

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em
Direitos Fundamentais e Processos Constitucionais

Lara Cintia de Oliveira Santos

**A CONSTITUCIONALIDADE DO CONCEITO DE FAMÍLIA E A ADOÇÃO
DE CRIANÇA POR PARES HOMOAFETIVOS**

Brasília – DF
2013

Lara Cintia de Oliveira Santos

**A CONSTITUCIONALIDADE DO CONCEITO DE FAMÍLIA E A ADOÇÃO
DE CRIANÇA POR PARES HOMOAFETIVOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Direitos Fundamentais e Processos Constitucionais, no Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Linha de Pesquisa B - Direitos Fundamentais e Processos Constitucionais.

Orientadora: Profa. Dra. Júlia Ximenes

Brasília - DF

2013

Lara Cintia de Oliveira Santos

**A CONSTITUCIONALIDADE DO CONCEITO DE FAMÍLIA E A ADOÇÃO
DE CRIANÇA POR PARES HOMOAFETIVOS**

Aprovada pelos membros da banca examinadora em __ /__ /2013, com menção ____
(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Profa. Dra. Júlia Maurmann Ximenes (IDP)

Integrante: Profa. Dra. Soraia da Rosa Mendes (IDP)

Integrante: Prof. Dr. Roniere Ribeiro do Amaral (UnB)

Ao meu pai, **in memoriam**, que sempre lutou pelas causas justas.

À minha mãe, que sempre acreditou em mim e nos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela força que me transmite, permitindo-me existir, pensar, conquistar e ser feliz.

Às orientações da professora Júlia Ximenes no acompanhamento desse trabalho.

Às enormes dificuldades que enfrentei para realizar esta dissertação.

E, acima de tudo, o respeito ao ser humano.

“Amar não é olhar um para o outro, é olhar juntos na mesma direção”.

Antoine de Saint-Exupéry (2006)

RESUMO

O propósito deste estudo é, levando-se em consideração a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 (julgada em maio de 2011) especificamente, verificar a visão dos tribunais em relação à adoção de crianças e adolescentes após o julgamento da ADPF pelo Supremo Tribunal Federal. Observar o que mudou na jurisprudência desses tribunais, uma vez que o legislador, até o presente momento, continua omissos na atuação da matéria.

Palavras-chave: ADPF 132. Adoção. Crianças. Adolescentes.

ABSTRAT

The purpose of this study is taking into consideration the ADPF 132 (judged in May 2011) specifically, to ascertain the views of the Courts in relation to the Adoption of Children ADPF after trial by the Supreme Court. Observe what has changed in the jurisprudence of these tribunals, since the legislator, to date, remains silent on the role of matter.

Keywords: ADPF 132. Adoption. Children.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
2 FAMÍLIA	15
2.1 Família no mundo	15
2.2 Família no Brasil	19
2.3 Princípios genéricos no direito de família.....	23
2.4 Princípios específicos	25
2.5 Afeto	27
3 ADOÇÃO	39
4 UNIÃO ESTÁVEL E UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL	555
5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO HOMOAFETIVO ANTES E DEPOIS DA ADPF 132.....	67
CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS.....	80

INTRODUÇÃO

A noção geral da constitucionalização do direito civil faz-se necessária à medida que foi a partir dela que princípios do direito de família foram elevados ao patamar constitucional. O Código Civil deixou de ter primazia na regulação das relações jurídicas de direito privado, deixou de ser o centro normativo.¹

A hermenêutica jurídica interpretava a Constituição como sendo um documento político ou uma compilação de normas jurídicas a ser utilizado de forma subsidiária pelo hermeneuta.

A Constituição Federal, hoje, possui um poder tal que todos os textos normativos devem não somente confluir para ela, mas também dela partir sempre², sob pena de se ferir a legalidade constitucional.³

Com efeito, privilegiou-se o casamento, entidade familiar constituída sob os moldes formais, ou seja, união de homem e mulher⁴, com respeito às regras. Tudo isso influenciado pela religião.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 trouxe princípios fundamentais que modificaram o ordenamento jurídico brasileiro, com a quebra de paradigmas e percepções notáveis na doutrina e na jurisprudência.

De fato, esses princípios são “[...] preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo.”⁵ A atribuição do *status* de norma jurídica às normas constitucionais foi uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas no século passado.

O conceito de família⁶ mudou.

Atualmente, a família formada por pai-mãe-filho não é mais o único modelo de entidade familiar.

¹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, 2003, p. 169.

²Como bem afirma Leila Donizetti (2007, p. 46), “[...] dessa forma, a dialética entre o Direito Civil e a Constituição deve ser constante.”

³GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2003, p. 168.

⁴ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**, 1981, p. 124.

⁵TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, 2004, p. 393.

⁶ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**, 1981, p. 112.

Isto porque o conceito de família é relativo, alterando-se continuamente como reflexo do desenvolvimento social e, principalmente, dos costumes. Os modelos de família estão mais diversificados.

Tornou-se comum a família monoparental, formada pelo pai ou mãe e o filho; a família formada apenas por irmãos; por primos; por tios e sobrinhos; por avós e netos e, por que não, a família formada por homossexuais, sem filhos, com filhos de um deles ou até com filhos adotados por um deles.

Para Rawls, uma instituição não é convenientemente regulada e ajustada quando o processo social deixa de ser justo. Além disso, as condições sociais podem existir em um dado momento e em seguida não mais se ajustar aos padrões convencionais da época.⁷

A família tem um conceito diferenciado daquele tradicional e histórico, pois se apresenta de inúmeras formas, com infinitas variações que a lei deve levar em conta quando tenta regulamentá-la e protegê-la.

Ressalte-se que o entendimento doutrinário era de que o matrimônio “[...] a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos.”⁸

Dessa forma, toda e qualquer família⁹, entendida a relação entre seres humanos, impregnada de afeto (*affectio familiae*) e que se afigure estável (duradoura no tempo) e ostensiva (de caráter público e notório), foi posta sob tutela constitucional, pois a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

A guisa desse entendimento, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro¹⁰ dispôs o seguinte: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁷RAWLS, John. **Justiça e democracia**, 2000, p. 13-15.

⁸MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, 1978, p. 321.

⁹LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**, 2003, p. 89-90.

¹⁰O art. 4º da LICC dispõe, *in verbis*: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, estar-se-á à frente de uma entidade familiar; forma de convívio que goza de proteção constitucional.

Assim, o objetivo desta dissertação é analisar o atual conceito de família, no qual considera não mais a diversidade de sexo para sua formação, mas sim o afeto como fator primordial para sua existência.

Para tanto, no capítulo um abordou-se um breve estudo histórico da família, desde a idade média até as mudanças do mundo moderno e, por conseguinte, apresenta alguns conceitos sobre afeto, vez que possui uma concepção muito ampla, envolvendo a história, a filosofia, a psicanálise, além da literatura, para sua real definição.

O segundo capítulo tratou da *adoção* na Constituição Federal do Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e, subsidiariamente, no Código Civil Brasileiro, enfatizando os dispositivos legais pertinentes ao tema, fazendo uma abordagem à competência para processar e julgar a ação de deferimento da adoção de uma criança.

No terceiro capítulo foram analisadas as uniões estável e homoafetiva no Brasil.

E, no quarto capítulo, demonstrou-se a constitucionalização do Direito Civil em relação à homoafetividade e examinou-se, especificamente, as decisões sobre o tema, antes e depois do julgamento da ADPF 132¹¹.

O problema surge, entretanto, quando o texto legal é omissivo em relação à união homoafetiva. Por certo que a modificação desse texto atenderia a sua verdadeira função social.

Todavia, essa omissão legislativa foi suprida pela Constituição Federal de 1988, uma vez que, ao se utilizar de princípios constitucionais como solução para a falta de legislação própria, operou-se no ordenamento jurídico uma verdadeira transmutação em seu conteúdo e nas regras de direito de família.

¹¹É um instituto transformador do sistema. Não é ação de constitucionalidade, mais de "descumprimento", portanto é mais ampla que as ações de inconstitucionalidade. O termo "descumprimento" abrange todo tipo de inconstitucionalidade, e inclusive, atos não normativos e anteriores à constituição.

A Constituição Federal de 1988 surge exatamente para suprir essa omissão legislativa em relação às novas formações familiares, vez que a primeira nunca se concretiza na exata medida da segunda, por tomar a realidade rumos que não correspondem à imagem racional de que dispunha o legislador à época de sua legislatura.

Nesse contexto, sustenta-se, na casuística, que o Código Civil, cuja conformação deve ser analisada sob o manto constitucional, teve o significado de família modificado. Essa reconstrução jurídica foi comprovada quando o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF 132.

Outrossim, esta pesquisa de mestrado consiste na demonstração de que a omissão legislativa em relação à união de pessoas do mesmo sexo foi superada com o advento da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, surge o seguinte problema: em que medida a Constituição Federal de 1988 alterou os parâmetros do conceito de família? ¹²

Com isso, há uma maior tendência à utilização de princípios constitucionais para a resolução dos casos levados ao Judiciário.

Para a solução do problema proposto, dois foram os campos de pesquisa explorados nos *sites* do STF, do STJ e dos Tribunais de Justiça de alguns estados do Brasil, fonte primária do presente estudo, quais sejam: a ADPF 132¹³ e os casos julgados pelo STF e pelos demais tribunais.

Na segunda abordagem foram selecionadas, por meio de ferramenta de pesquisa de jurisprudência nas mencionadas páginas eletrônicas, todas as decisões relacionadas ao tema, julgadas antes da ADPF 132, ou seja, anteriores a 05/05/2011.

A escolha dos casos a serem tratados como marco temporal são frutos de estudo e de opções feitas pela autora para a presente pesquisa, tendo como critérios para sua seleção a

¹²LEITE, Heloísa Maria Daltro. **O novo Código Civil do direito de família**, 2004, p. 165.

¹³ Trata-se de uma ação de descumprimento de preceito fundamental, mediante a qual o governador do Estado do Rio de Janeiro pretendia que o STF declarasse que o regime jurídico da união estável deveria se aplicar, também, às relações homoafetivas.

vinculação ao tema analisado (união homoafetiva) e a alteração do quadro fático vivenciado pelo judiciário brasileiro.

1 FAMÍLIA

O motivo para estudar o significado da palavra família deveu-se à necessidade de se descobrir sua origem e de se analisar a sua modificação no contexto histórico.

De fato, o conceito de família não é unívoco para todas as épocas e culturas, podendo-se apreciar substanciais diferenças transculturais entre os membros da família que se sentem parte dela, com papéis e funções esperados de cada um e da família como um todo. Vale salientar que não se trata de mera reprodução da história, mas sim da necessidade de atualização do significado a partir do percurso histórico analisado.¹⁴

O termo “família” é derivado do latim “*famulus*”¹⁵, que significa “escravo doméstico”. Foi criado na Roma antiga para designar um novo grupo social que surgiu entre as tribos latinas ao serem introduzidas à agricultura e à escravidão legalizada.¹⁶

Atualmente, o conceito de família representa um grupo social primário que influencia e é influenciado por outras pessoas e instituições, ou seja, a família é um grupo de pessoas ou um número de grupos domésticos ligados por descendência (demonstrada ou estipulada), a partir de um ancestral comum, matrimônio ou adoção. Nesse sentido, o termo confunde-se com clã.

Dentro de uma família existe sempre algum grau de parentesco. Membros de uma família costumam compartilhar do mesmo sobrenome, herdado dos ascendentes diretos.

A família é feita por múltiplos laços, capazes de manter os membros unidos, moral e materialmente, durante gerações.¹⁷

1.1 Família no mundo

Para Engels, existem quatro tipos de famílias: consanguínea, punaluaana, sindiásmica e monogâmica.¹⁸

¹⁴OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do código de Hamurabi**. A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito, 2003, p. 299-330.

¹⁵ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**, 2001, p. 103.

¹⁶GIMENO, Adelina. **A família, o desafio da diversidade**, 2001, p. 41.

¹⁷SARACENO, Chiara. **Sociologia da família**, 1997, p. 122.

¹⁸Engels, em seu livro **A origem da família, da propriedade privada e do estado**, faz um paralelo da família com a produção material, utilizando a monogamia como "propriedade privada da mulher".

A família consanguínea, por exemplo, era formada dentro de um sistema¹⁹ no qual os membros enquadravam-se no mesmo grau de parentesco entre si, sendo marido e mulher, ou seja, era possível o relacionamento sexual entre todos os avôs e avós, pais e mães, irmãos e irmãs e assim por diante. Na visão de Caio Mário, essa condição era incompatível com a ideia exclusivista do homem.²⁰

Todavia, nem mesmo os povos mais atrasados organizaram-se de acordo com tal modelo.

Na família punaluana, por exemplo, foram excluídos, paulatinamente, do comércio sexual recíproco, pais e filhos, bem como irmãos.

A ruptura entre as antigas comunidades domésticas e a conseqüente formação de outras decorre exatamente da proibição do relacionamento sexual entre filhos da mesma mãe.²¹

Havia até a possibilidade de se verificar que os irmãos possuíam casamento comum com determinado grupo de mulheres, excetuando-se apenas as próprias irmãs.²²

Com efeito, estando proibidas as relações entre irmãos e irmãs, dentre estes os colaterais distantes pela linha materna, o grupo familiar acabava por se tornar um círculo fechado de parentes consanguíneos.²³

Porém, na vigência do casamento por grupos, o homem tinha uma mulher principal (ainda que não se possa dizer que fosse uma favorita) entre suas numerosas esposas, e era para ela o esposo principal entre todos os outros.²⁴

Com o decurso do tempo, passou a ser vedado o matrimônio com parentes de qualquer grau, o que inviabilizou o casamento por grupo, levando à formação da família sindiásmica,

¹⁹Na cultura ocidental, uma família é definida especificamente como um grupo de pessoas de mesmo sangue ou unidas legalmente (como no casamento e na adoção). Muitos etnólogos argumentam que a noção de "sangue" como elemento de unificação familiar deve ser entendida metaforicamente; dizem que em muitas sociedades e culturas não ocidentais a família é definida por outros conceitos que não o "sangue". A família poderia, assim, constituir-se de uma instituição normalizada por uma série de regulamentos de afiliação e aliança aceita pelos membros.

²⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 1997, p. 23.

²¹ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**, 1981, p. 45.

²²Se houve um considerável enriquecimento nas noções que se têm do matrimônio por grupos, estas se devem, sobretudo, ao missionário inglês Lorimer Fison, que durante anos estudou essa forma de família na Austrália.

²³ENGELS, op. cit., p. 41.

²⁴ENGELS, op. cit., p. 80.

onde o homem tinha direito a estabelecer relações poligâmicas²⁵, ainda que não o fizesse com muita frequência por motivos de ordem econômica.

Ao mesmo tempo, à mulher era proibido o adultério, sob a condição de submissão a duras penas.²⁶

Vale lembrar, também, que, antes da Idade Média, os matrimônios eram estabelecidos por convenção entre as famílias, com o que os interessados se conformavam.

Passou-se a existir um modelo conjugal cristão, que se manteve até a época moderna em que os laços matrimoniais eram eternos, garantindo aos homens a limitação da quantidade de filhos legítimos²⁷.

Apenas para registro, no direito romano, ao tratar do tema relacionamento familiar²⁸, nota-se que para o seu exercício era preciso que a pessoa gozasse de plena capacidade jurídica. Além da liberdade e da qualidade de cidadão, era necessária a independência de qualquer autoridade familiar e o *pater*²⁹, como era chamado, detinha a plena capacidade jurídica.

Para Caio Mário, o *pater*³⁰ acumulava as funções de chefe político, sacerdote e juiz, sendo que somente a ele era permitida a aquisição de bens e a detenção do poder sobre o patrimônio familiar, a mulher e os filhos.

Isto porque a religião³¹ era a razão pela qual a civilização romana dividia-se em grupos familiares, muito embora não tenha ela fornecido as regras para sua organização.

Todavia, foi a partir do século IV, durante o governo de Constantino, que o cristianismo influenciou de tal maneira a concepção familiar, introduzindo questões de ordem

²⁵SARACENO, Chiara. **Sociologia da família**, 1997, p. 14.

²⁶Ibid., p. 22.

