



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Mutação Constitucional e Relações homoafetivas: análise crítica da interpretação evolutiva do conceito de família.

Carolina Bulhões Percegoni

Rio de Janeiro  
2014

CAROLINA BULHÕES PERCEGONI

**Mutação Constitucional e Relações homoafetivas: análise crítica da interpretação evolutiva do conceito de família.**

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Rafael Iorio

Prof<sup>a</sup>. Mônica Areal

Rio de Janeiro  
2014

## MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: ANÁLISE CRÍTICA DA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Carolina Bulhões Percegoni

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).  
Advogada

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a relevância que a mutação constitucional possui no reconhecimento de novos direitos, como a união e a adoção homoafetivas. Com isso, busca-se demonstrar que, embora não haja uma regulamentação legal específica acerca da matéria, todas as pessoas, com fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, possuem o direito à felicidade, independentemente da orientação sexual de cada uma. Por fim, intenta-se demonstrar que, ao final, o Direito deve procurar proteger o direito de cada um à felicidade e sobrepô-lo, sempre que possível, a qualquer tipo de discriminação que possa atrapalhar a vida digna de casais homoafetivos.

**Palavras chave:** Direito Civil (Direito de Família). Mutação Constitucional. União e Adoção Homoafetivas, regulamentação e efeitos.

**Sumário:** Introdução. 1. Mutação Constitucional e o Novo Conceito de Família. 2. A Adoção por Casais Homoafetivos. 3. Os Demais Desdobramentos do Reconhecimento da Família Homoafetiva. 4. A Desnecessidade de Criação de Lei Específica. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem por objeto o estudo do papel do fenômeno da mutação constitucional na mudança que vem ocorrendo, no ordenamento jurídico brasileiro, no conceito tradicional do vocábulo “família”.

Nessa esteira, é imperioso destacar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, da Sessão de 05 de maio de 2011, que consolidaram o entendimento

segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece ser regulada pelas mesmas regras aplicáveis à união heteroafetiva.

Contudo, ainda existem outras questões altamente relevantes, referentes ao Direito das Famílias e à união homoafetiva, tal como, em especial, a adoção, que também ainda não possuem regulamentação legal, mas que já vêm sendo enfrentadas, na prática, pelo Poder Judiciário brasileiro.

Assim, insta questionar: até que ponto o fenômeno da mutação constitucional é capaz de influenciar o conceito de família?

A escolha desse tema deu-se, entre outros motivos, pela necessidade atual de se comprovar, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e nas inegáveis mudanças fáticas ocorridas na sociedade, que o Direito precisa acompanhar as mudanças sociais, em respeito ao direito à felicidade, que é um dos direitos fundamentais do nosso ordenamento jurídico.

Ademais, há outra questão a ser enfrentada, qual seja: é possível sustentar que o fato de o STF já ter reconhecido o casamento homoafetivo pode influenciar o reconhecimento também do direito à adoção por esses casais?

Desse modo, busca-se analisar os atuais posicionamentos doutrinário e jurisprudencial brasileiros frente ao reconhecimento do casamento homoafetivo, bem como à possibilidade de reconhecimento também do direito de adoção pelos referidos casais.

Por fim, outro norte de suma importância a ser abordado é: tendo em vista uma maior efetividade dos direitos dos casais homoafetivos, como entidade familiar, é necessária a elaboração de uma lei específica nesse sentido?

Desse modo, o que se buscará no presente trabalho é defender a necessidade de uma alteração da legislação já existente acerca de Direito das Famílias, na exata medida das mudanças sociais ocorridas. Por outro lado, buscar-se-á demonstrar a desnecessidade da

elaboração de um conjunto normativo específico, para tanto, sob pena de o próprio ordenamento criar uma distinção entre as entidades familiares existentes e, com isso, fomentar certa segregação social.

