução sobre orientação sexual, pais e filhos, posicionando-se publicamente em favor do exercício da parentalidade por casais homoafetivos:

---

<sup>238</sup> A família em desordem, p. 190-191.

“THEREFORE BE IT RESOLVED that the APA opposes any discrimination based on sexual orientation in matters of adoption, child custody and visitation, foster care, and reproductive health services;

THEREFORE BE IT FURTHER RESOLVED that the APA believes that children reared by a same-sex couple benefit from legal ties to each parent;

THEREFORE BE IT FURTHER RESOLVED that the APA supports the protection of parent-child relationships through the legalization of joint adoptions and second parent adoptions of children being reared by same-sex couples;

THEREFORE BE IT FURTHER RESOLVED that APA shall take a leadership role in opposing all discrimination based on sexual orientation in matters of adoption, child custody and visitation, foster care, and reproductive health services;

THEREFORE BE IT FURTHER RESOLVED that APA encourages psychologists to act to eliminate all discrimination based on sexual orientation in matters of adoption, child custody and visitation, foster care, and reproductive health services in their practice, research, education and training (American Psychological Association, 2002);

THEREFORE BE IT FURTHER RESOLVED that the APA shall provide scientific and educational resources that inform public discussion and public policy development regarding discrimination based on sexual orientation in matters of adoption, child custody and visitation, foster care, and reproductive health services and that assist its members, divisions, and affiliated state, provincial, and territorial psychological associations.”<sup>239</sup>

---

<sup>239</sup> *Resolution on sexual orientation, parents and children*. A resolução baseia-se numa extensa lista de pesquisas psicológicas realizadas tanto da ótica dos pais homoafetivos quanto da perspectiva das crianças

Cumprir trazer à colação, por fim, as palavras da psicóloga clínica Dra. April Martin, profunda estudiosa do tema, cujas palavras espelham a profunda distância que separa a realidade brasileira, onde o tema só recentemente passou a ser debatido, do estágio atual da questão nos Estados Unidos, país que já acumula larga experiência na matéria, a ponto de não mais colocar em dúvida a absoluta compatibilidade entre a parentalidade homoafetiva e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Após afirmar categoricamente que a habilidade de pais e mães homoafetivos para prover a saúde social e emocional de seus filhos, tão adequadamente quanto os pais heterossexuais, encontra-se suficientemente documentada na literatura científica, que conta com mais de duas dúzias de estudos que demonstram que não é possível distinguir crianças criadas por pais homossexuais de filhos de pais heterossexuais, ela propõe o rompimento com o padrão convencional de família, baseado nos laços biológicos, legais e nas convenções sociais:

---

e adolescentes: "In general, research has failed to provide a basis for any of these concerns (Patterson, 2000, 2004a; Perrin, 2002; Tasker, 1999; Tasker & Golombok, 1997). First, homosexuality is not a psychological disorder (Conger, 1975). Although exposure to prejudice and discrimination based on sexual orientation may cause acute distress (Mays & Cochran, 2001; Meyer, 2003), there is no reliable evidence that homosexual orientation per se impairs psychological functioning. Second, beliefs that lesbian and gay adults are not fit parents have no empirical foundation (Patterson, 2000, 2004a; Perrin, 2002). Lesbian and heterosexual women have not been found to differ markedly in their approaches to child rearing (Patterson, 2000; Tasker, 1999). Members of gay and lesbian couples with children have been found to divide the work involved in childcare evenly, and to be satisfied with their relationships with their partners (Patterson, 2000, 2004a). The results of some studies suggest that lesbian mothers' and gay fathers' parenting skills may be superior to those of matched heterosexual parents. There is no scientific basis for concluding that lesbian mothers or gay fathers are unfit parents on the basis of their sexual orientation (Armesto, 2002; Patterson, 2000; Tasker & Golombok, 1997). On the contrary, results of research suggest that lesbian and gay parents are as likely as heterosexual parents to provide supportive and healthy environments for their children. (...) Research suggests that sexual identities (including gender identity, gender-role behavior, and sexual orientation) develop in much the same ways among children of lesbian mothers as they do among children of heterosexual parents (Patterson, 2004a). Studies of other aspects of personal development (including personality, self-concept, and conduct) similarly reveal few differences between children of lesbian mothers and children of heterosexual parents (Perrin, 2002; Stacey & Biblarz, 2001; Tasker, 1999). However, few data regarding these concerns are available for children of gay fathers (Patterson, 2004b). Evidence also suggests that children of lesbian and gay parents have normal social relationships with peers and adults (Patterson, 2000, 2004a; Perrin, 2002; Stacey & Biblarz, 2001; Tasker, 1999; Tasker & Golombok, 1997). The picture that emerges from research is one of general engagement in social life with peers, parents, family members, and friends. Fears about children of lesbian or gay parents being sexually abused by adults, ostracized by peers, or isolated in single-sex lesbian or gay communities have received no scientific support."