²⁷DALARUN, Jacques. Olhares de Clérigos. In: **História das mulheres no Ocidente**. Porto: Afrontamento, v. 2, 1993, p.30.

²⁸SILVA, José Luiz Mônaco. **A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**, 1995, p. 5.

²⁹GIORDANI, Mário Curtis. **História de Roma**, 1972, p. 19.

³⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 1997, p. 23.

³¹LUZ, Valdemar P. Direito de família. **Resumos jurídicos**, 2006, p. 9.

moral³², como a proibição de relações sexuais entre pais e filhos, entre irmãos etc. Firmou-se, com isso, a concepção da absoluta igualdade dos direitos e deveres entre os esposos.

No período pós-romano, passou o direito germânico a dirigir as relações familiares.³³

No direito italiano, o parentesco civil passou a ser aquele criado por lei ou por adoção. Em relação a este instituto, o vínculo legal que surgia era semelhante ao da filiação consanguínea, mas independente de laços de sangue. Tratava-se de uma filiação artificial, que criava um liame jurídico entre duas pessoas – adotante e adotado. O vínculo da adoção denominava-se parentesco civil.³⁴

Certo é que o Código Civil Italiano, em seu artigo 74, entende que parentesco é o vínculo de uma pessoa ou pelo laço sanguíneo ou pelo laço de afinidade.

O mestre italiano Giorgio Cian diz que a noção de parentesco deixou de ser apenas aquela ligada aos laços consanguíneos, ampliando esse conceito para princípios maiores como afinidade, relações afetivas e econômicas.³⁵

Destarte, a organização autocrática deu lugar à democrática-afetiva, onde a autoridade patriarcal deixou de ser o único e exclusivo requisito para constituição de uma família, passando a afetividade a fazer parte dessa formação.³⁶

Mas o *Code Napoléon*, de 1804, foi o ponto fundamental desse processo de codificação, então visto como um progresso no meio legislativo, e que tem traços marcantes do iluminismo, como o individualismo, com uma visão extremamente machista.³⁷

Um grande exemplo disso era que a mulher não tinha os mesmos direitos garantidos aos homens. As igualdades formais não chegavam nem a tangenciá-la.³⁸

Por sua vez, essa codificação visava abarcar todos os aspectos jurídicos possíveis das relações de direito privado, garantindo, dessa forma, uma segurança jurídica que por muito

³² Ibid., p. 9-10.

³³ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**, 1981, p. 110.

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**, 2001, p. 42.

³⁵ CIAN, Giorgio. **Commentario breve al Codice Civile**, 1997, p. 73-74.

³⁶ São agnados "os que viviam sob o pátrio poder de alguém, ou que, se ainda existisse o titular do pátrio poder, sob ele viveriam." (MIRANDA PONTES. **Tratado de direito privado**, 2000, p. 32).

³⁷ Ibid., p. 40.

³⁸ Ibid., p. 45.

tempo quedou-se em leis quase imutáveis. Obviamente essa era uma visão incorreta de se tentar abarcar todo o conteúdo das complexas relações regidas pelo direito privado na busca de fornecer conceitos para tudo que lhe dissesse respeito.

Nesse contexto, surge o ideal kelseniano, o qual encarava a Constituição como um conjunto de normas jurídicas que somente poderia ser modificado com a observância de requisitos especiais.

Para o positivismo jurídico, o princípio fundamental era o da coerência do ordenamento jurídico, garantindo uma unidade lógica das normas.

Era, então, uma norma fundamental que servia de alicerce lógico transcendental da validade da constituição jurídico-positiva, balizadora da criação de outras normas.³⁹

Ocorre que, após a segunda Guerra Mundial, aconteceu o fenômeno de reconstitucionalização da Europa, servindo de escopo para novas mudanças como, por exemplo, as noções de direito constitucional com princípios e normas que estabeleceriam deveres fundamentais à sociedade.

Com efeito, a privatização de algumas relações jurídicas, por meio do direito civil, e a necessidade de intervenção do estado em alguns temas de relevância social impuseram a necessidade de interligação desse ramo do direito com outros, dentre eles o direito constitucional.⁴⁰

O Código Civil perdeu sua primazia na regulação das relações jurídicas de direito privado, passando a embasar o tema em princípios constitucionais.⁴¹

1.2 Família no Brasil

A Constituição Federal do Brasil, de 1884, outorgada no Império, não fez referência à família ou ao casamento.

Da mesma forma, a Constituição Federal de 1891 não dedicou um capítulo sequer acerca do tema.

³⁹KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**, 1998, p. 178.

⁴⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2004, p. 54.

⁴¹GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Código de Direito Civil**, 2003, p. 168.

A família no Brasil, como instituição, somente mereceu tutela na Constituição Federal de 1934. Seus integrantes, como pessoas, não gozavam de tal proteção.⁴²

Outrossim, as Constituições brasileiras, provavelmente foram influenciadas por valores das tradições judaico-cristãs,⁴³ nos quais se repudiavam a atração por pessoas do mesmo sexo.

Entretanto, essas relações clássicas de parentesco estavam montadas em cima de uma dada concepção de família, matrimonializada.

A ideia de família veio mostrar a associação que se fazia entre casamento e legitimidade dos filhos. Uma noção em torno da qual orbitavam as relações de parentesco.⁴⁴

Vale lembrar que, para o direito canônico, também havia o parentesco espiritual, decorrente dos laços entre padrinho ou madrinha e afilhado.

Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro tal disposição é despida de qualquer importância, inexistindo efeitos jurídicos em razão a essa relação.

No entanto, com a desvinculação da religião ao estado, surgiram variados conceitos para parentesco. No caso, por exemplo, de “pai e filho”, esse parentesco foi criado pela própria natureza, por meio do sangue.⁴⁵

O melhor conceito de parentesco pode ser extraído da professora Maria Helena Diniz, o qual se resume como sendo um vínculo existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre cônjuges e os parentes do outro e entre adotante e adotado.⁴⁶

Marido e mulher não são parentes e cada um dos cônjuges é unido aos parentes do outro por afinidade, como dispõe o artigo 334 do Diploma Processual Civil Brasileiro.

Contudo, vale ressaltar que parentesco e afinidade são vínculos que não se confundem, apesar de grande parte da doutrina civilística brasileira adotar a terminologia equiparando-as.

⁴²MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**, 2008, p. 63.

⁴³MACHADO, Jónatas E.M. **Estado Constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.28.

⁴⁴FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**, 1999, p. 219.

⁴⁵RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**, 2002, p. 346.

⁴⁶DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 2002, p. 367.

Para o professor Arnold Wald, afinidade não é parentesco, pois consiste em uma relação entre um dos cônjuges e os parentes do outro. Esta relação não possui a mesma intensidade que o vínculo parental.⁴⁷

A filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram. Essa relação de parentesco, dada a proximidade de grau, cria um sem-número de efeitos no campo do direito, daí derivando a importância de sua verificação.⁴⁸

Vale ressaltar que, no início do século passado, predominava a sociedade patriarcal, sendo o casamento a base da organização familiar, de tal sorte que apenas os filhos havidos durante a constância do matrimônio foram reconhecidos pelo ordenamento jurídico de cunho civil criado em 1916.

No Código Civil de 1916, a redação marcava a diferença entre os chamados filhos legítimos, ilegítimos, naturais e adotivos, estabelecendo tratamento discriminatório, tudo em nome da proteção da família legítima.⁴⁹

Para Clóvis Beviláqua, o direito de família era composto pelo enfeixamento de relações que se originavam da família, como a regulamentação do casamento e de seus efeitos pessoais e econômicos, da determinação do parentesco, do dever de alimentar, do pátrio poder, da tutela e da curatela.⁵⁰

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e com as alterações feitas na legislação brasileira, trazidas pelo parágrafo 6º do artigo 227 dessa Constituição, foi eliminada qualquer distinção entre filhos, independentemente da situação jurídica em que se encontrassem seus genitores.

Mais do que igualar direitos patrimoniais e sucessórios, esse artigo alterou toda a estrutura social no tocante à filiação, ao direito à dignidade da pessoa humana, ao pluralismo político, sexual e religioso.

⁴⁷LEITE, Heloísa Maria Daltro. **O novo Código Civil do direito de família**, 2004, p. 169.

⁴⁸RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**, 2002, p. 318.

⁴⁹LEITE, op. cit., 2004, p. 181.

⁵⁰BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**, 1976, p. 20.

A nova Constituição da República eliminou do ordenamento jurídico a postura preconceituosa daqueles que vislumbravam apenas o casamento, devidamente formalizado, como base familiar, além da visão de que devesse haver diferenciação entre filhos naturais e adotivos.

Consequentemente, a Constituição, como norma maior, balizadora do restante do ordenamento jurídico, deve ser o ponto de partida para as demais normas. Esse caminho permeado por ela é a validade jurídica para a constitucionalização do direito civil.

Houve um desapego da questão meramente biológica da filiação, acabando com terminologias discriminatórias, como a questão de filhos ilegítimos e adotivos. Isto acontecia porque o direito civil costumava ser considerado o eixo normativo, parecendo alheio, ao longo dos anos, às evoluções ocorridas em vários ângulos da sociedade.

Essa visão estática vem sendo desmistificada, retirando-se finalmente a impressão de que o civilista é um ser alheio às transformações sociais.

Mudou-se o paradigma de família, mudou-se a visão do direito civil. A influência da Constituição Federal de 1988 e de seus princípios será tratada mais adiante, ao se abordar a questão da constitucionalização do direito civil.

Assim, a mudança de paradigma deu-se por meio da inserção de princípios constitucionais no direito civil e, em especial, no direito de família, que provocaram uma modificação radical no seu sentido de ir até a raiz, de atuar no seu âmago, na família e seus corolários. E isto é uma verdade incontestável. O direito muda quando se muda a sociedade.⁵¹

Desta forma, quando se modificam os princípios norteadores da essência de determinado ramo do direito, todas as suas ramificações também sentem essa mudança.

Foi o que ocorreu com a família e, por conseguinte, com a filiação.

Hoje, após a Constituição Federal e com o advento do Código Civil de 2002, o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes, algo inconcebível no antigo Código Civil.

⁵¹Rudolf Von Ihering, no seu livro a **Luta pelo direito**, leciona que a ideia do direito e o interesse do estado andam de mãos dadas.

Ademais, o reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento. São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho.

O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento e o menor pode impugnar o reconhecimento nos quatro anos que se seguirem à maioridade ou à emancipação.

Ou seja, a *contrariu sensu* mostra que o conceito de família para o direito moderno é relativo, alterando-se continuamente como reflexo da própria história social e, principalmente, dos costumes.

Com efeito, uma das notas peculiares do final do século XX consiste na verificação de que as famílias devem fundar-se, cada vez mais, em valores existenciais e psíquicos, próprios do convívio próximo, afastando as uniões de valores autoritários.

Torna-se, assim, difícil qualquer tipo de modificação jurídico-conceitual dos institutos que merecem guarida da lei, não conseguindo, as codificações e legislações esparsas acompanharem a fenomenologia das relações sociais.⁵²

Segundo o antropólogo Henry Morgan⁵³, a família é o elemento ativo, ou seja, nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma superior à medida que a sociedade evolui. Desta forma, o apego⁵⁴ ao passado obstaculariza o progresso jurídico.

De feito, quando uma estrutura como a da entidade familiar não acompanha a realidade social sofrerá da injustiça preconizada pelo autor, devendo, assim, ser novamente regulamentada por leis mais condizentes. Foi o que ocorreu na atualidade.

O núcleo familiar, enquanto célula da sociedade, é uma parte integrante do sistema social. A família está inserida na sociedade, em suas estruturas, modelos, hábitos, costumes, condicionamentos do meio ambiente, contextos profissional e contratual.⁵⁵

O conceito de família vem modificando-se, uma vez que as questões religiosas, econômicas e sócio-culturais do contexto em que se encontra inserido também estão em constantes transformações.

⁵²LEITE, Heloísa Maria Daltro. **O novo Código Civil do direito de família**, 2004, p. 168.

⁵³CASTRO, Celso. **Evolucionismo cultural**: textos de Morgan, Tylor e Frazer, 2009, p. 28.

⁵⁴MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 2000, p. 35.

⁵⁵OFM, Ivo Müller. **Outro casamento na igreja**, 2005, p. 11.

1.3 Princípios genéricos no direito de família

Antes de se ater aos princípios específicos relacionados ao direito de família, foram traçados os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se consubstanciado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, *in verbis*:

Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do distrito federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

Muito embora não haja hierarquia entre os princípios, o princípio da dignidade da pessoa humana é entendido como pressuposto e base para a formação da Constituição Federal; seria ele anterior e imprescindível.

A dignidade da pessoa humana não pode ser somente reconhecida onde o direito a prevê, pois ela constitui um dado prévio, preexistente e anterior a toda experiência especulativa.⁵⁶

A dignidade é algo imanente, nasce com o ser humano e dele nunca deve ser separada. É preciso, então, verificar todas as formas de violações, para que se possa garantir, de maneira realmente eficaz, a sua defesa pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, Maria Helena Diniz sustenta que o princípio em comento “[...] constitui base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.”⁵⁷

Admite-se, portanto, que a instituição familiar esteja passando por grandes modificações, mas não chega a ser abalada como organismo natural e, tampouco, como organismo jurídico, havendo, apenas, uma nova organização.

⁵⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2004, p. 75.

⁵⁷DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 2004, p. 66.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é o reduto intangível de cada indivíduo e, portanto, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas.⁵⁸

Entretanto, as restrições aos direitos e garantias fundamentais efetivadas não podem ultrapassar o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.⁵⁹

Por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental para o conceito de família, o que gera uma mudança no entendimento do que vem a ser requisito para que se estabeleça um estado de filiação.

Configura-se, portanto, como um desafio a ser vencido pela sociedade hodierna.

Quanto ao segundo princípio, que trata da isonomia ou igualdade, em especial entre homens e mulheres e entre os filhos, este se encontra disposto no artigo 5º, inciso I da Constituição⁶⁰ e no artigo 1.596⁶¹ do Código Civil. Essa igualdade deve ser entendida muito mais do ponto de vista material do que formal.⁶²

Por fim, como último princípio genérico tem-se o da liberdade. Visto sob o ângulo do direito de família, pode-se entendê-lo como a liberdade de escolha, dando uma maior autonomia para se constituir e extinguir entidades familiares.⁶³

Esses são, portanto, os princípios gerais orientadores das relações familiares e que, não obstante seu caráter genérico, possuem uma fundamental importância no direito de família.

1.4 Princípios específicos

Além dos princípios mais genéricos, é possível elencar como específico do direito de família o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, da consagração do poder familiar igualitário, do melhor interesse da criança e do pluralismo familiar.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2004, p. 79.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 2004, p. 107.

⁶⁰ 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, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

⁶¹ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2004, p. 75.

⁶³ *Ibid.*, p. 77.

O princípio da igualdade entre os filhos está previsto no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, asseverando que “[...] os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”⁶⁴

Este princípio repercute não só no campo material, mas, também, no campo pessoal.

A consagração do poder familiar igualitário encontra-se no artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal, no qual diz que “[...] os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Por sua vez, o artigo 1.634 do Código Civil vem corroborar com o estabelecido no dispositivo supramencionado, tratando do exercício do poder familiar que compete aos pais conjuntamente.

O melhor interesse da criança encontra-se disposto no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal.⁶⁵

É necessária a busca dos meios que melhor atendam aos anseios e às necessidades dos infantes, haja vista suas condições de pessoas em desenvolvimento, momento de formação de valores e caráter.

O artigo 1.584⁶⁶ do Código Civil também demonstra essa preocupação com a formação da criança.

Esse princípio encontra-se tanto na Constituição quanto no Código Civil.

Despiciendo é falar sobre o ECA nesse contexto, uma vez que todo o seu teor é voltado para a proteção integral dos civilmente menores, trazendo, em toda a sua extensão, diversos dispositivos nesse sentido.

⁶⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2004, p. 78.

⁶⁵Art. 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. (BRASIL, 1988).

⁶⁶O art. 1.584, *caput*, do Código Civil dispõe que “[...] decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”. (BRASIL, 2002).