Destarte, o presente trabalho científico é importante à medida que permite a constatação de uma realidade inegável: é crescente o número de casais que se assumem como homoafetivos e, com isso, buscam formar também a sua família, o que faz surgir a necessidade de que o ordenamento jurídico brasileiro e os tribunais pátreos acompanhem essas mudanças sociais, a fim de que todos os cidadãos possam ter os seus direitos garantidos e protegidos.

Por fim, o estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória.

## **1. DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E DO NOVO CONCEITO DE “FAMÍLIA”**

A Constituição de todo e qualquer Estado merece ser interpretada de forma que se busque o real significado dos termos contidos na referida Carta. Isso porque, saber o real alcance dessas normas está diretamente ligado à descoberta do verdadeiro sentido e alcance também das normas infraconstitucionais, pois são as regras constitucionais que servem de fundamento para todo o restante do ordenamento jurídico.

Contudo, essa interpretação só é efetivamente realizada quando surge alguma dúvida referente ao texto constitucional e à sua aplicação, isto é, quando não se consegue identificar o real alcance de uma norma, a ponto de esse fato se revelar como um obstáculo à solução de um determinado caso concreto.

Nesse sentido, surgiu o fenômeno da mutação constitucional, que teve a sua origem na doutrina alemã e que apresenta o seguinte conceito, segundo Pedro Lenza<sup>1</sup>:

As mutações, (...), não seriam alterações 'físicas', 'palpáveis', materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado.

Não obstante, outros doutrinadores também procuraram estabelecer um conceito para o fenômeno em tela, tal como Uadi Lammêgo Bulos<sup>2</sup>, que denomina mutação constitucional como:

[...]o processo informal de mudança da constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, que por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e dos costumes constitucionais.

Posto isso, insta ressaltar que diversos fatores influenciam diretamente em sua aplicação, na busca pelo verdadeiro significado de uma norma constitucional, tais como: as questões históricas, as mudanças sociais, os acontecimentos políticos, o perfil econômico do respectivo Estado, entre outros.

Desta forma, o que se tem é um fenômeno capaz de exteriorizar o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais, de forma que possa proporcionar ao Direito, que é estático, um mais célere acompanhamento das mudanças sociais ocorridas.

Nesse sentido, outro não foi o procedimento adotado em relação aos casais homoafetivos, que tiveram o regramento de seus relacionamentos diretamente atingido pela mutação constitucional.

---

<sup>1</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130.

<sup>2</sup> BULOS *apud* PEDRO LENZA, *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130.

Assim se afirma, pois diversos desses casais passaram a buscar, juridicamente, o reconhecimento de sua relação como uma entidade familiar – fatos esses que envolvem também, conseqüentemente, outras questões relevantes, como adoção e direitos sucessórios, por exemplo.

Assim, os Tribunais pátreos não tiveram outra opção senão o enfrentamento desse novo “conceito de família”. Não havia mais como ignorar a existência de inúmeros casais formados por indivíduos do mesmo sexo, que já haviam assumido a sua relação publicamente e construído uma vida a dois.

Além disso, outras questões também foram surgindo em relação a esses casais, quais sejam: *i*) o direito ou não de adotar; *ii*) os direitos de cada um face a uma separação, depois de anos coabitação e compartilhamento de uma vida a dois; *iii*) os direitos sucessórios do membro sobrevivente, diante do falecimento do outro; entre outras.

Dessa forma, ao julgar a ADPF n. 132/RJ<sup>3</sup>, o STF tratou da união homoafetiva e a reconheceu como instituto jurídico, conferindo ao art. 1.723 do Código Civil interpretação

---

<sup>3</sup> Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. (...) 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma

conforme a Constituição – técnica esta que, de acordo com o doutrinador Pedro Lenza<sup>4</sup>, significa que “[...] deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, não seja contrária ao texto constitucional [...]”.

A aludida técnica da interpretação conforme a Constituição foi utilizada com o intento de excluir qualquer sentido contrário ao reconhecimento da união – contínua, pública e duradoura – entre pessoas do mesmo sexo como uma “entidade familiar”, termo esse que foi entendido como sinônimo perfeito do termo “família”.