“We must further learn to identify who can actually is and isn’t a family member based on the loving bonds of responsibility that have been both intended and fulfilled, and not on any biological, legal, or convencional definitions of what is a family.”<sup>240</sup>

Após trazer alguns exemplos de famílias absolutamente distintas do modelo adotado pela maioria<sup>241</sup>, sublinhando que tais diferenças não acarretaram nenhum desajuste psicológico a seus integrantes, a autora defende a transparência como um importante ingrediente para assegurar o desenvolvimento das crianças, não apenas no âmbito interno da família, mas também em relação à sociedade.

Nessa questão, a Dra. April Martin nota que, em geral, as famílias que procuram omitir a homoafetividade de seus integrantes é formada por pelo menos um indivíduo que no passado manteve um relacionamento heterossexual, até porque a revelação da homoafetividade pode prejudicar a obtenção da guarda ou o exercício do direito-dever de visita dos filhos após a separação, enquanto as famílias que tratam abertamente do assunto são normalmente constituídas de homossexuais que se tornaram pais por meio da adoção, da inseminação artificial ou da chamada “barriga de aluguel” (*gayby boom families*).

---

<sup>240</sup> *Issues for lesbian-and-gay-parented families.*

<sup>241</sup> “Let me give you some examples of families I know: One 10 year boy I know has three parents in two households. In one household is his lesbian biological mother, and in the other are his two gay dads, neither of whom is biologically related to him. In fact, they only entered his life a few years ago when he was four. The fathers share half time custody, including very active involvement in school activities, yet have no legal rights to the child in anything should happen to the mother. His mother has a partner but she is not a designated parent in this family system. The biological father is unknown and not in the picture.” Idem, *ibidem*.

A Dra. April reconhece que o tratamento aberto da homoafetividade implica um risco, tendo em vista o preconceito social, mas acredita que a transparência contribui não apenas para o sadio desenvolvimento da criança, como também ajuda a “mudar os estereótipos e a histeria que afligem nossa cultura e tornar nossas instituições mais realistas e compassivas”:

“The fact that these families are thriving despite tremendous social obstacles is certainly admirable. They have largely done their own advocacy and absorbed the difficulties as individuals. If our agenda is to see that every member of these families is optimally cared for medically and educationally, and if our aim is to protect the rights of children living in these families so that they do not lose a parent due to homophobia and heterosexist definitions of family, then we must, as professionals and simply as neighbors and citizens, be proactive about increasing visibility for them. Families who see themselves welcomed in a school brochure, for example, or mentioned in a kindergarten class on family diversity, will be far more likely to openly disclose to their communities. Their visibility, in turn, will help to change the stereotypes and hysteria that afflict our culture, and make our institutions more realistic and compassionate.”

O resultado das pesquisas realizadas nos Estados Unidos permite afirmar, com segurança, que o modelo familiar adotado pela maioria dos indivíduos heterossexuais, composto de um pai e de uma mãe, não é o único capaz de propiciar à criança e ao adolescente um ambiente saudável para o seu desenvolvimento.