O *best interest of the child* (melhor interesse da criança) encontra-se, também, na Convenção de Haia, que é a Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional da qual o Brasil é signatário.⁶⁷

Pelo princípio do pluralismo familiar, albergaram-se outros modelos de agregação familiar e não somente aquela ideia de entidade familiar proveniente do enlace matrimonial.⁶⁸ Para que exista uma decisão justa, ela deve fornecer a resposta correta para cada caso concreto.⁶⁹

De fato o legislador utilizou no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, o termo família, afirmando-a como base da sociedade e merecedora de especial proteção do estado, sem conceituá-la nem restringi-la.

Ademais, utilizou nos seus parágrafos 3º e 4º do termo entidade familiar.

Tem-se, desse modo, entendido que essa terminologia foi empregada com o intuito de demonstrar a existência de novas formas de família, todas merecedoras de tutela legal e que seu rol é apenas exemplificativo.

1.5 Afeto

Como se vê, o modelo único e tradicional de família, o do matrimônio, no qual se baseavam as antigas funções da família (econômica, política, religiosa e procriativa) perdeu seu espaço para a atual forma familiar, que se fundamenta na afetividade para o desenvolvimento pessoal de cada um dos envolvidos na relação.

Porquanto, as famílias são sistemas sociais complexos, ou seja, redes de relacionamentos recíprocas e alianças que estão constantemente evoluindo e que são muito influenciadas pela comunidade e pela cultura.

Desde a primitividade o afeto está intimamente ligado ao sentido de família. O ser humano, enquanto ser social, deve ser visto em aspecto individual, mas também em seu aspecto social, sendo a família o primeiro e privilegiado núcleo de integração social.

⁶⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2004, p. 78.

⁶⁸WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**, 2003, p. 161.

⁶⁹FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**, 2007, p. 67.

Com o passar do tempo, a sociedade evoluiu trazendo consigo valores nas relações afetivas e, conseqüentemente, na pessoa humana.

A família perdeu a função meramente procriadora e a mulher buscou seu lugar na sociedade. Assim, a concepção de família, hoje, é muito mais abrangente e seus componentes vivem de maneira igualitária.

Nesse contexto histórico, as modificações política, econômica e social foram palco para a transformação da dimensão de família que se deu desde o Código de 1916 até os princípios constitucionais consagrados na carta de 1988.

Assim sendo, as famílias constituem-se, na atualidade, de sentimentos de amor e solidariedade, com propósito de serem preservados os laços afetivos de atenção, carinho, cuidado e proteção dos parceiros e da prole, buscando a realização de projetos de forma agregada.

As interações refletem efeitos diretos ou indiretos, dependendo da instância que se deu a interação, pois, os efeitos diretos são frutos das interações de dois ou mais membros da mesma família, ao passo que os efeitos indiretos provêm da interferência de um terceiro membro familiar.

Por esta razão é que o instituto familiar merece tamanha dedicação de estudo e análise, sempre priorizando o seu maior bem a ser preservado: o afeto.⁷⁰

A liberdade de afeiçoar-se um ser ao outro é muito semelhante à liberdade de contratar um com outro.

Esta analogia entre afeição e contrato serve para um fim justo: mostrar que, como na liberdade de contratar, também a liberdade de afeto é um direito individual implícito na Constituição Federal de 1988, cujo parágrafo 2º do artigo 5º não exclui direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e dos princípios por ela adotados.

Portanto, a família passou ser regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades.

⁷⁰DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**, 2007, p. 134.

Neste ambiente de inovações e adaptações é que os novos modelos familiares, formados pela união de afeto, passaram a fazer parte do direito de família.

A afetividade, como elemento formador da família, deve adaptar-se aos anseios do ser humano e acompanhar suas transformações.

Outrossim, a família transforma-se na medida em que seus membros valorizam as funções afetivas existentes entre eles.⁷¹

O princípio da afetividade possui, então, papel imprescindível para a formação das famílias, sendo capaz de explicar a necessidade do pluralismo das entidades familiares para a sociedade contemporânea.

Por sua vez, o princípio da afetividade, encontrado no artigo 226, parágrafos 7º e 8º, da Constituição Federal, os quais estabelecem a necessidade de uma família-função, em que subsiste a afetividade, justificando a sua permanência como entidade familiar.⁷²

O afeto constitui um direito individual: uma liberdade que o estado deve assegurar a cada indivíduo⁷³.

Mesmo com a intervenção do estado no ditame dos deveres comuns das sociedades familiares, o afeto integra-se e sem ele não existiria o elemento fundamental da intenção volitiva para a formação da família.

A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado da família.

Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

Corolário de todas as transformações e princípios foi o reconhecimento de que, acima de uma realidade formal, a família deve cumprir uma função social, permitindo a plena realização de seus membros, em prol de toda a sociedade.⁷⁴

⁷¹LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**, 2003, p.130.

⁷²PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**, 2000, p. 70.

⁷³DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.19.

⁷⁴COSTA, Judith Martins. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**, 2002, p. 52.

O papel da família é, pois, de significado incontestável para o desenvolvimento sadio da criança.

O dever de convivência valorizou o afeto nas relações familiares, vez que assumiu relevância jurídica e se expressa, por exemplo, na exigência da *affectio maritalis* (como decorrência do sentimento recíproco de amor entre o casal) e no reconhecimento da paternidade socioafetiva.

Pode-se dizer que existem dois momentos referentes à filiação: um fisiológico, que determina a filiação biológica, e um psicológico, que determina a filiação afetiva, sendo esta decorrente da criança sentir-se segura e desejada.

Os próprios pais biológicos podem ser os que atendam às necessidades psicológicas, mas, quando estes são ausentes e não estabelecem vínculos com a criança, são para os sentimentos dela, simplesmente, estranhos.

Não apenas no direito mas em praticamente todas as áreas do relacionamento humano há uma crescente compreensão acerca do acolhimento do afeto como linguagem integrante da condição humana.

De fato, o tratamento carinhoso e respeitoso é, sem dúvida, o que melhor atende ao interesse da criança e do adolescente.

Assim, na falta de carinho, do afeto e do respeito nega-se um direito fundamental à criança e prejudica-se sua personalidade. O afeto é elemento importante na formação da personalidade saudável.

É o que se chama de amor.

Na área educacional, a afetividade possui ingerência constante no funcionamento da inteligência do ser humano, estimulando-a ou perturbando-a, acelerando-a ou retardando-a.

Com efeito, o afeto é arte, canto, poesia, sabedoria, linguagem, educação, conhecimento, inteligência, saúde, felicidade e liberdade.

O afeto é o tempero da vida e o portal para a construção da personalidade da pessoa humana.

Daí a importância da família instituída no afeto.

Todas as mudanças noticiadas em relação à família acabam por criarem uma necessidade de proteção maior pelo estado, merecendo, assim, a atenção da doutrina e da jurisprudência.

Desta maneira, percebe-se como a função social da família influencia e justifica as normas reguladoras neste campo.

A alteração contextual do direito de família é verificada como reflexo da própria modificação social, revelando-se claro o redirecionamento das relações familiares no sentido de preservar o que há de mais importante nas famílias: o sentimento afetivo, a solidariedade, a proteção mútua, o respeito, a consideração.

Procurou-se, desta feita, reconstruir o significado de família, debruçando sobre os novos questionamentos com vistas a uma solução viável, proporcionando julgamentos mais justos e condizentes com a nova realidade social.

No Brasil, a possibilidade de adequação a novas situações⁷⁵ está prevista mediante a outorga de poder significativo ao magistrado.

A filiação socioafetiva é aquela na qual há um tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. Isto porque o parágrafo 6º do artigo 42 do ECA abriga a possibilidade de adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante no curso do respectivo procedimento, com a constatação de que ele manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

Por exemplo, a chamada família anaparental, sem a presença de um ascendente, quando constatados os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual *status* daqueles grupos familiares descritos no artigo 42, parágrafo 2º, do ECA.

Esses elementos subjetivos são extraídos da existência de laços afetivos – de quaisquer gêneros –, da congruência de interesses, do compartilhamento de ideias e ideais, das solidariedades psicológica, social e financeira e de outros fatores que, somados, demonstram

⁷⁵COSTA, Judith Martins. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**, 2002, p. 69.

o *animus* de viver como família e dão condições para associar-se ao grupo, assim construído, a estabilidade reclamada pelo texto da lei.

Nesse tocante, o que informa e define um núcleo familiar estável são os elementos subjetivos, que podem ou não existir, independentemente do estado civil das partes.

O conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode e deve ser ampliado para abarcar a noção plena apreendida nas suas bases sociológicas.

A família deixou de ser a meramente biológica, criando vínculos afetivos entre seus membros.

Alguns tribunais pátrios já vinham manifestando-se no sentido de reconhecer a afetividade como vetor predominante no seio familiar. Pode-se confirmar essa afirmação diante do julgado da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a seguir:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE. REGISTRO.

A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem é apenas a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o despreço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a “posse do estado de filho”, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública.

Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o “estado de filho afetivo”, que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse.

O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. (APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA) (grifo nosso).⁷⁶

Ao certo, o entendimento de alguns tribunais no Brasil passou a ser no sentido de analisar os casos concretos, buscando observar a relação socioafetiva entre os integrantes da unidade familiar para, assim, estabelecer se há, a rigor, uma família, afinal, os laços afetivos são “[...] mais estreitos e mais sólidos que aqueles feitos com papel.”⁷⁷

Nos ensinamentos de Luiz Edson Fachin, “[...] mais que fotos nas paredes ou quadros, família é possibilidade de convivência.”⁷⁸

Diante disso, percebe-se o sentido simbólico que a filiação tem ganhado ao longo dos tempos, retirando aquela ideia de que é filho por que é do mesmo sangue, para entender que é filho por que foi essa a escolha, por que as relações de afeto os ligam de forma inexorável.

Para uma efetiva proteção dessa nova família, é primordial que a legislação acompanhe a sociedade, analisando os critérios valorativos postos em questão para a tomada de decisão em assuntos humanos, particularmente nos éticos e, sobretudo, nos jurídicos, que são de índole muito variada.

Eis que surge o afeto, que deve ser entendido como denominador comum de qualquer núcleo familiar.

A Constituição Federal trouxe o fundamento que é essencial para a determinação do chamado princípio da afetividade, que vem a ser a igualdade entre todos os filhos, independente da origem.⁷⁹

Consolidada no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, a questão da igualdade dos filhos adotivos, prevista também no artigo 227, parágrafos 5º e 6º, que, segundo é cediço, baseia-se nos laços afetivos.

⁷⁶Apelação Cível nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004.

⁷⁷DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**, 2007, p. 72.

⁷⁸FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**, 1999, p. 14.

⁷⁹LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**, 2003, p.130.

Assim, amparado na Constituição Federal, o Código Civil de 2002 trouxe um instituto novo. O afeto era um tema até então não estudado pelo direito.

A propósito, para melhor elucidação do tema, segue a seguinte ementa, *in verbis*:

ADOÇÃO PÓSTUMA. FAMÍLIA. ANAPARENTAL. Para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do *de cuius* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam, o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

Ademais, o § 6º do art. 42 do ECA (incluído pela Lei n. 12.010/2009) abriga a possibilidade de adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante no curso do respectivo procedimento, com a constatação de que ele manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

In casu, segundo as instâncias ordinárias, verificou-se a ocorrência de inequívoca manifestação de vontade de adotar, por força de laço socioafetivo preexistente entre adotante e adotando, construído desde quando o infante (portador de necessidade especial) tinha quatro anos de idade. Consignou-se, ademais, que, na chamada família anaparental – sem a presença de um ascendente –, quando constatados os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual *status* daqueles grupos familiares descritos no art. 42, § 2º, do ECA.

Esses elementos subjetivos são extraídos da existência de laços afetivos – de quaisquer gêneros –, da congruência de interesses, do compartilhamento de ideias e ideais, da solidariedade psicológica, social e financeira e de outros fatores que, somados, demonstram o *animus* de viver como família e dão condições para se associar ao grupo assim construído a estabilidade reclamada pelo texto da lei.

Dessa forma, os fins colimados pela norma são a existência de núcleo familiar estável e a conseqüente rede de proteção social que pode gerar para o adotando. Nesse tocante, o que informa e define um núcleo familiar estável são os elementos subjetivos, que podem ou não existir, independentemente do estado civil das partes. Sob esse prisma, ressaltou-se que o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar a noção plena apreendida nas suas bases sociológicas.

Na espécie, embora os adotantes fossem dois irmãos de sexos opostos, o fim expressamente assentado pelo texto legal – colocação do adotando em família estável – foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si como para o infante, e naquele grupo familiar o adotando se

deparou com relações de afeto, construiu – nos limites de suas possibilidades – seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, encontrando naqueles que o adotaram a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social de que hoje faz parte.

Dessarte, enfatizou-se que, se a lei tem como linha motivadora o princípio do melhor interesse do adotando, nada mais justo que a sua interpretação também se revista desse viés **(REsp 1.217.415-RS, Relatora Ministra Nancy Andriahi, julgado em 19/6/2012) (negrito nosso).**

Aliada ao afeto está a inserção dos princípios, já tratados anteriormente, que deram à família, mais notadamente à filiação, um novo formato.

Hodiernamente, existem tantas figuras de entidades familiares quantas formas de agrupamentos forem possíveis com o intuito de preservação e cuidado, pautadas no afeto, no carinho e no amor, em que haja uma real intenção de “ser” família e não somente de “estar” família.

Os novos modelos de família tendem a tornar a instituição mais igualitária, além de consentânea com a nova realidade que se apresenta a cada dia, menos sujeita a regras e aos preconceitos e fomentadora do que de mais positivo pode haver no homem: o amor.

Reforçando esse entendimento de que a família deve guardar relação com o afeto e com a representatividade que ela traz, sobretudo no psicológico das pessoas, Lacan expõe que:

Se, com efeito, a família humana nos permite observar, nas fases mais primitivas das funções maternas, por exemplo, alguns traços de comportamento instintivo, identificáveis aos da família biológica, basta pensarmos no que o sentimento de paternidade deve aos postulados espirituais que marcaram seu desenvolvimento, para compreendermos que nesse domínio as instâncias culturais dominam as naturais, ao ponto de não se poderem considerar paradoxais os casos em que umas substituem as outras, como na adoção.⁸⁰

Joel Dör entende que, por se desenvolver em um âmbito prioritariamente simbólico, “[...] a filiação, do ponto de vista de suas incidências próprias, é prevalente sobre a paternidade real”; a função do pai é, portanto, aberta a todo “agente”, podendo até ser distinta

⁸⁰LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**, 1987, p. 47.

da pessoa do genitor, demonstrando “[...] o quanto a entidade paterna depende da representação simbólica.”⁸¹

Um apego despropositado aos critérios biológicos pode dar azo a situações esdrúxulas, como o caso de impedir que se forme uma entidade familiar com base no afeto pela simples presença do falso moralismo, que leva ao não reconhecimento de verdadeiras famílias como tais.

A questão que se discute é sobre conferir ao afeto um valor jurídico que solucione situações carentes de critérios mais claros e precisos. Não é plausível que, escondidos por trás de critérios meramente legalistas, os operadores do direito neguem-se a aplicar as normas.

Isto por que as normas não servem só para o homem, mas em prol do homem. Elas servem da ciência para o homem, não do homem para a ciência.⁸²

De modo que a finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizá-la, mas permanecer em contato com ela, segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se.⁸³

É de salientar que a afetividade não vem sem fundamento para reger as relações familiares. Possui, sim, fundamentos, inclusive jurídicos, razão pela qual já se chega a ventilá-la como princípio.

A afetividade não surge isoladamente para fundamentar as relações familiares. Alia-se a outros princípios, como, por exemplo, à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, e ao princípio da igualdade.

Segundo o desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, professor José Renato Nalini, Kant lecionava que a dignidade humana é atributo de um ser racional, que não obedece a outras leis, senão aquelas que ele próprio outorga-se.

É, então, o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituída por um equivalente.⁸⁴

⁸¹DÖR, Joel. **O pai e sua função em psicanálise**, 1991, p. 23.

⁸²MELO, Albertino Daniel. **Filiação biológica** – tentando diálogo direito - ciências, 2000, p. 2.