### 5.4.2 Das pesquisas realizadas no Brasil

No Brasil, as pesquisas sobre o tema são incipientes. Trabalho pioneiro realizado pelo antropólogo Flávio Luiz Tarnosvski, tendo por objeto nove homens com filhos ou que desejavam tê-los, e que se autodenominavam *gays*, investigou como se dá a conjugação entre a parentalidade e as vivências homoeróticas, e se existe algum elemento peculiar no que denominou “parentalidade *gay*”.

Apesar de não apresentar um resultado conclusivo, a pesquisa apurou que:

a) se em geral os homossexuais já têm cuidado para revelar sua orientação sexual, os pais homossexuais têm uma preocupação ainda maior, pois temem que seus filhos sejam discriminados<sup>242</sup>, e que sua qualidade como pais seja questionada. Nesse sentido, demonstram não querer ser associados ao “meio homossexual”, tido pela sociedade como “promíscuo”<sup>243</sup>;

b) alguns têm enorme dificuldade para revelar sua orientação sexual para os filhos, fato que influencia diretamente a (não) percepção destes acerca da relação da

---

<sup>242</sup> “Uma das questões centrais dos relatos e que atravessou todas as entrevistas diz respeito à administração do segredo em relação à vida afetiva com homens. Tal fato não é, em si mesmo, nenhuma novidade, posto que já vem sendo amplamente reportado pela literatura sobre homossexualidade. Todavia, no caso particular dos sujeitos aqui entrevistados, a experiência da paternidade reformula esse cálculo de administração do segredo, pois não querem ver sua competência parental ser questionada, assim como não querem que a vida social dos filhos seja prejudicada ao serem identificados como homossexuais.” “Pai é tudo igual?”: Significados da paternidade para homens que se autodefinem como homossexuais, p. 398.

<sup>243</sup> “A maioria dos entrevistados põe em relevo a distância que os separa do ‘meio’, que em geral é tido como um espaço de sexo e diversão. De certa forma, parecem querer evitar que lhes seja colada a imagem negativa do ‘homossexual promíscuo’, o que não impede que possam fazer uma reflexão crítica sobre os estereótipos que circulam sobre a homossexualidade.” Op. cit., p. 400.

homoafetividade com o exercício da parentalidade, e na natureza e intensidade do vínculo com o companheiro do pai<sup>244</sup>;

c) o contorno da família também é determinado pela receptividade da homoafetividade do pai na sua família de origem, o que pode favorecer ou não a formação de uma identidade familiar pela criança<sup>245</sup>; e, por fim,

d) os pais pesquisados não vêem suas famílias como “diferentes”, pelo fato de serem homossexuais, não concordando com a denominação “paternidade *gay*”; se não vejamos:

“Para os pais entrevistados, ter um filho sendo homossexual não produz diferença no campo da paternidade, já que é em relação aos ‘outros’ homossexuais que se constroem como diferentes. O respeito conquistado na criação do(a) filho(a) cria um movimento de moralização da homoafetividade a partir da paternidade. Não é como homossexuais que eles se afirmam pais diferentes, mas é como pais que se afirmam homossexuais diferentes.”<sup>246</sup>

O pesquisador conclui que a única diferença perceptível em relação ao exercício da parentalidade por parte dos homossexuais pesquisados diz respeito às expectativas sociais que recaem sobre eles:

“Sem querer subestimar as avaliações de desempenho que recaem sobre qualquer indivíduo no exercício de funções parentais, aqueles identificados

---

<sup>244</sup> Op. cit., p. 404.

<sup>245</sup> Op. cit., p. 403-407.

<sup>246</sup> Op. cit., p. 408-409.

como homossexuais parecem ter que provar as suas competências parentais, sob pena de serem desautorizados por referência à sua sexualidade. Assim, quando a homoafetividade entra em cena, a capacidade para a criação de filhos perde seu caráter auto-evidente, instaurando um movimento reflexivo em direção à parentalidade. Os sujeitos entrevistados não buscam o reconhecimento de uma diferença, mas ainda precisam dizer (e às vezes provar) que não existe diferença.”<sup>247</sup>

Apesar de o estudo empreendido Flávio Luiz Tarnosvski não apresentar caráter conclusivo, as impressões coletadas não destoam do conhecimento acumulado pelos pesquisadores norte-americanos em mais de vinte anos de estudo.

#### **5.4.3 Do princípio do melhor interesse da criança**

Diante da incisividade dos resultados acima colacionados, é forçoso concluir que a adoção por casais homoafetivos encontra suporte nos princípios constitucionais afetos ao Direito da Criança e do Adolescente, ao contrário da inclinação do senso comum<sup>248</sup>.

A ampla investigação empreendida pelos pesquisadores norte-americanos acerca de aspectos psicológicos envolvidos na criação de crianças e adolescentes por homossexuais que vivem sós ou em uniões homoafetivas, tanto sob o ponto de vista dos pais homossexuais, quanto da perspectiva das crianças, demonstra que a adoção por

---

<sup>247</sup> Op. cit., p. 410-411.

<sup>248</sup> Ver nota 209.

casais homoafetivos encontra-se em sintonia com o princípio do melhor interesse da criança,

Em outras palavras, a recusa do direito de pares homoafetivos adotarem, simplesmente porque não se ajustam ao modelo heterossexual de *casal*, contraria os princípios constitucionais do Direito da Criança e do Adolescente, pois não atende ao melhor interesse da criança e do adolescente, impedindo à criança o exercício do seu direito à convivência familiar.

Tal conclusão, em verdade, não surpreende, pois, não obstante a adoção por casais homoafetivos seja uma realidade distante, muitas crianças e adolescentes já convivem, de fato, com pares homoafetivos, em geral porque mantém vínculo de filiação com um dos companheiros (de natureza biológica ou adotiva). Certamente, se essa situação repercutisse negativamente na criança e no adolescente, as autoridades responsáveis pela tutela da infância e da juventude no Brasil e as entidades que defendem os Direitos Humanos, ao menos já teriam se oposto a manutenção dessa situação.

Diante das evidências científicas sobre a matéria, a recusa do direito dos casais é que configura manifesta contrariedade ao princípio do melhor interesse da criança, princípio que normalmente é invocado por aqueles que propugnam que a adoção, nesses casos, não pode ser admitida em função da orientação dos membros do casal.

Isso porque, a manutenção de vínculo jurídico exclusivamente com apenas um dos membros do casal homoafetivo redundaria em graves prejuízos à criança e ao adolescente. Basta dizer que, em tal situação o adotado somente será titular de direito a alimentos,

direitos previdenciários e direitos sucessórios, somente para citar alguns, em relação ao companheiro com quem mantém relação de parentesco oficial, ficando impedido de se valer de tais direitos em relação ao seu outro pai ou a sua outra mãe. Para tanto, terá que apelar ao Poder Judiciário, o que significa submeter-se a todos os percalços de um processo judicial, muito embora, é preciso deixar claro, ser este, dos três Poderes da República, aquele que mais tem avançado no reconhecimento dos direitos dos homossexuais.

Somente a título ilustrativo, na hipótese de separação do casal homoafetivo, e tendo a criança ou adolescente estabelecido vínculo de natureza parental com o parceiro ou com a parceira que não figurou na adoção, o exercício do direito-dever de visita desse pai ou dessa mãe, por exemplo, será enormemente dificultado, fato que certamente também implica grave dano ao adotado.

De igual modo, o direito de a criança reivindicar alimentos do membro do casal que não figurou na adoção será dificultado, na medida em que, para tanto, a criança terá de demonstrar a existência de vínculo de natureza parental com o ex-companheiro de seu pai ou a ex-companheira de sua mãe.