⁸³Ibid., p. 2.

⁸⁴NALINI, José Renato. **Filosofia e ética jurídica**, 2008, p. 41.

Outro não pode ser o entendimento de que o afeto virou aspecto fundamental na formação da família, trazendo à tona sua forma plural e permitindo a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como não poderia deixar de ser, com a mudança da família, mudam-se também aspectos sobre a filiação, que tem o seu reconhecimento nos termos do artigo 27 do ECA, como um “[...] direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”

Os princípios trazidos pela *Lex Fundamentallis* ao direito de família, uma verdadeira revolução no tocante às relações paterno-filiais, têm obrigado os operadores do direito a se debruçarem sobre essas questões, na tentativa de encontrar um caminho novo e justo a ser trilhado.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, já enumerado como um dos princípios fundamentais, o princípio da igualdade mostra-se, também, de influência essencial.

Os artigos 226 e 227 da Constituição Federal que trazem, entre outras coisas, a igualdade entre todos os filhos, inclusive os advindos de adoção, somente corroboram o que as relações sociais e diversas outras matérias já vêm apontando há muito tempo.

Para João Baptista Villela, a paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura.⁸⁵

Assim, o que se pode extrair de comum entre essa pluralidade familiar e a igualdade filial é a questão do afeto, o que traz de volta a discussão do sentimento e da solidariedade para desprestigiar as questões meramente patrimoniais em que se fundamentou a família em outras épocas.

O entendimento tem sido no sentido de analisar os casos concretos, buscando observar a existência de uma relação socioafetiva entre os integrantes da unidade familiar para, então, estabelecer se há, a rigor, uma família, afinal, os laços afetivos são mais estreitos.

Isto por que se amolda ao estado democrático de direito e, ao mesmo tempo, constringe-o a uma mudança paradigmática e à aceitação da diversidade entre os indivíduos.

⁸⁵VILLELA, João Baptista. **A nova família: problemas e perspectivas**, 1997, p. 71.

Ora, o fenômeno da perda do monopólio dos laços biológicos é um fato social o qual denota a existência de uma pluralidade de organizações sociais.

A nova família modernizou-se e adequou-se à realidade fenomênica, passando a ser pluralista e democrática, fazendo sucumbir a passos lentos, mas de forma constante, a ideia de família puramente biológica.⁸⁶

Inarredável núcleo do indivíduo, a família da atualidade erige-se sobre uma nova ótica e novos princípios.

Seu princípio fundamental não é mais o da autoridade patriarcal.

Ser homem ou ser mulher não é mais requisito para o seu surgimento, ou seja, a sexualidade deixou de ser atributo necessário para sua formação.

Não se trata apenas de uma remodelação do direito de família, utilizando-se de alguns princípios trazidos pela Constituição Federal para mascarar o surgimento de algo novo da forma mais fácil e cômoda o que, provavelmente, acaba por deixar vestígios de sistemas anteriores baseados em ideias contrárias ao progresso da humanidade.

Agora, o afeto é o principal ponto a ser analisado.

⁸⁶WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**, 2003, p. 163.

2 ADOÇÃO

O significado da palavra adoção, segundo Pedro Nunes, é o ato ou efeito de alguém aceitar, legalmente, como filho, o filho de outrem.⁸⁷

A professora Maria Helena Diniz⁸⁸ leciona, entretanto, que a adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha.

Pontes de Miranda conceitua adoção como sendo o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado a relação de paternidade e filiação.⁸⁹

De outro passo, Carvalho Santos⁹⁰ diz ser ato jurídico que estabelece entre duas pessoas relações civis de paternidade e de filiação.

Sílvio Rodrigues⁹¹ define o instituto como sendo o ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha. Enquanto que Beviláqua entende que a adoção é um ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho.⁹²

Ressalta-se o entendimento de alguns no sentido de que a adoção seja um mero assentimento de vontades, constituindo, pois, um contrato, dada sua bilateralidade.

Sua origem histórica é indeterminada, eis que praticamente todos os povos em certo momento do desenvolvimento social a utilizaram.

Segundo o Código de Manu, a adoção era admissível em três situações. A primeira situação ocorria quando o chefe de família fosse estéril⁹³.

⁸⁷NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**, 1993, p. 48.

⁸⁸DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**, 1996, p. 66.

⁸⁹PONTES MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, 2000, p. 21.

⁹⁰SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**, 1976, p. 233.

⁹¹RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**, 1991, p. 45.

⁹²BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**, 1956, p. 351.

⁹³O Código de Manu divide-se em 12 livros. O Livro Terceiro estipula normas sobre o matrimônio e os deveres do chefe da família.

Nesse caso, a esposa podia gerar um filho com o irmão do marido ou parente deste; ou pela união da viúva, sem filhos, com o parente mais próximo do marido ou quando o chefe de família, sem filhos do sexo masculino, encarregava sua filha de gerar um menino para si. Todas as crianças assim nascidas eram consideradas filhos legítimos.

A segunda situação era a do direito do adotado a regressar ao lar de seus pais legítimos apenas se estes o houvessem criado, sendo que na hipótese de ter o adotante despendido dinheiro e zelo com o adotado tal situação era vedada.

Assim, caso o adotante tivesse filhos naturais supervenientes à adoção, esta poderia ser revogada, fazendo jus o adotado a uma indenização.⁹⁴

A terceira e última situação era a de abandono da criança por sua genitora.

Os textos bíblicos, como fonte histórica, mencionam casos de adoção como o de Moisés, adotado pela filha do faraó em decorrência de ter sido abandonado, a contragosto, por sua mãe biológica, sendo tal tipo de adoção muito recorrente na antiguidade.⁹⁵

Em Roma, o instituto da adoção ganha notável desenvolvimento, acompanhando as transformações da família romana, que nos primeiros tempos tinha uma concepção eminentemente pública ou política, não determinada necessariamente pelos laços sanguíneos.

O parentesco chamado agnático⁹⁶ compreendia todos os que estavam debaixo do poder de um "*pater familiae*."⁹⁷

Posteriormente, surge a concepção orientada pelo direito privado, como a plasmada por Justiniano.

Os romanos conheceram duas espécies de adoção: a ad-rogação e a adoção propriamente dita.

⁹⁴SIQUEIRA, Liborni. **Adoção no tempo e no espaço**: doutrina e jurisprudência, 1992, p. 10.

⁹⁵A utilização da cronologia serve para determinar a origem do instituto e sua modificação em cada contexto histórico social.

⁹⁶Pertencente ou respeitante aos agnados; que vem por varonia.

⁹⁷SIQUEIRA, op. cit., p. 14.

A ad-rogação tem suas origens nos tempos primitivos de Roma, com a adoção de um "*sui juris*", pessoa que não estava submetida a nenhum pátrio poder. Assim, um chefe de família entrava na família de outro, o ad-rogante, extinguindo-se a família do ad-rogado.

Interessava, assim, ao estado e à religião, uma prévia investigação dos pontífices, sendo que a decisão favorável era submetida ao voto dos comícios. Era um ato solene, em que o magistrado, presidindo os comícios, dirigia sucessivamente três rogações: ao ad-rogante, ao ad-rogado e ao povo.⁹⁸

Todavia, essas formalidades mudaram com o tempo, sendo o voto das cúrias substituído por trinta lictores, o qual não tinha outra importância senão a da tradição, já que a ad-rogação achava-se consumada pela só autoridade dos pontífices.

Em meados do segundo século desta era, tais fórmulas foram substituídas e a adoção efetuou-se por "*rescripto*" do príncipe.

A adoção propriamente dita, segundo a qual um "*alieni juris*"⁹⁹ coloca-se sob o pátrio poder de um "*sui juris*" operava-se pela autoridade do magistrado. Para tanto, era necessário que cessasse o poder do pai natural e o filho fosse colocado debaixo do poder do pai adotivo. Aplicava-se a disposição da Lei das XII Tábuas, que declarava extinto o pátrio poder se o pai emancipasse o filho por três vezes.

Por meio da emancipação, o pai colocava o filho sob o "*mancipium*"¹⁰⁰ do adotante. Com Justiniano caíram as formas primitivas, simplificando-se a adoção notavelmente, passando a consumir-se por simples declaração das partes perante o magistrado. Exigia-se a diferença de idade de 18 anos e, na ad-rogação, impunha-se que o adotante tivesse 60 anos. As mulheres não podiam adotar por que nunca tinham o pátrio poder.

Sob Deocleciano abriu-se a exceção, permitindo a adoção a uma mãe que tivesse perdido os filhos. Posteriormente, repetiram-se essas concessões, mas o adotado simplesmente adquiria direitos à sucessão da mãe adotiva. O adotante devia ser capaz de gerar

⁹⁸SIQUEIRA, Liborni. **Adoção no tempo e no espaço**: doutrina e jurisprudência, 1992, p. 14.

⁹⁹Direito de outrem.

¹⁰⁰O poder adquirido sobre a res, por meio da *mancipatio*. *Mancipatio* é um dos modos de aquisição derivada da propriedade; é um negócio jurídico do *ius civile* formal e bilateral.

filhos, donde os castrados e os impúberes não podiam adotar, uma vez que o instituto seguia o princípio da “*adotio imitatur natura.*”¹⁰¹

Negava-se a adoção a quem tinha filhos, legítimos ou naturais, fundando-se as proibições na própria razão de ser do instituto, que era propiciar filhos a quem não os tinha. Era mister o consentimento do adotado.

Na ad-rogação era necessária a manifestação da vontade expressa, enquanto que na adoção bastava que não houvesse manifestação de vontade em contrário.

Os tutores e curadores não podiam adotar tutelados e curatelados, nem tampouco o pobre podia adotar o rico.

A adoção não podia ser por tempo determinado, pois implicaria a violação da máxima de que ela imita a natureza.

Conhecia-se, ainda, outra forma de adoção, a testamentária, que foi o modo escolhido por Júlio César para adotar seu sobrinho Otávio.¹⁰²

Este não poderia, em razão disso, retornar à família de origem. Havia, no entanto, a possibilidade legal de o adotado deixar o filho¹⁰³ com a família adotiva.

Essa medida assemelhava-se ao instituto da emancipação¹⁰⁴, pois, igualmente nesta hipótese, perde-se o vínculo da agnação e o filho emancipado também não é mais considerado membro da família, quer pelos laços da religião, quer pelos laços jurídicos.

Vislumbra-se, entretanto, que o declínio deste instituto deu-se em razão de contrariar o interesse dos senhores sobre os feudos e o direito dos agnados, pois o adotado não herdava o título nobiliárquico.

Na época moderna, surgem três legislações onde o instituto da adoção é regulado, quais sejam: o Código Dinamarquês de 1683, o Código Prussiano de 1751 e o *Codex Maximilianus*, da Bavária, de 1756.¹⁰⁵

¹⁰¹O vínculo criado pela adoção visa imitar a filiação natural.

¹⁰²SIQUEIRA, Liborni. **Adoção no tempo e no espaço**: doutrina e jurisprudência, 1992, p. 44.

¹⁰³MARMITT, Arnaldo. **Adoção**, 1993, p. 7.

¹⁰⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família, 1996, p. 70.

Entretanto, a adoção ressurgiu com maior expressão na época napoleônica, uma vez que seu Código regulamentou esse instituto nos artigos 343 a 360.¹⁰⁶

Enquanto isso, no direito português¹⁰⁷, embora pouco utilizada, a adoção era chamada de perfilhamento, sendo que o adotante só adquiria o pátrio poder se o adotado tivesse perdido o pai natural. Além disso, para que o filho pudesse suceder ao pai adotante, era preciso que se destruísse a ordem natural de sucessão, que a lei abrisse uma exceção ou que o príncipe autorizasse.

O Código Civil português de 1867¹⁰⁸ não mencionou a adoção, sendo que o Código de 1966 a recuperou em duas modalidades: plena e restritiva. Também no Código Civil do Chile, de 1855, e em vigor até hoje, não se trata do tema adoção.¹⁰⁹

Em relação ao direito brasileiro, o instituto da adoção foi previsto pelas Ordenações Filipinas¹¹⁰, porém caiu em desuso, sendo reativado com o advento do Código Civil de 1916, com formato semelhante ao romano, tendo sido feitas algumas modificações com o decurso do tempo.

Pelo regime do Código de 1916, admitia-se adoção por pessoa solteira ou casada, há mais de cinco anos, conforme disposto no artigo 368.

Não havia previsão para adoção¹¹¹ por concubinos ou atuais companheiros, de modo que, vivendo nessa situação, o interessado somente poderia adotar sozinho e não em conjunto com o seu parceiro de vida familiar.

Os procedimentos eram diferentes: escritura pública, para os maiores, ou processo judicial (Juízo da Infância e da Juventude), para as crianças e adolescentes. No entanto, os efeitos da adoção eram iguais, não importava a idade do filho adotado, tendo em vista o princípio constitucional da igualdade dos filhos.

¹⁰⁵MARMITT, Arnaldo. **Adoção**, 1993, p. 9-10.

¹⁰⁶DINIZ, José de Aguiar. **Código Napoleão ou Código Civil dos franceses**, 1962, p. 85.

¹⁰⁷SUAREZ, Francisco. **De legibus ac deo legislatore**, 1613, p. 237.

¹⁰⁸LIMA, Fernando Andrade Pires; VARELA, João de Matos Antunes. **Código civil português**, 1960, p. 123.

¹⁰⁹HAZBÚN ZAROR, Raúl. **Fundamentos antropológicos y sociales sobre la indisolubilidad del matrimonio**, 2002, p. 54.

¹¹⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e evolução do direito civil brasileiro**, 1981, p. 34.

¹¹¹RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**, 1991, p. 40.

Além disso, o Código de 1916¹¹² determinava que somente aqueles que não possuíam prole, legítima ou legitimada, poderiam adotar. Tal dispositivo, contudo, foi eliminado pela Lei nº 3.133/57.

Em relação ao adotante casado, era requisito que o matrimônio houvesse ocorrido há pelo menos cinco anos, a não ser que o homem fosse maior de 50 anos e a mulher maior de 40. Caso o adotante tivesse filhos, o adotado não seria incluído na sucessão hereditária. Outra imposição é a diferença de idade entre adotante e adotado. O adotante havia de ser pelo menos 18 anos mais velho que o adotado.¹¹³

A Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965, nasceu com a pretensão de integrar o adotado no meio familiar que o recebia, sob o nome de legitimação adotiva.

Esta lei visava equiparar o filho adotivo ao natural, trazendo, entretanto, uma série de restrições que continuaram a obstaculizar o instituto por muito tempo.

Surgiu, assim, uma tendência a tratar essa lei como sendo a de adoção simples prevista, então, no antigo Código Civil.

Entretanto, em relação à adoção plena, a mesma foi tratada no revogado Código de Menores (Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979).

Outrossim, os adotantes viam-se forçados a partilhar o filho com a família biológica, o que levava os pais a registrar o filho adotivo como se natural fosse (adoção à brasileira). Essa prática constitui crime tipificado no artigo 242 do Código Penal Brasileiro.

A adoção é ato jurídico, solene, no qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

É um instituto muito utilizado para unir pessoas que não possuem vínculos sanguíneos, mas laços afetivos.

¹¹²PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **União de pessoas do mesmo sexo** – reflexões éticas e jurídicas, 1999, p. 147.

¹¹³Ibid., p. 149.

Não se pode ampliar o termo “relação íntima de afeto” para abarcar um relacionamento passageiro, fugaz ou esporádico.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, adotou-se o princípio da igualdade entre os filhos, independente do vínculo biológico. Novos princípios foram introduzidos no ordenamento jurídico pátrio. O direito civil adequou-se à nova era.

A constitucionalização do direito civil provocou uma mudança deveras importante no âmbito desta seara e sobremaneira no direito de família¹¹⁴, conforme já mencionado anteriormente. O tema será mais explorado adiante.

A adoção tem por finalidade precípua inserir, de forma integral e definitiva, a criança ou o adolescente em um novo ambiente familiar.