E, diante da morte do pai ou da mãe adotiva, o parceiro ou a parceira sobreviva, além de lidar com a perda do seu companheiro ou companheira, terá que lutar para obter a guarda de suas crianças, tal qual ocorreu com Maria Eugênia, companheira da Cássia Eller, que disputou na Justiça a guarda de Chicão, filho da cantora.

O não reconhecimento da adoção por casais homoafetivos, resulta, portanto, na redução do nível de proteção da criança e do adolescente, que ficaram desamparados em relação ao membro do casal com quem não mantém vínculo jurídico reconhecido pelo Estado.<sup>249</sup>. No nosso entender, aqueles que relutam em aceitar a adoção por pares homossexuais estão, na verdade, advogando contra o interesse da crianças e do adolescente.

#### 5.4.4 Decisões judiciais

Em consonância com as evidências científicas acima mencionadas, recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concedeu a adoção a um casal homoafetivo, *verbis*:

“APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora de 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 curadores. É hora de abandonar de vez

---

<sup>249</sup> Igualmente ressaltam esse ponto Maria Berenice Dias, *União homossexual: o preconceito & a Justiça*, p. 111-112; Viviane Girardi, *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*, p. 148-150; Ana Paula Ariston Barion Peres, *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*, p. 158.

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 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.” (Apelação cível nº 70013801592, Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05/04/06)

É interessante observar que essa decisão não apenas faz menção expressa aos “estudos especializados” aos quais nos referimos acima, como também se baseia em laudo técnico que, no caso específico dos autos, concluiu pela existência de vínculo saudável entre o casal homoafetivo e as crianças.

Outra decisão relevante, desta vez originária da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, conquanto não tenha concedido a adoção a um casal homoafetivo – até porque o pedido fora formulado apenas por uma das companheiras – após avaliar a qualidade da relação estabelecida entre o adotando, de um lado, e a pretendente à adoção e sua companheira, de outro, ao longo de cerca de três anos em que ambas exerceram a guarda conjunta da criança, igualmente houve por bem deferir a adoção:

“As guardiãs de A. não esconderam o fato de manterem relacionamento homossexual, ao passo que a guardiã de A. estava enfrentando outros tipos de problemas.

(...)

O que se discute é a conveniência ou não da adoção pela recorrente. E, ao que se extrai, o seu deferimento representa reais vantagens para A., consistentes no efetivo restabelecimento e fortalecimento dos vínculos afetivos que já entrelaçaram suas vidas.

O período de mais de três anos de “estágio” demonstrou ser possível a convivência familiar, que pode transparecer não ser a mais adequada, como a realidade da grande maioria de famílias naturais que, mesmo não sendo perfeitas, proporciona carinho, amor e estrutura emocional a seus componentes.”

(Apelação cível nº 123.719-0/9-00, Relator Desembargador Paulo Alcides, j. 17/07/06)

O destaque conferido às decisões acima colacionadas deve-se ao fato de que, em ambas, os órgãos colegiados, apreciaram situações concretas de crianças que, por determinado período foram criadas por duas mães, e, não somente com base nas alegações das partes, mas também a partir de relatórios produzidos pelos auxiliares técnicos do Poder Judiciário, alcançaram as mesmas conclusões reportadas nos estudos científicos existentes, admitindo que a adoção por pares homoafetivos pode perfeitamente representar reais vantagens para o adotado, guardando sintonia, portanto, com o princípio constitucional do melhor interesse da criança.

## CONCLUSÃO

1) A Constituição constitui um sistema abertos de regras e princípios. Estes, devido ao seu caráter abstrato, e por traduzirem os valores, os bens e os direitos mais caros à sociedade, ocupam papel de destaque, emprestando fundamento às normas infraconstitucionais, condicionando a atividade do intérprete, e conferindo unidade ao sistema jurídico. O intérprete, ao produzir a norma jurídica, deve abrir-se para os valores amalgamados nos princípios constitucionais, partindo dos princípios mais genéricos, até alcançar aqueles mais específicos, procurando sempre a unidade do sistema.