É a forma de dar filhos não biológicos a uma pessoa estranha. Cria, pois, relações de paternidade e filiação entre duas pessoas, sendo que uma passa a gozar da condição de pai ou mãe e o outro, da condição de filho. A adoção deve ser tratada como uma:

[...] modalidade de constituição de vínculo de paternidade e filiação entre duas pessoas e, como tal, atribui ao adotado a situação de filho, encerrando qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo no tocante aos impedimentos matrimoniais.¹¹⁵

A situação dos filhos adotados foi reparada, vedando qualquer distinção entre filhos legítimos, legitimados, ilegítimos e adotivos, inclusive que no diz respeito aos direitos sucessórios.

Por seu turno, o artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, assevera que os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, conforme já comentado em capítulos anteriores.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, surgiu a possibilidade de adoção por ambos os cônjuges ou concubinos, desde que um deles tivesse completado 21

¹¹⁴SIQUEIRA, Liborni. **Adoção no tempo e no espaço**: doutrina e jurisprudência, 1992, p. 47.

¹¹⁵SILVA FILHO, Artur Marques. **O regime jurídico da adoção estatutária**, 1997, p. 84.

anos de idade, comprovada a estabilidade da família e respeitada a diferença de idade de 16 anos entre o adotante e o adotado (artigo 42, parágrafos 2º e 3º).¹¹⁶

Conforme destacado no capítulo anterior, o Estatuto veio reforçar a ideia de trazer a adoção à concretização de uma filiação por vias afetivas, e não biológicas, o que lhe confere todas as características da filiação natural.¹¹⁷ O adotado passa a ter os mesmos direitos do filho biológico, vedada qualquer forma de discriminação, conforme consta no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Estabelece-se, desta feita, o parentesco por via jurídica; daí o nome de parentesco civil, para diferenciá-lo do natural.

No mesmo sentido, Silva Filho afirma que a adoção é uma modalidade de constituição de “[...] vínculo de paternidade e filiação entre duas pessoas”, resultando no vínculo de parentesco denominado civil, de primeiro grau na linha reta entre adotante e adotado.¹¹⁸

A adoção teria a natureza jurídica de negócio bilateral e solene. Os principais requisitos seriam a idade mínima de 18 anos para o adotante; a diferença de 16 anos entre adotante e adotado; o consentimento dos pais ou representantes legais de quem se deseja adotar; a concordância deste, se contar mais de 12 anos; o processo judicial; e o efetivo benefício ao adotante.

Assim, a adoção somente deve ser autorizada quando não puder o menor contar com seus pais biológicos, seja em face de sua ausência, por terem sido destituídos do poder familiar ou, ainda, quando os genitores concordarem expressamente com o pedido de adoção.

No entanto, existem outros tipos de aquisição de filiação, dentre eles a adoção. Para Venosa, a adoção consiste em “[...] modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural.”¹¹⁹

Por adoção pode-se também entender, segundo ensinamentos de Bittar¹²⁰, como sendo um “[...] vínculo de filiação, mas agora por meio de mecanismo jurídico próprio, vale dizer, de decisão judicial em processo próprio, conforme seja a idade.”

¹¹⁶Ibid., p. 84.

¹¹⁷SILVA FILHO, Artur Marques. **O regime jurídico da adoção estatutária**, 1997, p. 58.

¹¹⁸Ibid., p. 58.

¹¹⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**, 2001, p. 48.

A adoção é regulamentada agora pelo Estatuto da Criança e do Adolescente¹²¹ para menores de 18 anos e segue os mesmos princípios para os maiores de 18 anos.

Para Bittar, “[...] ruem, sob os novos princípios constitucionais e legais, todas as regras que estabeleciam diferenciações entre os filhos, que desfrutam, pois, atualmente, de estatuto idêntico, tanto no âmbito familiar como no sucessório.”¹²²

Afirma, ainda, que “[...] a equiparação entre todos os filhos e a vedação de qualificações discriminatórias levaram, pois, à paridade as espécies de filiação possíveis, respeitadas apenas as peculiaridades que cada qual apresenta no respectivo regime jurídico [...]”¹²³

Ademais, inexistia, e continua da mesma forma, qualquer restrição quanto ao sexo do adotante.

Todavia, no caso de adoção cumulativa, a lei prevê, apenas, que devem os adotantes ser marido e mulher ou concubinos, conforme o parágrafo 1º do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, revogado pela nova lei de adoção, sendo que tal direito, após o reconhecimento legal da união estável, naturalmente estendeu-se aos companheiros.

Note-se que o termo “concubinos” é impróprio. O mais adequado seria companheiros ou conviventes.

A explicação que a doutrina traz é a de que o ECA é uma lei anterior à normatização da união estável, prevista no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988.

A mesma lei permitia, ainda, a adoção¹²⁴ conjunta pelos separados judicialmente ou divorciados, contanto que acordassem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência com o adotando tivesse sido iniciado na constância da sociedade conjugal (artigo 41, parágrafo 4º, da Constituição Federal).

¹²⁰BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**, 2006, p. 21.

¹²¹SILVA FILHO, op. cit., p. 60.

¹²²BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**, 2006, p. 22.

¹²³Ibid., p. 21.

¹²⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**, 1996, p. 75.

Por analogia, entendia-se que, nas mesmas circunstâncias de início da convivência durante a união estável, seria possível adoção por ex-companheiros, em hipóteses de dissolução da vida em comum.

Muito embora tivessem sido efetuadas várias alterações no sistema jurídico, a finalidade de integrar irreversivelmente o adotado¹²⁵ à nova família não havia sido atingida, especialmente no que tange à concessão dos mesmos direitos assegurados aos demais filhos.

Com o Novo Código Civil, o conceito de filiação foi traçado como sendo um vínculo existente entre pais e filhos; sendo esta uma relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida. Isso porque foi unificada a disciplina da adoção, que se aplicaria a todas as pessoas, sem distinção de idade.

O modo de adotar passou a ser uno, com assistência efetiva do poder público e mediante sentença constitutiva em processo judicial.

No Código Civil de 2002¹²⁶, o instituto da adoção compreendeu tanto crianças e adolescentes como maiores, exigindo procedimento judicial em ambos os casos. Descobriu, portanto, qualquer adjetivação, devendo ambas serem chamadas simplesmente de adoção.

O consentimento seria dispensado, então, no Código Civil de 2002, em relação à criança ou adolescente cujos pais fossem desconhecidos ou tivessem sido destituídos do poder familiar. Ou seja, a própria lei não falava da questão da opção sexual do adotante individual. Não proibindo, desse modo, a adoção individual por indivíduo que tivesse preferência sexual por pessoa do mesmo sexo. Todavia, quando se fala em adoção por ambos os cônjuges ou companheiros, a lei diz que a mesma poderá ser formalizada, desde que um deles tenha 18 anos de idade e comprovada a estabilidade da família.

No tocante à idade mínima para o adotante, o Código Civil de 2002 a passou para 18 anos, novo patamar da capacidade plena. Mas continuou a natural exigência de que ele fosse pelo menos 16 anos mais velho que o adotado para que se justifique a perfilhação adotiva.

Em relação à adoção¹²⁷ por duas pessoas, pressupunha que fossem marido e mulher ou companheiros em união estável. A exceção fica com os divorciados e separados

¹²⁵CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**: direito de família, 1991, p. 229.

¹²⁶BRASIL. Lei 10.406 - **Código Civil**, 2006.

judicialmente, que poderão adotar em conjunto, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência (exigido para menores) tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

A mesma concessão, embora não prevista no Código, deve estender-se aos ex-companheiros, se iniciada a convivência familiar do adotando antes de dissolvida a união estável.

Na nova Lei da Adoção (Lei nº 12.010/2009) continua possível a chamada adoção unilateral, que se dá por parte de um dos cônjuges ou companheiros relativamente ao filho do outro. Nesse caso mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes.

São amplos e irrestritos os efeitos da adoção, determinando a plena integração do filho adotivo à família do adotante. A adoção desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais naturais.

A Lei nº 12.010/2009, que alterou o Estatuto da Criança e Adolescente, dispôs em seu artigo 41, parágrafo 2º que “[...] para adoção conjunta é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.”¹²⁸

Também os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.¹²⁹

A nova Lei de adoção também exige a comprovação de vantagens reais para a criança ou adolescente com o deferimento do instituto, bem como a fundamentação em motivos legítimos. A função social da adoção é a de dar um lar para o adotado, direito fundamental a todo e qualquer ser humano.¹³⁰

¹²⁷BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**, 2006, p. 23.

¹²⁸BRASIL. Lei nº 10.406 - **Código Civil**, 2002.

¹²⁹Ibid.

¹³⁰FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**, 1999, p. 89.

Os principais efeitos da adoção podem ser divididos em de ordem pessoal e patrimonial.

Os de ordem pessoal dizem respeito ao parentesco, ao poder familiar e ao nome; os de ordem patrimonial concernem aos alimentos e ao direito sucessório.

Com a adoção, o filho adotivo é equiparado ao consanguíneo sob todos os aspectos, ficando sujeito ao poder familiar transferido dos pais naturais para os adotivos.

Quanto ao nome, a sentença de adoção confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação do seu prenome, se menor, a pedido do adotante ou do adotado.

Se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes.

As relações de parentesco estabelecem-se não só entre o adotante e o adotado¹³¹, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.

A maioria da doutrina entende que o legislador quis buscar imitar o parentesco civil com o parentesco consanguíneo, interpretando a própria regra do Código Civil de 2002, já que o mesmo impede mulheres menores de 16 anos e homens menores de 18 de contrair matrimônio.

Se não fosse dessa forma, seria obstada a intenção de que a colocação em família substituta seja similar à filiação consanguínea.

Vale destacar, ainda, que a nova Lei de adoção manteve a possibilidade de adoção de um dos cônjuges, companheiros ou concubinos do filho do outro, conforme o disposto no parágrafo 1º do artigo 41 do estatuto da criança e adolescente.

Ante o exposto, observa-se que quando a lei trata de adoção realizada por duas pessoas simultaneamente refere-se a um casal, composto por um homem e uma mulher, já que a

¹³¹VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito de família contemporâneo**, 1997, p. 115.

adoção conjunta é vinculada ao casamento e união estável, regimes aos quais é vedada a adesão de pessoas do mesmo sexo.

Na Holanda, por exemplo, é expressamente permitida a adoção por pares homoafetivos e no registro da criança passa a constar que esta tem dois pais ou duas mães.

A nova Lei de adoção não alterou o artigo 43 da Lei nº 8.069/90, o qual diz que a adoção só será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Por certo que, ao analisar um pedido de adoção, a situação em que se encontram os menores à espera de um lar, considerando a carência material e emocional a que são submetidos.¹³²

A adoção tinha por objetivo solucionar o problema daqueles que não podiam, de forma autônoma, constituir sua própria descendência. Entretanto, tal instituto hoje visa principalmente amenizar a questão da paternidade irresponsável e do menor abandonado.¹³³

Os princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, e que elevaram alguns princípios do direito de família ao patamar constitucional, causaram um verdadeiro alvoroço entre a comunidade jurídica que, até hoje, há quem encontre dificuldade em aplicá-los da melhor forma.

De fato, deve ser verificado se as partes estão preparadas para a colocação em família substituta¹³⁴, porque, antes de tudo, trata-se de um ser que sofreu, por inúmeras razões sociais, psíquicas, econômicas, uma ação de abandono por parte de seus genitores. É evidente que se devem tomar alguns cuidados básicos para obstar que um segundo processo de rejeição ocorra.¹³⁵

Além disto, havendo mais de um interessado em adotar a mesma pessoa, a afinidade entre adotante e adotado será o melhor critério, ao em vez das vantagens materiais que um ou outro requerente possa oferecer.

¹³²FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**, 1999, p. 89.

¹³³DÖR, Joel. **O pai e sua função em psicanálise**, 1991, p. 23.

¹³⁴DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**, 2007, p. 108.

¹³⁵DÖR, Joel. op. cit., p. 25.

Em relação à adoção por estrangeiros, ressalta-se que as regras que permitiam a adoção de crianças brasileiras ficaram mais severas e rígidas, visando, assim, dirimir eventuais irregularidades no processo de adoção.

O prazo de habilitação para casais residentes no exterior adotarem também foi alterado, ou seja, houve uma redução de dois para um ano.

Esse tipo de adoção foi tratado na Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes, a qual foi concluída em 29/05/1993, tem como principal objetivo impedir o tráfico internacional de crianças.

A Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 1, de 14/01/1999, e posteriormente pelo Decreto executivo 3.087/1999, de 16/09/1999.¹³⁶

Na Convenção estabeleceram-se garantias nas adoções internacionais para que estas sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional.

Visou-se, também, instaurar um sistema de cooperação entre os estados contratantes que assegure o respeito às mencionadas garantias e, em consequência, previna o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças e o reconhecimento nos estados contratantes das adoções realizadas segundo a Convenção.

Ocorre que a Convenção¹³⁷ será aplicada quando uma criança com residência habitual no estado de origem tiver sido, for, ou deva ser deslocada para o estado de acolhida e somente abrange as adoções que estabeleçam um vínculo de filiação.

Nela institui-se o Princípio da Subsidiariedade¹³⁸, ou seja, a adoção por estrangeiros é solução que deve ser utilizada como último recurso, devendo-se privilegiar a permanência da criança em seu país de origem.

Estabelece, ainda, que não deve haver contato prévio entre pais adotivos, pais biológicos e a criança enquanto não começar o processo de adoção, a fim de se evitar uma negociação da criança.

¹³⁶VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**, 1999, p. 33.

¹³⁷LIBERATI, Wilson Donizete. **Adoção internacional**, 1995, p. 17.

¹³⁸Ibid., p. 17.

Outro ponto fundamental foi o da exigência de que a criança seja considerada adotável pela Justiça; que os futuros pais estejam preparados e aptos a adotar; a certeza de que todos os consentimentos foram tomados livremente e os esclarecimentos efetuados, inclusive da criança, para que seus desejos sejam respeitados.

Tendo em vista especialmente a idade e o grau de maturidade da criança, esta deverá ser consultada e, neste caso, deve-se obter seu consentimento em relação às medidas a serem tomadas.¹³⁹

Por último, a Convenção consagra que a criança, após o procedimento em seu país de origem, deve estar autorizada a entrar e permanecer no país de acolhimento, asseguradas a cidadania e a nacionalidade.

Ademais, a Convenção manteve intactos os principais fundamentos da relação paterno-filial consagrados no Código Civil, no ECA¹⁴⁰ e agora na nova Lei de Adoção.

O mais interessante é que a Convenção respeitou as leis internas de cada estado.

Sendo assim, como o ECA¹⁴¹ proíbe que a criança saia do país antes de consumada a adoção, conforme o disposto no artigo 51, parágrafo 4º, prevalecerá este procedimento, mesmo que o adotante resida em um país que adotou a Convenção ou que a lei do país do adotante tenha determinação diversa. Nenhuma reserva à Convenção será admitida.

A Convenção oficializou a figura da Agência de Adoção¹⁴², que deve ser credenciada perante o seu país de origem e no país onde pretende atuar.

Para o credenciamento, o organismo deve demonstrar profissionalismo e aptidão para a realização da mediação, deve ter unicamente fins não lucrativos e estar submetido à supervisão das autoridades competentes do respectivo estado.

Cada estado contratante designará uma autoridade central encarregada de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção e cooperar entre si.

¹³⁹Ibid., p. 18.

¹⁴⁰SILVA, José Luiz Mônaco. **A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**, 1995, p. 14.

¹⁴¹Ibid., p. 16.

¹⁴²LIBERATI, Wilson Donizete. **Adoção internacional**, 1995, p. 18.

O Decreto nº 3.174, de 16/09/1999, designou como autoridade central brasileira a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

As autoridades centrais informarão sobre o procedimento de adoção, sobre as medidas adotadas para levá-la a efeito, assim como sobre o desenvolvimento do período probatório, se for requerido.

Com efeito, uma adoção certificada em conformidade com a Convenção pela autoridade competente do estado onde ocorreu será reconhecida de pleno direito pelos demais estados contratantes.

O reconhecimento de uma adoção só poderá ser recusado se for manifestamente contrária à ordem pública, levando em consideração o interesse superior da criança.

Não é razoável que se desconsidere um elemento como a socioafetividade, que levaria a uma hermenêutica que prezaria pela realidade, por conta de um apego atávico a paradigmas retrógrados.