2) Entre os princípios constitucionais contemplados na Constituição Federal de 1988, o princípio da igualdade incide com supremacia sobre a *quaestio juris* da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, na medida em que o ponto nevrálgico da questão reside em perquirir se é possível, sob o ponto de vista jurídico, recusar-lhes esse direito, que é amplamente reconhecido aos casais heterossexuais, ponto sobre o qual circundam todos os demais. A civilização moderna registrou um notável desenvolvimento do princípio da igualdade, que, partindo de uma concepção meramente abstrata (igualdade formal), ao longo da história incorporou uma perspectiva concreta (igualdade material), tanto sob a perspectiva sócio-econômica, quanto da perspectiva de um ideal de justiça enquanto reconhecimento das diferenças de grupos minoritários, como o dos homossexuais.

3) A família, base da sociedade e merecedora de proteção especial do Estado, não se limita aos modelos expressamente consignados no texto constitucional, devendo ser considerada entidade familiar todo agrupamento constituído de afetividade, estabilidade

e ostensividade – elementos essenciais da família contemporânea – donde se inclui às denominadas uniões homoafetivas. A restrição do conceito de família defendida por parcela da doutrina especializada, fundada na interpretação literal do texto constitucional, configura retrocesso ao já ultrapassado *positivismo legalista*, e não se coaduna com o princípio da isonomia, que proíbe expressamente a discriminação por orientação sexual, tampouco com os princípios constitucionais específicos de Direito de Família, com destaque para o princípio da afetividade e o princípio do pluralismo das entidades familiares. Nesse diapasão, não há como deixar de reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, inclusive para fins de consecução do direito à convivência familiar de que são titulares as crianças e adolescentes.

4) A profunda evolução verificada no instituto da adoção de crianças e adolescentes ao longo do século XX, que, de contrato privado, passou a desempenhar importante papel na tutela dos princípios constitucionais da proteção integral, do melhor interesse da criança e do adolescente e da convivência familiar, nos obriga a lançar um novo olhar sobre o tema da adoção por casais homoafetivos, desta vez sob a ótica dos interesses da criança e do adolescente, seres em processo de formação, e, por isso, merecedores de especial tutela do Estado, da sociedade e da família. Sem essa abordagem, a investigação sobre o objeto da presente dissertação restaria incompleto e a conclusão alcançada distanciar-se-ia do princípio da unidade da Constituição.

5) Conquanto, há mais de vinte anos a ciência tenha afastado a idéia de que a homoafetividade constitui doença, eliminando a noção de que esse traço da personalidade humana por si só agrega caráter negativo à personalidade humana, e, considerando-se a limitação da Ciência do Direito para oferecer resposta segura a essa

questão, para o esgotamento da investigação da relação entre a adoção por casais homoafetivos e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, recorreremos ao conhecimento acumulado pela Psicologia norte-americana, resultado de mais de duas décadas de pesquisas sobre os aspectos psicológicos envolvidos no exercício da parentalidade homossexual, tanto sob a perspectiva dos pais, quanto do ponto de vista da criança e do adolescente. O amplo repertório de resultados obtidos ao longo desse período permite concluir, com segurança, que casais homoafetivos contam com as mesmas condições que os pares heterossexuais, de oferecer à criança e ao adolescente ambiente propício para o seu sadio desenvolvimento, não havendo, definitivamente, qualquer óbice à adoção por casais homoafetivos sob a perspectiva do melhor interesse da criança e do adolescente.

6) Da análise conjunta dos princípios constitucionais genéricos e específicos que incidem simultaneamente sobre a questão da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, e tendo em vista o resultado das pesquisas científicas produzidas até o presente momento, sobretudo nos Estados Unidos, não há justificativa lógica que autorize dispensar-lhes tratamento distinto em relação aos pares heterossexuais. Tal conduta configuraria flagrante violação de um dos valores mais caros à sociedade – a isonomia –, que assegura a todos paridade de tratamento pela lei (formal), além do reconhecimento de suas diferenças, como é o caso dos homossexuais (material).