Como salientado no capítulo anterior, a verdadeira filiação é estabelecida segundo critérios de amor e não critérios meramente jurídicos. Havendo relação biológica, é importante que haja, também, vínculo afetivo.

Assim, se o casamento civil é a forma pela qual o estado protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela atual Constituição Federal, não se pode negar direitos a este novo tipo de família, vez que possui os mesmos núcleos axiológicos dessa, quais sejam, a dignidade das pessoas e o afeto.

3 UNIÃO ESTÁVEL E UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL

No primeiro capítulo tratou-se do conceito de família e sua origem.

No segundo, o tema estudado foi a adoção.

Agora, no contexto do problema apresentado na introdução desta dissertação, a matéria a ser analisada será as uniões estável e homoafetiva no Brasil.

Depois, será tratada a constitucionalização do direito homoafetivo antes e após o julgamento da ADPF 132.

Assim, conclui-se que o reconhecimento desse tipo de família é possível, utilizando-se, para isso, a interpretação analógica ou, na falta desta, a interpretação extensiva da cláusula constante no texto constitucional.

A palavra concubinato tem sua origem no latim, vinda de *concupinatus*, que significa “mancebia” ou “companhia de cama sem aprovação legal”, o que levou a não aceitação desse termo pela sociedade.

Embora fosse usualmente empregado nos meios jurídicos, atentos a seus dois sentidos, um deles impuro e reprovado por traduzir-se em qualquer relação, inclusive aquela de uma pessoa casada com quebra do dever de fidelidade; e outro, puro e aceito, a retratar a união entre duas pessoas solteiras, viúvas, separadas ou divorciadas, com a presença de um requisito fundamental: a lealdade concubinária.¹⁴³

No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, e a despeito das alterações sentidas na sociedade, a orientação doutrinária acerca da união estável prendia-se à teoria que dividia as relações entre companheiros, nos termos da Súmula 380 do STF.¹⁴⁴

A Súmula 380 do STF diz que “[...] 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.”

¹⁴³CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**, 2002, p. 140.

¹⁴⁴DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito civil**, 2004, p. 142.

Ou seja, a união estável era interpretada com um cunho societário que muitas das vezes não a revestia.

Em relação ao seu aspecto patrimonial, tratava o judiciário os companheiros como sócios. Somente com a Constituição Federal de 1988 é que se elevou a união estável entre o homem e a mulher ao *status* de entidade familiar, a merecer a proteção do estado.

No tocante ao foro competente, em razão da matéria para apreciar questões sobre união estável, parecia óbvio que tais demandas seriam decididas nas varas de família.

Todavia isso não aconteceu, em razão dos vários estágios criados pela doutrina e jurisprudência, que variavam desde a mera sociedade entre companheiros até a perfeita adequação aos dizeres constitucionais sobre a união estável.¹⁴⁵

Os tribunais continuaram por um bom tempo a aplicar o Enunciado 380, da Súmula do STF, para dirimir as questões atinentes à união estável, o que muitas vezes chocava-se com o preceito constitucional.

Só deixaram de aplicar o Enunciado 380 da Súmula do STF com a edição da Lei nº 8.971/94, a qual, de forma exaustiva e não exemplificativa, protegeu a união estável e passou a considerá-la como entidade familiar, remetendo os conflitos jurisdicionais para a vara de família.

Após pouco mais de um ano, como se tornasse inviável a aplicação satisfatória da Lei nº 8.971/94¹⁴⁶ à situação fática que pretendia regulamentar, foi promulgada, em 10 de maio de 1996, a Lei nº 9.278, que regulamentava a união estável sem, todavia, revogar expressamente o texto legal supramencionado, dando margem a interpretações divergentes.

A nova lei definiu a entidade familiar, sem estabelecer um prazo mínimo para o reconhecimento da sua existência, definiu os direitos e deveres dos companheiros, que denominou “conviventes”, criou entre eles uma presumida comunhão de aquestos, conferiu direito aos alimentos ao companheiro necessitado, no caso de dissolução da entidade familiar por rescisão, e atribuiu o direito de habitação em relação ao imóvel destinado à residência familiar.

¹⁴⁵DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito civil**, 2004, p. 142.

¹⁴⁶LUZ, Valdemar P. Direito de família. **Resumos jurídicos 1**, 2006, p. 116.

A Lei nº 9.278/96 foi inspirada no estudo do Professor Álvaro Villaça (Projeto de Lei nº 1.888/91), que pretendia regulamentar a união estável *in totum*, o que implicaria na revogação da Lei nº 8.971/94.

Do modo que foi sancionada, pelo Presidente da República, a Lei nº 9.278/96, esta deixou um emaranhado de artigos que não possuíam sentido jurídico adequado sem a presença daqueles vetados.

A vigência concomitante das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, a par de esclarecer e regular várias situações entre conviventes, trouxe ao mundo jurídico várias dúvidas, deixando à margem da lei situações conflitantes.

Isso por que a regra básica de hermenêutica do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro entende que a lei posterior derroga a anterior quando assim for expressamente declarado, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria da lei anterior. Mas a Lei nº 9.278/96 não revogou expressamente a de 1994. As matérias tratadas não são idênticas, embora intimamente relacionadas, trazendo perplexidade ao intérprete.

Assim, certos aspectos da união estável são regulados com maior clareza pela Lei nº 8.971/94 (alimentos e direitos sucessórios), ao passo que a regulamentação contida na Lei nº 9.278/96, em relação às questões patrimoniais e ao estabelecimento dos deveres e direitos entre os conviventes, são mais contundentes que na lei anterior.

No artigo 1º, da Lei nº 9.278/96, reconhece-se como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com a finalidade de constituir uma família.

Pois bem, não caberia à lei, em regra, definir o conceito de união estável, mas assim o fez o legislador ordinário. Portanto, este forneceu outros requisitos para estabelecer limites que permitam atribuir direitos à sociedade conjugal de fato.

A Lei nº 9.278/96 conceitua a união estável de uma forma mais abrangente que a Lei nº 8.971/94, dando indícios de que veio a complementar o estabelecido no diploma anterior.

Silenciou, todavia, no importante quesito referente às impossibilidades, quer sejam legais, quer sejam biológicas, que inviabilizassem a possibilidade de contrair matrimônio (impedimentos) e, portanto, de formar união estável, uma vez que tendentes ao mesmo fim, que é a criação de uma família.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, a diversidade no tratamento da matéria entre as duas leis trouxe ao mundo jurídico, em tese, duas modalidades de união estável.¹⁴⁷

A primeira, definida pela lei de 1994, representada pela união com mais de cinco anos ou com prole comum entre pessoas desimpedidas. E a segunda, definida pela lei de 1996, referente à união sem qualquer restrição, a não ser a exigência de ser provado o *animus* de constituição de família. Assim, na segunda hipótese admite-se, em tese, o concubinato adúlterino como apto para a caracterização de uma união estável.

Essa incoerência poderia vir a prejudicar todo o sistema criado pela doutrina e jurisprudência e depois consolidado, ainda que de forma não satisfatória, pela Lei nº 8.971/94, segundo a qual apenas podem contrair uma união estável aqueles que possam constituir, dessa união, uma família com base no casamento.

O novo Código Civil de 2002 incorporou elementos das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96. Nele mencionam-se três deveres e direitos recíprocos, que são os mesmos direitos e deveres básicos conjugais, demonstrando maior aproximação ao pensamento daqueles que consideram necessária a igualdade entre união estável e casamento.

O cônjuge passou a ser considerado herdeiro necessário e, em situação privilegiada, o companheiro é considerado herdeiro facultativo e em posição muito inferior à ocupada até a entrada em vigor do novo Código Civil.

Por sua vez, com o desenvolvimento social, o vínculo afetivo albergou novos contornos, ensejando várias formas de constituição da família, não se distinguindo da família pelo matrimônio, nada impedindo, pois, que as pessoas do mesmo sexo também formem uma família.¹⁴⁸

¹⁴⁷VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Direito de família, 2001, p. 45.

¹⁴⁸CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**, 2002, p. 142.

É curioso notar que muitos críticos do *status* jurídico-familiar das uniões homoafetivas não se dignam a dizer qual seria o elemento formador da família contemporânea. Dizem que a união homoafetiva não seria uma entidade familiar, mas não dizem o que formaria a dita entidade familiar.¹⁴⁹

Presume-se, então, que a união heteroafetiva a formaria, mas não dizem o porquê, em atitude arbitrária (imotivada) que, portanto, não merece ser considerada.

A dignidade da pessoa humana, conforme já salientado, constitui-se em objeto preponderante e central de tutela nas relações de família, sendo injusto o tratamento desigualitário aos iguais no que se refere à estruturação e efeitos.

O *status* de família deve ser conferido a toda espécie de vínculo que tenha por base a afetividade, merecendo total proteção do estado, em obediência ao consagrado princípio da dignidade.¹⁵⁰

Cumprе salientar que o mundo moderno já não mais exige a procriação como finalidade principal das uniões entre as pessoas de sexos diferentes.

Cada vez mais se verificam casais heterossexuais sem filhos, mas com plena comunidade de vida, fato que, por si só, não deixa de ser enquadrado no contexto do artigo 226 da Constituição Federal.

Sendo assim, os requisitos fundamentais para a constituição e consequente manutenção de toda e qualquer união encontram-se presentes nas uniões homoafetivas, quais sejam: fidelidade recíproca, comunhão de vida, afetividade e formação de patrimônio comum.

A omissão legal não pode dar ensejo à negativa de direitos a vínculos afetivos que tenham a diferença de sexo como pressuposto, pois configura desrespeito à dignidade da pessoa humana e violação aos direitos humanos, sendo certo que os relacionamentos afetivos deverão ser protegidos pela Constituição, independentemente da identificação do sexo ou do par.

¹⁴⁹DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 2007, p. 182.

¹⁵⁰Ibid., p. 182-183.

Uma vez atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, é necessário que sejam conferidos direitos e impostas obrigações, independentemente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes, afastando-se a discriminação.¹⁵¹

A lacuna legal é de ser colmatada por meio da legislação que regulamenta os relacionamentos pessoais com idênticas características, isto é, com os institutos que regulam as relações familiares, sem que se tenha por afrontada a norma constitucional que tutela as relações de pessoas de sexos opostos, pois o direito não tem por finalidade regular sentimentos, mas a realidade existente.

A união estável deixou, desta feita, de ser uma “união livre” para tornar-se uma “união amarrada” às regras impostas pelo estado.¹⁵²

Este é um paradoxo com o qual a sociedade tem que conviver: ao mesmo tempo em que não se quer a intervenção do estado nas relações privadas, a sociedade busca a sua intervenção para dar legitimidade e proteção à parte econômica, jurídica ou socialmente mais fraca.

Assim, houve a retirada dessas entidades familiares da clandestinidade.

O dogmatismo, dominante até então, colocava as uniões fora do casamento como uma espécie de relação espúria, desrespeitosa aos ditames comportamentais da época, que somente admitiam o casamento como forma de representação social da família.¹⁵³ Filhos havidos destas relações eram vistos como de geração adúlterina, não obstante a convivência *more uxorio* de seus pais.

A união estável era um fato incontestável, apesar da aversão que alguns nutriam aos que a adotavam e reconheciam.¹⁵⁴

Contudo, ninguém podia deixar de reconhecer que o companheirismo sempre caminhou paralelamente à família constituída pelo casamento, sendo difícil não lhe outorgar uma formatação social.

¹⁵¹DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**, 2007, p. 60.

¹⁵²CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**, 2002, p. 140.

¹⁵³Ibid., p. 143.

¹⁵⁴Ibid., p. 147.

Ademais, havia a questão religiosa e o casamento religioso que, por vezes, sacramentava a união e adquiria o respeito de todos; era a exceção à regra. A doutrina brasileira entendia que o companheiro nada mais era do que o vulgar amante.¹⁵⁵

Entretanto, mesmo com o novo texto constitucional provocando grandes mudanças no direito de família, alguns operadores do direito não conseguiram entender sua aplicabilidade.

Um exemplo foi a redação dada ao parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, truncada e de texto contraditório em sua essência, muito deixa a desejar em relação às frustradas expectativas de finalmente ver-se o instituto ora abordado regulamentado satisfatoriamente.¹⁵⁶ As críticas doutrinárias em relação à redação desse artigo centraram-se no segundo período, que diz: “[...] devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”¹⁵⁷

Para os autores que tratam da matéria, o legislador constituinte, ao invés de esclarecer, confundiu instituições totalmente diversas no mundo social e jurídico, dando a entender que estaria criada a possibilidade de um casamento de segunda classe, a ser desembaraçado pela conversão do mesmo, conforme determinar o legislador ordinário.¹⁵⁸

A modificação constitucional não equiparou a união estável¹⁵⁹ ao casamento, apesar de notáveis opiniões em contrário.

Para Sílvio de Salvo Venosa¹⁶⁰, o artigo 226 do parágrafo 3º da Constituição Federal exorta o legislador ordinário no sentido de facilitar a conversão da união estável em casamento.

A natureza jurídica de ambos os fenômenos é diversa.

Enquanto o casamento é um negócio jurídico, o companheirismo é fato jurídico. O casamento foi eleito como a forma modelo de constituição da família e, outrora, foi considerado o único meio idôneo de sua formação.¹⁶¹

¹⁵⁵CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**, 2002, p. 141.

¹⁵⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Companheirismo: uma espécie de família**, 2003, p. 497.

¹⁵⁷DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito civil**, 2004, p. 145.

¹⁵⁸Ibid., p. 145-146.

¹⁵⁹Segundo José Afonso da Silva, o termo “uniões estáveis” foi sugerido pelo padre Fernando D’Ávila. **Comentário Contextual à Constituição**, 2005, p. 851.

¹⁶⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito de Família, 2003, p. 53.

¹⁶¹CAHALI, op. cit., p. 140.

Isso aconteceu por razões das mais diversas, mais notadamente as culturais, diante da dominação da sociedade burguesa e de seus ideais, sendo vista esta casta da sociedade como formadora de opinião em detrimento das camadas mais baixas.

Como os legisladores não tinham, por regra, pessoas de situação social desprivilegiada, seus ideais identificavam-se mais com os ideais burgueses resultando, deste modo, em uma atividade legiferante viciada, voltada a esses interesses.¹⁶²

Por outro lado, constituir família não significa "ter filhos", "pretender ter filhos" ou mesmo "poder ter filhos", pois, se fosse este o caso, casais heteroafetivos estéreis não poderiam ter sua união estável reconhecida e não poderiam casar-se, o que evidentemente não é o caso.

A existência dos direitos individuais veta qualquer tentativa da maioria de impor suas crenças morais a uma minoria, como por exemplo, a proibição da homoafetividade¹⁶³, até porque há vedação constitucional de discriminação em razão ao sexo, nela subentendida a discriminação decorrente da orientação sexual, e nada dispõe acerca da possibilidade ou não de colocação em família substituta requerida por homoafetivos.

Logo, não poderia ser requisito para adoção de uma criança a heterossexualidade.¹⁶⁴

Pelo contrário, a constituição da família é justamente a manutenção de uma união pública, contínua e duradoura, em uma comunhão plena de vida, com todas as consequências que esta plenitude acarreta: fidelidade recíproca, mútua assistência, vida em comum, respeito e consideração mútuos, conforme disposto no artigo 1.566, incisos de I a III e V do Código Civil.

A sexualidade não é uma opção.¹⁶⁵ Não é uma livre escolha determinada por uma pessoa. Não é uma doença e nem um desvio psicológico. Sua determinação ocorre porque deveria acontecer.

Para Ana Lúcia Sabadell, utilizar o termo “gênero”, ao invés de “sexo”, é mais adequado, uma vez que grande parte das diferenças entre os sexos dá-se não pela diferença

¹⁶²CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**, 2002, p. 141.

¹⁶³DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, 2010, p. 39.

¹⁶⁴MARMITT, Arnaldo. **Adoção**, 1993, p. 113.

¹⁶⁵ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, 1997, p. 395.

biológica, mas sim em decorrência de uma construção social da realidade.¹⁶⁶ Isto por que as identidades de sexos são construídas socialmente e podem ser modificadas a qualquer tempo.¹⁶⁷

Assim como ser alto ou baixo, canhoto ou destro, daltônico ou não. Ser homoafetivo não é uma preferência, como não o é ser heterossexual.¹⁶⁸

De fato, a partir do momento em que se constata que as uniões homoafetivas são pautadas por este mesmo amor familiar existente nas uniões heteroafetivas, então é inafastável a aplicação de uma interpretação extensiva ou de uma analogia para estender ditos regimes jurídicos a elas, por força do imperativo da isonomia.¹⁶⁹

Não significa que deva, necessariamente, ser adotado um raciocínio *a contrario sensu* para não reconhecer a união estável homoafetiva e o casamento civil homoafetivo. Entendimento neste sentido implicaria em adotar um positivismo legalista de há muito ultrapassado pela ciência jurídica.¹⁷⁰

Deve-se, portanto, fazer uma análise para verificar se a situação não citada pelo texto normativo é idêntica, ou idêntica no essencial, àquela citada pelo texto normativo, de forma que se a resposta for positiva, deve-se estender o regime jurídico da situação expressamente citada àquela que não o foi pela interpretação extensiva ou pela analogia, respectivamente.

Ou seja, se as situações forem idênticas, aplicar-se-á a interpretação extensiva; se as situações forem distintas, mas tiverem o mesmo elemento essencial, aplicar-se-á a analogia. Em ambos os casos o resultado será o mesmo: a extensão do regime jurídico da situação expressamente citada à situação não citada pelo texto normativo.¹⁷¹

A própria legislação traz as respostas por meio de sua interpretação teleológica. Por exemplo, o artigo 1.511, do novo Código Civil, afirma que o casamento civil estabelece uma "comunhão plena de vida" entre os cônjuges.

¹⁶⁶SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**, 2010, p. 279.

¹⁶⁷Ibid., p. 279-280.

¹⁶⁸STUBRIN, Jaime P. **Homossexualidade: formulações psicanalíticas atuais**, 1998, p. 66.

¹⁶⁹DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 2007, p. 120.

¹⁷⁰REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 2006, p. 117.

¹⁷¹Ibid., p. 119.

Enquanto que o artigo 1.723 afirma que a união estável é aquela pautada por uma "[...] convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."¹⁷²

O amor familiar é o que forma a família contemporânea: a família é a base da sociedade justamente porque seus membros são ligados pelo afeto.¹⁷³

Ora, se já é difícil para o direito, que possui um ritmo muito menos acelerado que as relações sociais, acompanhar as novidades que surgem a cada dia e que não deixam de gerar demandas jurídicas na tentativa de solucionar os problemas advindos delas, mostra-se completamente desnecessário dizer qual não é a dificuldade gerada quando se tem “pré-conceitos” e um grande apego a definições anacrônicas.

Acontece que se os legisladores legiferam por “doutrina”¹⁷⁴ e, por assim dizer, torna-se difícil qualquer tipo de modificação jurídico-conceitual dos institutos que merecem guarida da lei, não conseguindo, as codificações e legislações esparsas, acompanhar a fenomenologia das relações sociais.

Deve-se, por sua vez, proceder a uma interpretação teleológica do conceito de família para se saber qual é o valor protegido pelo mesmo e se verificar se os casais homoafetivos enquadram-se nesta finalidade normativa (na *ratio legis* e no *telos* do texto normativo).¹⁷⁵

Bergel afirmou serem os conflitos entre os textos legislativos e a incerteza deles que geram a insegurança de um sistema jurídico, proporcionando, assim, a atuação do judiciário.¹⁷⁶

Pois bem, muitos tribunais pátrios, antes da ADPF 132, admitiam, por analogia, que as relações homoafetivas alçaram o patamar de união estável.

Optando-se por reconstruir as bases do direito de família, o melhor a fazer é debruçar-se sobre os novos questionamentos com vistas a uma solução ou, quiçá, a um caminho que proporcione julgamentos mais justos e condizentes com a nova realidade que se apresenta.

¹⁷²DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil**, 2007, p. 103.

¹⁷³Ibid., p. 110.

¹⁷⁴Entenda-se doutrina em sentido amplo, como um conjunto de princípios básicos de cada pessoa, que deve ser, em muitos momentos, deixado o máximo possível de lado, para evitar decisões parciais.

¹⁷⁵REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 2006, p. 120.

¹⁷⁶BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**, 2001, p. 21.

Vê-se que não é qualquer amor que forma a família contemporânea, mas apenas o amor ligado a outros elementos necessários para tanto.

Somente o afeto familiar, visando uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, pode constituir o atual modelo de família.¹⁷⁷

Para Miguel Reale, o fenômeno jurídico compõe-se, sempre e necessariamente, de um fato, correspondente à realização de uma conduta que originará um valor (concretização da ideia de justiça) e que será enquadrada em uma norma.¹⁷⁸

O direito é uma realidade histórico-cultural tridimensional e, como tal, deve ser considerado em sua forma bilateral atributiva, segundo valores de convivência. É um fenômeno histórico, porém não se limitando pela história. É uma realidade cultural que resulta da experiência do homem.¹⁷⁹

Partindo dessa premissa, para Reale, fato, valor e norma estão sempre presentes e conectados na vida jurídica. Não se pode estudar esses elementos isoladamente. Torna-se necessário analisá-los em conjunto.

Para a teoria tridimensional do direito, a norma é igual a fato mais valor (norma = fato + valor), onde o valor justifica a regulamentação de determinado fato, sendo ele, assim, o elemento relevante da análise da finalidade normativa, não o mero fato.¹⁸⁰

Ressalte-se que o direito deve ser visto como um fato ou fenômeno social. Isso por que ele não existe se não houver sociedade.

Ocorre que a homoafetividade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário olvidar-se de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família.

O valor principal para isso é, sobretudo, a afetividade entre duas pessoas. Este é o elemento formador da família contemporânea, que é (a família) o objeto de proteção (a *ratio*) dos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável.

¹⁷⁷DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**, 2007, p. 80.

¹⁷⁸REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 2006, p. 140.

¹⁷⁹Ibid., p. 85.

¹⁸⁰Ibid., p. 90.

De fato, a teoria de Miguel Reale foi de grande relevância para a reconstrução do direito de família, por que ela explicita, com perfeição, que a norma é a conjunção de fatos e valores (as três dimensões do direito).

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO HOMOAFETIVO ANTES E DEPOIS DA ADPF 132

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) surgiu com o advento da Constituição Federal de 1998. É um tipo de ação, ajuizada exclusivamente no Supremo Tribunal Federal, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Neste caso, diz-se que a ADPF é uma ação autônoma¹⁸¹.

Entretanto, esse tipo de ação também pode ter natureza equivalente às ADIs, podendo questionar a constitucionalidade de uma norma perante a Constituição Federal, mas tal norma deve ser municipal ou anterior à Constituição vigente (no caso, anterior à de 1988). A ADPF é disciplinada pela Lei Federal 9.882/99. Os legitimados para ajuizá-la são os mesmos da ADI. Não é cabível ADPF quando existir outro tipo de ação que possa ser proposto¹⁸².

Segundo Lassale, a Constituição escrita, para ser boa e duradoura, deve refletir, necessariamente, os fatores reais de poder existentes na sociedade, pois um eventual conflito entre o texto escrito e a Constituição real, ou seja, a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação fará com que, mais cedo ou mais tarde, a Constituição, folha de papel, seja rasgada e arrastada pelas verdadeiras forças vigentes no país, em um determinado momento de sua história.

Em outras palavras, a Constituição formal seria revogada pela Constituição real.¹⁸³

Assim, uma lei só poderá ser seguida se for condizente com os fatores reais de poder¹⁸⁴; caso contrário, seria apenas uma folha de papel, impossível de se colocar em prática, pois estaria em desacordo com a realidade vigente.

Na prática, todas as nações do mundo possuem uma constituição real e efetiva, não necessitando da transcrição destes elementos para um papel.

Por outro lado, devido às dificuldades legislativas no Brasil e os reclames sociais, o poder judiciário, com os crescentes litígios envolvendo as relações homoafetivas, viu-se obrigado a dar uma solução.

¹⁸¹Significado extraído do site do STF.

¹⁸² Significado extraído do site do STF.

¹⁸³LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**, 2001, p. 27.

¹⁸⁴Ibid., p. 27.

Ao se reconhecer as uniões homoafetivas como sociedades de fato, pela doutrina e pela jurisprudência majoritária, estas passaram a produzir efeitos jurídicos no campo do direito das obrigações e das sucessões.

A Constituição real, que é o que lhe interessa, contemplaria as relações sociais, políticas e econômicas e, de maneira menos intensa, a cultura, o sentimento nacional, a integridade física do povo e a propriedade privada.

Entretanto, foi a partir de ensinamentos introduzidos nas ciências jurídicas pela hermenêutica filosófica, com Peter Häberle, que se verificou que a Constituição não era o simples texto elegido pelo poder constituinte originário, mas o resultado, sempre temporário, de sua interpretação. Esse produto é, para o referido autor, o elemento que ordena a vida social.

Abandonou-se, pois, o neutralismo do estado.¹⁸⁵

Para Häberle, a norma só concretiza-se após ser interpretada. Antes disso tem-se apenas um texto normativo que, por si só, não produz efeitos, não é norma. O texto normativo, portanto, serviria de ponto de partida e de limite à interpretação e concretização da norma.¹⁸⁶

Assim, as Constituições são, ao mesmo tempo, um misto de racionalidade e utopia, pois trazem em si mesmas toda uma carga de esperança de mudanças e objetivos a serem conquistados.¹⁸⁷

Lênio Streck entende que, com o constitucionalismo contemporâneo, estabeleceu-se um novo paradigma, proporcionando-se, assim, as bases para introdução de um novo direito. Entende, ainda, não ser cabível as velhas formas de interpretação e aplicação do direito.¹⁸⁸

Por conseguinte, o autor sustenta que as constituições democráticas do século XX assumem um lugar de destaque, em que a norma diretiva fundamental conduz os poderes

¹⁸⁵BITTAR, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**, 2003, p. 26.

¹⁸⁶HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição, 2002, p. 30.

¹⁸⁷Ibid., p. 38.

¹⁸⁸STRECK, Lênio Luiz. **Compreender direito**. Desvendando as obviedades do discurso jurídico, 2013, p. 45.

públicos, condicionando os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência ou ao trabalho).

O novo constitucionalismo une precisamente a ideia de Constituição, como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental.¹⁸⁹

Streck sustenta, também, que os princípios jurídicos viabilizaram a repartição do direito em ramos jurídicos e não o contrário.¹⁹⁰

Nesse sentido, o direito civil ao utilizar a palavra afeto, apesar de a mesma não constar no texto constitucional como direito fundamental, fez com que ela fosse valorada como princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, conforme já salientado, a afetividade não vem sem fundamento para reger as relações familiares.

Possui, sim, fundamentos, inclusive jurídicos, razão pela qual já se chega a ventilá-lo como princípio.

Assim, a conversão da união informal em casamento, seja heterossexual ou homoafetiva, guardaria visível resquício discriminatório. Isso por que não há norma jurídica, senão a norma interpretada.

Com efeito, a Constituição seria um processo que se desenvolveria na linha do tempo e à luz da publicidade. Um processo aberto e livre, uma tarefa que deve realizar-se continuamente pelos processos sociais, jurídicos e institucionais.¹⁹¹

Ora, a função do intérprete e aplicador da lei é a de reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe conferem sentido.

O direito à adoção¹⁹² é um direito humano imprescindível, um gesto de solidariedade que independe de orientação sexual.

¹⁸⁹STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica**. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito, 2004, p. 101.

¹⁹⁰STRECK, op. cit., p. 102.

¹⁹¹HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**, 2001, p. 79.

A própria Constituição reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, mas tem reconhecido outras formas de convivência, como uma pessoa sozinha com filhos. Isso por que a função do direito é a de acompanhar o desenvolvimento social.

No entanto, os tribunais brasileiros demonstravam maior receptividade para atribuição de efeitos às uniões homoafetivas no plano do direito das obrigações, como sociedade de fato, relativamente às matérias patrimoniais.

Com isso, a jurisprudência brasileira posicionava-se no sentido de que as uniões homoafetivas eram inconstitucionais, vez que o artigo 226 da Constituição Federal fala em diversidade de sexo.

Havia até dificuldade em aferir a competência do juízo que iria julgar essas uniões. Alguns tribunais entendiam que a competência era da vara cível comum. Dentre esses tribunais pode-se citar o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já se manifestou em sede de apelação sobre a relação homoafetiva, firmando entendimento que a competência para julgamento das lides envolvendo pedido de alimentos entre parceiros homoafetivos é da vara de família.

Porém, esse Tribunal não considerava essas uniões como entidades familiares, haja vista que o texto constitucional entende como entidade familiar a união estável formada pelo homem e pela mulher.

A propósito:

RELAÇÃO HOMOAFETIVA. AÇÃO DE ALIMENTOS. COMPETÊNCIA. VARA DE FAMÍLIA. ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE.

1. As ações de alimentos cuja causa de pedir seja a relação homoafetiva, pretendendo equiparação por analogia com a união estável entre um homem e uma mulher, devem ser analisadas pelo juízo de família, considerando que não se está discutindo sociedade de fato.

2. No mérito, a equiparação da relação homoafetiva com a instituição da família não se mostra admissível enquanto o texto constitucional,

¹⁹²SILVA FILHO, Artur Marques. **O regime jurídico da adoção estatutária**, 1997, p. 58.

bem como o direito infraconstitucional (art. 1.723 do C. Civil), referirem expressamente que a entidade familiar é formada por um homem e uma mulher.

3. A única semelhança que de princípio se pode apontar da relação homossexual com a família nascida do relacionamento entre pessoas de sexos diferentes, é o afeto. Mas o afeto, ainda que seja reconhecido pela doutrina moderna do direito de família como o elemento mais importante da relação familiar, ainda não é fonte por si só de obrigações.

4. Ainda assim, se a relação chegou ao fim, e portanto não há mais afeto, é impossível julgar a ação reconhecendo obrigação alimentar cuja fonte seria exatamente o afeto, inexistente a esta altura. Quando se desfaz um vínculo afetivo que resultou em família reconhecida pela ordem jurídica, como a decorrente do casamento ou da união estável, o que gera a continuidade do devedor de solidariedade é o vínculo jurídico, inexistente na relação homoafetiva.

5. Portanto, ainda que a relação entre as partes tenha se formado com base na liberdade e no afeto, hoje estão elas desavindas, sendo certo que não pode existir vínculo obrigacional sem fonte, que se resumem, na lição de Caio Mário, a duas: a vontade e a lei.¹⁹³

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi um dos primeiros a reconhecer os efeitos jurídicos das relações homoafetivas como entidade familiar, equiparando-as às uniões estáveis entre homens e mulheres.

Por meio de um raciocínio indutivo, chega-se à conclusão que se o fenômeno da perda do monopólio dos laços biológicos é um fato e se isso culmina na existência de uma pluralidade de organizações que se considera família, o reconhecimento da afetividade nas relações familiares torna-se irrefutável.

Para melhor ilustrar a real existência e aplicabilidade da “socioafetividade” como caracterizadora da relação paterno-filial, nada melhor do que decisões dos tribunais de justiça pátrios, a exemplo da que se segue:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - ADOÇÃO À BRASILEIRA - CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA - TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PROCEDÊNCIA - DECISÃO REFORMADA.

¹⁹³ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível. 2007.001.04634. Relator Marcos Alcino a Torres. Dj 24/04/2007.

1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade.
2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer à solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana.
3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.¹⁹⁴

Como se pode perceber, a consanguinidade tem tido, em todos os aspectos, um papel deveras secundário na configuração da paternidade.

Não deriva de uma reação bioquímica que se julga capaz de afirmar quem é o pai, mas sim do amor e da forma companheira como uma pessoa entrega-se a outra.