**BIBLIOGRAFIA**

AMERICAN PSYCHOLOGIST ASSOCIATION. *Resolution on sexual orientation, parents, and children*. Disponível em <<http://www.apa.org/pi/lgbc/policy/parents.html>>. Acesso em 28/8/2006.

ARAUJO, Luis Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União entre pessoas do mesmo sexo. In: *Repensando o direito de família: anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 141-159. Congresso realizado em Belo Horizonte, de 2 a 25/10/1997.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos (família, sua constituição e proteção). In: Maria Helena Diniz (coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BENEDITO, Ademir de Carvalho. Justiça de menores no Brasil – sua verdadeira finalidade. In: *Temas de direito do menor: Coordenação das Curadorias de Menores do Ministério Público do Estado de São Paulo*. Munir Cury (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 179-185.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da família*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família*. 5ª ed. Atual. Joaquim Macedo Bittencourt Netto e Antônio Carlos Mathias Coltro. Campinas: Millenium, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil sem homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BUELL, Carol. Legal issues affecting alternative families: a therapist's primer. In: Deborah F. Glazer e Jack Drescher (coord.). *Gay and lesbian parenting*. New York: The Haworth Medical Press, 2001, p. 75-90.

CAMPOS, Germán J. Bidart Campos. *Teoría general de los derechos humanos*. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CHAUI, Marilena. Senso comum e transparência. In: *O preconceito*. Julio Lerner (ed.). São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1996/1997.

CHAVES, Antonio. *Lições de direito civil: direito de família*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1974.

\_\_\_\_\_. *Adoção, adoção simples e adoção plena*. 4ª ed. São Paulo: Julex Livros, 1988, 2 v.

COMPARATO, Fábio Konder. *Revista dos Tribunais* 750: 11-19.

\_\_\_\_\_. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público* 1: 69-78.

\_\_\_\_\_. A Constituição mexicana de 1917. Disponível em <[www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm](http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm)> Acesso em 17/7/2005.

\_\_\_\_\_. A Constituição alemã de 1919. Disponível em <[www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm](http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm)> Acesso em 17/7/2005.

COSTA, Jurandir Freire. *Politicamente correto*. Disponível em <<http://www.jfreirecosta.com/>> Acesso em 5/7/2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990-1994. 9v.

CZAJKOWSKI, Rainer. Reflexos jurídicos das uniões homossexuais. *Jurisprudência Brasileira* 176: 95-107.

DIAS, Maria Berenice. *Direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *União Homossexual: o preconceito & a justiça*. 3ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ, Souza (Trad.). *Código de Napoleão ou código civil dos franceses*. Rio de Janeiro: Record, 1962.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. e notas Nelson Boeiras. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atual. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, Anacleto de Oliveira, *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais/ EDUSP, 1973.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniãos homossexuais e seus efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Estado de Direito e Constituição*. 3ª ed. rev. atual. Saraiva: São Paulo, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Claudia da Cunha. *Liberdades públicas: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais*. 5ª tir. Curitiba: Juruá, 2005.

FRY, Peter. MACRAE, Edward. *O que é homossexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. Isonomia e igualdade material na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*. São Paulo. nº 72, p. 125-132, out./dez. 1984.

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

GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado: inclusive o Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (coord.). *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

GRAÑA, Roberto Barberena. É a homossexualidade um problema clínico? In: *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. 1ª ed. (3ª tiragem). Curitiba: Juruá, 2003, p. 157-168.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Forense: Rio de Janeiro, 1968.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. In: *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira (coords.). Rio de Janeiro: Imago, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais e o interesse das crianças. In: *Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito civil aplicado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 6 v.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. *Jornal do Advogado*, Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo e da CAASP, n. 297, ano XXXI, agosto de 2005, p. 11.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, Ibdfam, nº 12: 40-55, jan./mar.2002.

MAÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de Paula. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. A subsidiariedade da adoção internacional: diálogo entre a Convenção de Haia de 1993, o ECA e o novo código civil brasileiro. In: *Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 23-59.

MARTIN, April. *Issues for lesbian-and-gay parented families*. Disponível em: <<http://parenthood.library.wisc.edu/Martin/Martin.html>> Acesso em 27/8/2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MELLO, Luiz. *Outras famílias: a construção social da conjugalidade homossexual no Brasil*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332005000100010&Ing=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000100010&Ing=pt&nrm=iso)>ISSN 0104-8333> Acesso em 5/7/2006.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 1, out./dez., 1992.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, [s.d.], 4 vol.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954-1969. 60 v.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. 2ª ed. rev. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972, 6 v.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. O décimo-quinto aniversário da Convenção sobre os Direitos da Criança – contributo para o aprofundamento e implementação do direito internacional dos direitos humanos. *Revista dos Tribunais* 831: 133-146.

MORAES, Walter. A adoção no Código de Menores. *Revista do Advogado* 6: 20/26.

NERY JR., Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intemporal. *Revista de Direito Privado* 12: 9-49.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Roberto de. Pátriopoder. In: *Revista da Folha*. São Paulo. 14/8/2005, p. 6-11.

PATTERSON, Charlotte J. *Lesbian and gay parenting*. Disponível em: <<http://www.apa.org/pi/parent.html#I.%20SUMMARY%20OF%20RESEARCH%20FINDINGS>>. Acesso em 22/8/2006.

\_\_\_\_\_. Families of the lesbian baby boom: maternal mental health and child adjustment. In: Deborah F. Glazer e Jack Drescher (coord.). *Gay and lesbian parenting*. New York: The Haworth Medical Press, 2001, p. 91-107.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. 5. Rio de Janeiro, Forense, 1972.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A família – estruturação jurídica e psíquica. In: *Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva, Da adoção. In: *Direito de família e o novo Código Civil*. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 124-140.

\_\_\_\_\_. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. *Revista Brasileira de Direito de Família* 6: 31-49.

\_\_\_\_\_. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. *Revista de Direito Civil* 62: 35-46.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6ª ed. rev. amp. atual. São Paulo: Max Limonad, 2004.

\_\_\_\_\_. Desafios e perspectivas dos direitos humanos: a inter-relação dos valores liberdade e igualdade, p. 95-112.

PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo. v. 7, n. 28, p. 82-88. jul./set. 1999.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O Conteúdo do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, nº 15, p. 85-99, 1996.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Introdução ao direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. 2ª tiragem com acréscimos Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza (org.). Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: Boaventura de Souza Santos (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

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

\_\_\_\_\_. Direitos humanos da criança. *Revista Trimestral de Direito Público* 26: 5-13.

SOUZA, Francisco Loyola et al. *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Porto Alegre: Sulina. 2003.

SOUZA, Myriam Vasconcelos de. Adoção *intuitu personae* à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista de Direito de Família* 149-154.

SULLIVAN, Ann (ed.). *In gay and lesbian adoption: proceedings of the Fourth Annual Peirce-Warwick Adoption Symposium*. Washington: Child Welfare League of America, 1995.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARNOVISKI, Flávio Luiz. “Pai é tudo igual?”: Significados da paternidade para homens que se autodefinem como homossexuais. In: *Sexualidade e saberes: convenções e fronteiras*. Adriana Piscitelli, Maria Filomena Gregori e Sérgio Carrara (org.). Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 385-414.

VENÂNCIO, Renato Pinto. Adoção antes de 1916. In: *Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 271-282.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Filiação adotiva. In: *Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). AASP

VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria Andrade (orgs.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Conteúdo parcial da VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Manaus, 1980.