Nesse sentido:

UNIÃO HOMOAFETIVA. PENSÃO. SOBREVIVENTE. PROVA DA RELAÇÃO. POSSIBILIDADE - À união homoafetiva que irradia pressupostos de união estável deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo reconhecer os direitos decorrentes deste vínculo, pena de ofensa aos princípios constitucionais da liberdade, da proibição de preconceitos, da igualdade e dignidade da pessoa humana.¹⁹⁵

Ainda em relação às decisões envolvendo uniões homoafetivas, o TSE, em Recurso Especial Eleitoral 24.564 PA, decidiu “[...] que os sujeitos de uma relação estável homoafetiva, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se às regras de inelegibilidade prevista no artigo 14, parágrafo 7º da

¹⁹⁴ Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível 0108417-9, 2ª Vara de Família de Curitiba. Relator Accácio Cambi. DJ 04/02/2002.

¹⁹⁵ Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível No. 1.0024.05.750258-5/002(1), Relator Desembargador Belizário de Lacerda, v.u., julgado em 04/09/07.

Constituição Federal”, o que demonstra o reconhecimento implícito de entidade familiar, ao menos para fins eleitorais.

Mas foi com o julgamento do REsp 148.897/MG que o Superior Tribunal de Justiça apontou, pela primeira vez, a união homoafetiva como uma "sociedade de fato", regida pelo direito das obrigações.

No REsp 323.370/RS, o Ministro Barros Monteiro entendeu que a lei e a Constituição seriam "claras" ao dispor a união estável como a relação entre um homem e uma mulher e, portanto, não haveria que se falar em lacuna na legislação.

Por sua vez, o Ministro Jorge Scartezzini, no julgamento do REsp 502.995/RN, entendeu que só há entidade familiar quando houver capacidade procriativa.

No REsp 395.904/RS, em 2001, o Superior Tribunal de Justiça equiparou a união homoafetiva à entidade familiar, fundamentando-se na Constituição Federal e na Lei nº 8.213/91 (referente a planos da previdência social).

Fato importante ocorreu quando o Superior Tribunal Federal apreciou, em decisão monocrática, a ADI nº 3.300.

O Ministro Celso de Mello, relator do caso em questão, afirmou a relevância de reconhecer a família homoafetiva.

Destacou que a aceitação desse tipo de família é um fenômeno mundial. Ressaltou, ainda, que o judiciário não poderia fechar os olhos para as transformações sociais que, pela própria dinâmica social, são quase sempre antecipadas às modificações legislativas.¹⁹⁶

Em 2010, o Superior Tribunal de Justiça inovou nas decisões em relação ao direito de família. Por unanimidade, os ministros negaram recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul e mantiveram a decisão que permitiu a adoção de duas crianças por um casal de mulheres.

A propósito:

¹⁹⁶CASTRO, Guilherme Couto. **Direito civil. Lições**, 2007, p. 279.

CASAMENTO. PESSOAS. IGUALDADE. SEXO. *In casu*, duas mulheres alegavam que mantinham relacionamento estável há três anos e requereram habilitação para o casamento junto a dois cartórios de registro civil, mas o pedido foi negado pelos respectivos titulares. Posteriormente, ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a vara de registros públicos e de ações especiais sob o argumento de que não haveria, no ordenamento jurídico pátrio, óbice para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Foi-lhes negado o pedido nas instâncias ordinárias.

O Min. Relator aduziu que, nos dias de hoje, diferentemente das constituições pretéritas, a concepção constitucional do casamento deve ser plural, porque plurais são as famílias; ademais, não é o casamento o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, qual seja, a proteção da pessoa humana em sua dignidade. Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

O que se deve levar em consideração é como aquele arranjo familiar deve ser levado em conta e, evidentemente, o vínculo que mais segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Assim, se é o casamento civil a forma pela qual o Estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela CF/1988, não será negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas e o afeto.

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado tanto pelo STJ quanto pelo STF para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável deve ser utilizado para lhes proporcionar a via do casamento civil, ademais porque a CF determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º).

Logo, ao prosseguir o julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para afastar o óbice relativo à igualdade de sexos e determinou o prosseguimento do processo de habilitação do casamento, salvo se, por outro motivo, as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio.¹⁹⁷

Entretanto, autores como Paulo Lobo já consideravam, desde antes do julgamento da ADPF 132, as uniões homoafetivas como entidades familiares, constitucionalmente protegidas, se preenchessem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade, com finalidade de constituição de família, aplicando-se, analogicamente, as regras jurídicas que

¹⁹⁷ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.183.378 – RS. Relator: Luis Felipe Salomão, julgamento em 25/10/2011.

disciplinam as uniões estáveis, conforme artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça editou uma resolução que proibiu os cartórios de recusar a celebração de casamento civil de pessoas do mesmo sexo ou de negar a conversão de união estável de homossexuais em casamento. Essa resolução foi baseada no julgamento da ADPF 132, que considerou inconstitucional a distinção do tratamento legal às uniões estáveis homoafetivas e, ainda, na decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que julgou não haver obstáculos legais à celebração de casamento de pessoas do mesmo sexo.

A ADPF 132 teve como finalidade primordial estabelecer o entendimento da união entre pessoas do mesmo sexo como sendo uma entidade familiar, produzindo-se, assim, os mesmos efeitos jurídicos que a união estável.

Como consequência, surgiram os efeitos patrimoniais decorrentes da dissolução da relação, seja por vontade das partes, seja mesmo por falecimento, com repercussão no direito sucessório.

O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer juridicamente essa relação como entidade familiar, declarou o compromisso mútuo dos companheiros em prestar alimentos, passando a resultar vínculos entre os companheiros e direitos e deveres próprios de uma relação familiar. Ou seja, deixou de ser considerada essa relação afetiva uma mera sociedade de fato.

Ademais, a Constituição Federal não proibiu o reconhecimento de outras modalidades de família, além da existência dos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

5 CONCLUSÃO

Hoje se vive em uma sociedade cujas aberturas às mais diferentes possibilidades de escolha tornam a vida em coletividade cada dia mais complexa.

Desde o pós-positivismo, cujo debate remonta a duas correntes do pensamento que buscam melhor compreender a essência do direito – o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, entendendo-as não como contraditórias, mas até mesmo complementares –, o direito constitucional vem crescendo mais notadamente.

A interpretação pluralista e aberta das normas coaduna-se com os anseios da atual sociedade, pós-moderna ou simplesmente moderna, cujas expectativas, anseios e exigências apresentam-se ao operador do direito.

As relações humanas estão, dia após dia, transformando-se rapidamente, as estruturas do poder normativo, até então vigentes, já começam a ser ineficazes em sua tarefa de regulação das condutas humanas.

A solidariedade de certos interesses determina a formação de grupos capazes de produzir direito. É o fenômeno de seleção ao qual aquela luta foi o instrumento para mudança.

Como visto no capítulo 1, o conceito de família mudou. Hoje, as uniões homoafetivas formam a nova família, a família contemporânea, da mesma forma que as uniões heteroafetivas. Isso por que ambas são pautadas no afeto.

É por meio da aplicação de uma interpretação extensiva, ou de uma analogia, que as famílias homoafetivas tiveram sua proteção garantida pelo direito brasileiro.

Isso tudo em decorrência de uma mudança de paradigmas no direito de família, uma verdadeira revolução no tocante às relações paterno-filiais, o que tem obrigado os operadores do direito a se debruçarem sobre essas questões na tentativa de encontrar um caminho a ser trilhado.

A afetividade não vem de forma aleatória fundamentar as relações familiares. Tem ligação intrínseca com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, e com o princípio da igualdade. Justamente por isso, vem exercendo um papel privilegiado no reconhecimento do estado de filiação.

A adoção, conforme se destacou no capítulo 2, é um ato jurídico solene pelo qual se estabelecem laços familiares por meio do afeto entre pessoas sem vínculos sanguíneos.

Assim, a Constituição Federal de 1988 tratou de aspectos jurídicos possíveis nas relações de direito privado, garantindo e permitindo uma segurança jurídica; segurança esta trazida pela junção de leis quase imutáveis.

O capítulo 3 tratou da união estável, fazendo uma abordagem histórica. De início, enfatizou que a Constituição Federal de 1988 proibiria, de modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Apontou que fatores acidentais ou fortuitos, a exemplo da origem social, idade, cor da pele e outros, não se caracterizariam como causas de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que fosse. Observou que isso também ocorreria quanto à possibilidade da concreta utilização da sexualidade e afirmou haver um direito constitucional líquido e certo à igualdade entre homem e mulher.

No capítulo 4, destacou-se a teoria tridimensional do direito como relevante para a reconstrução do direito de família, por que ela explicita com perfeição que a norma é a conjunção de fatos e valores (as três dimensões do direito).

Vale lembrar que o direito de família era composto pelo enfeixamento de relações que se originam da família como a regulamentação do casamento, com seus respectivos efeitos pessoais e econômicos, a determinação do parentesco, do dever alimentar, do pátrio poder, da tutela e da curatela.

Agora, as relações de família encontram-se em um período de repersonalização.

O direito civil vive um processo de constitucionalização, identificado pela alteração dos seus rumos desde a superação do liberalismo jurídico que tratava o direito civil como direito privado.

A família é concebida com base nos princípios da liberdade e da igualdade entre os cônjuges e companheiros, na relação matrimonial e entre os filhos, independentemente da condição do seu nascimento. Por isso a relevância do presente estudo.

Como já aconteceu com a mutação do concubinato à união estável, com a isonomia entre homem e mulher ou a equiparação dos filhos de qualquer condição, e tantos outros institutos de direito, os pronunciamentos judiciais começam, também, em relação à união de pessoas do mesmo sexo e às demais consequências jurídicas que poderão ser geradas.

Diante da elevação do princípio da dignidade e dos direitos da personalidade a preceito constitucional, os mesmos passaram a integrar o texto do novo Código Civil.

Hoje é impossível não reconhecer a configuração da responsabilidade civil nas relações homoafetivas. Inexistindo, por ora, texto legal expresso, é certo que o papel da jurisprudência foi fundamental para a adequação do direito à realidade social.

A ideia de orientação sexual encontra-se contemplada no exercício do direito de liberdade (autodesenvolvimento da personalidade). Ressalta-se que a omissão legislativa representa um agravamento no quadro de desproteção a essa minoria.

Assim, toda família, incluindo a dos homoafetivos, vão ser semelhantes ao molde tradicional, ou seja, vão caracterizar-se pelo comportamento afetivo e pelas trocas intersubjetivas.

A verdadeira filiação é estabelecida segundo critérios de afeto e não critérios meramente jurídicos. São o convívio, o companheirismo e o apoio mútuo entre seus membros, os principais determinantes na formação de uma entidade familiar.

Também no capítulo 4, foi abordada a ADPF 132 que, por meio de uma construção principiológica, passou a admitir no ordenamento jurídico a união homoafetiva como entidade familiar. E, como entidade familiar, hoje, pessoas do mesmo sexo podem casar, viver em união estável e adotar crianças ou adolescentes, do mesmo modo que uma família heterossexual.

O importante em uma família não é a questão de quem é o pai ou a mãe, e sim a função que cada responsável vai desempenhar.

Não é razoável que se desconsidere um elemento como a “socioafetividade”, que levaria a uma hermenêutica que prezaria pela realidade, por conta de um apego atávico a paradigmas retrógrados.

Na Constituição Federal, que é a expressão de um estado ou momento cultural vivido por um estado constitucional, estão protegidos os bens culturais, as liberdades culturais especiais, a proteção ao patrimônio cultural do país etc. E esta proteção à cultura do estado nada mais é do que a proteção de sua identidade cultural.

Tal concepção de Constituição como manifestação cultural é imprescindível na aplicação da sua teoria de que a Constituição é um documento que deve ser abertamente interpretado. Ou seja, sua interpretação não cabe apenas aos juristas e no exercício de suas funções como tais, mas também aos não juristas.

Por sua vez, o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal refere-se ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, ou seja, à superação da distinção que se fazia entre casamento e união estável.

Trata-se de norma inclusiva, com conteúdo antidiscriminatório, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória.

Ao certo, não há nada que proíba que duas pessoas do mesmo sexo constem no registro civil como pais ou mães de um menor, tendo em vista a ausência de menção legislativa a esse respeito e, ainda, o fato de ser a parentalidade um conceito primordialmente socioafetivo, não necessariamente biológico.

Ou seja, nada justifica a desqualificação do reconhecimento da união homoafetiva, pois o fato dos conviventes serem do mesmo sexo, por si só, não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais.¹⁹⁸

Com efeito, o reconhecimento da existência dessa união é possível, adotando-se interpretação analógica ou, na falta de outra possibilidade, por interpretação extensiva da cláusula constante do texto constitucional.

Os princípios constitucionais têm demonstrado sua função ao possibilitar a abertura do sistema jurídico para uma melhor interpretação da realidade, aplicando-se o direito a cada caso, *per si*, buscando minimizar as expectativas na pacificação dos conflitos, cada vez mais de interesses metaindividuais.

¹⁹⁸É importante que a legislação atualize-se com as novas modalidades de famílias.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Aurélio Wander. **Prefácio à edição brasileira da essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fortes, 2001.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000.
- CAON, Leoberto Baggio. (Org.) **Temas jurídicos relevantes**. Florianópolis: Insulars, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad.: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1992.
- CHAVES, Antônio. **Adoção, adoção simples e adoção plena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Trad.: Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hermes, 1975.
- DALARUN, Jacques. Olhares de Clérigos. In: **História das mulheres no Ocidente**. Porto: Afrontamento, v. 2, 1993.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de Família**. v. 5, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** v. 5, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DÖR, Joel. **O pai e sua função em psicanálise.** Trad.: Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

DOVER, K. J. **A homossexualidade na Grécia antiga.** Trad.: Luiz Sérgio Krausz. São Paulo: Nova Alexandria, 1994.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito civil: direito de família.** 4. ed. São Paulo: Nelpa, 2004.

DUARTE, Leonardo Avelino. **Direitos fundamentais das minorias.** São Paulo: Anhanguera Editora Jurídica, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Saraiva, 1994.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** Trad.: Leandro Konder. Rio de Janeiro: SED, 1981.

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

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**, vol. XVIII, (Coord.) TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo.** Salvador: Podivm, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIMENO, Adelina. **A família, o desafio da diversidade**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GIORDANI, Mário Curtis. **História de Roma**. Petrópolis: Saraiva, 1972.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad.: de Hector Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad.: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAZBÚN ZAROR, Raúl. Fundamentos antropológicos y sociales sobre la indisolubilidad del matrimonio. **Temas de Derecho**, Santiago do Chile, v. 17, n. 1/2, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad.: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção Internacional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

LIMA, Fernando Andrade Pires; VARELA, João de Matos Antunes. **Noções fundamentais do direito civil**, vol. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1957.

LISBOA, Sandra Maria. **Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**, (Coord.) AZEVEDO, Álvaro Villaça. São Paulo: Atlas, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Trad.: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Estado Constitucional e neutralidade religiosa**: entre o teísmo e o (neo)ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Tutela da filiação. **Revista da Faculdade Cândido Mendes**, Nova Série, v. 1, n. 1. Rio de Janeiro: SBI/FDCM, 1996.

MELO, Albertino Daniel. Filiação biológica – Tentando diálogo direito-ciências. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. v. 2. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de direito privado**. t. 8. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Comentários à Constituição de 1946**. v. 13. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **História e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. II, Direito de Família, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito (UFPE)**, v. 13, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uniões de pessoas do mesmo sexo – reflexões éticas e jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 31, 1999.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. v. 6, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**. São Paulo: RT, 2010.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. Código civil brasileiro interpretado. v. 4, **Direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

SANTOS, Lara Cíntia de Oliveira. **Apontamentos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Corifeu, 2008.

SARACENO, Chiara. **Sociologia da família**. Trad.: Maria Fernanda Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Editorial Estampa, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Luiz Mônaco. **A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA FILHO, Artur Marques. **O regime jurídico da adoção estatutária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SIQUEIRA, Liborni. **Adoção no tempo e no espaço: doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SOUZA DINIZ, José de Aguiar. **Código de Napoleão ou Código Civil dos franceses**. Trad.: Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1962.

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

STRECK, Lênio Luiz. **Compreender direito**. Desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: RT, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. v. 5. São Paulo: Atlas, 2001.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Filiação adotiva. In: PEREIRA, Rodrigo da C. (Org.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Ltr, 1999.

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

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: RT, 2003.