Por sua vez, o referido artigo 1.723 do Código Civil brasileiro traz a seguinte redação: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Desta feita, conjugando-se o artigo acima com a técnica da interpretação conforme a Constituição, a conclusão fornecida à mencionada ADPF 132 foi: reinterpretou-se a expressão “união estável entre o homem e a mulher” (presente no art. 1.723), cujo novo sentido passou a ser o de que a união estável não precisa ser, necessariamente, constituída entre pessoas de sexos diferentes.

Portanto, o que se buscou com a nova interpretação foi a eliminação de qualquer discriminação das pessoas em razão da orientação sexual de cada uma delas, homenageando-se o pluralismo como valor sócio-político-cultural.

---

autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. [...] (STF, ADI 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) (STF, ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011)

<sup>4</sup> LENZA, op. cit., p. 137.



Não obstante, foi reconhecida também – com base no art. 3<sup>o5</sup> da Constituição da República Federativa Brasileira/88<sup>6</sup> (CRFB/88), cujo objetivo é o de “promover o bem de todos” – a liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, posto que se trata de expressão da autonomia de vontade.

Além disso, consignou-se, em suma, que, diante do silêncio normativo da Carta Magna, a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, a seguinte regra deve ser seguida: “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Com isso, estará sendo reconhecido o direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.

No mais, esclareceu-se que as famílias, de acordo com o art. 226, caput<sup>7</sup> da CRFB/88<sup>8</sup>, merecem especial proteção do Estado, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais hetero ou homoafetivos. Além disso, entendeu-se que referida Constituição, ao utilizar-se da expressão “família”, não limitou sua formação a casais heteroafetivos, nem a formalidades cartorárias, celebração civil ou liturgia religiosa.

Por outro lado, a doutrina brasileira também vem acompanhando o aludido posicionamento do STF, tal como se pode depreender do entendimento dos renomados doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal<sup>9</sup>:

[...]Sedimentada no afeto e na solidariedade recíproca, a união homoafetiva é entidade familiar e conta com especial proteção do Estado, a partir da compreensão do caput do art. 226 da Carta Constitucional. Em sendo assim, a entidade familiar homoafetiva produzirá efeitos comuns nos Direitos das Famílias, como o direito a

---

<sup>5</sup>Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>6</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>7</sup>Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

<sup>8</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>9</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. 5. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 1.070.

alimentos, o direito à herança e acréscimo de sobrenome e, por igual, a possibilidade de adoção, formalizando uma relação filiatória.

Não obstante, outro fato importante foi muito bem observado e ressaltado por Maria Berenice Dias<sup>10</sup>, renomada doutrinadora brasileira, também na seara dos Direitos das Famílias:

O conceito legal de família trazido pela Lei Maria da Penha insere no sistema jurídico também as uniões homoafetivas, quer as formadas por duas mulheres ou constituídas entre dois homens – todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros.

Essa passagem se refere a dois artigos da Lei Maria da Penha<sup>11</sup>. O primeiro deles é o art. 2º, que dispõe: “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual (...) goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana [...]”. Já o segundo se trata do art. 5º, parágrafo único, que reitera a mesma ideia ao dispor: “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

Deste modo, o que se busca destacar é que, ainda que a finalidade inicial da lei tenha sido tão somente proteger as mulheres, acabou por inserir no ordenamento um novo conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros – o que gerou inúmeras discussões jurídicas na época, as quais, hoje, já estão pacificadas, conforme demonstrado anteriormente.

Posto isso, concluiu-se que a isonomia entre casais hetero e homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, sendo competência do STF manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

---

<sup>10</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 208.

<sup>11</sup>BRASIL. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm) >. Acesso em: 15 abr. 2014.

Assim sendo, diante de todo o exposto, constata-se que o fenômeno da mutação constitucional é capaz de influenciar direta e amplamente o conceito de família. Assim se afirma, pois restou demonstrado que os Tribunais nacionais e a doutrina vêm buscando acompanhar as mudanças sociais, de forma a conferir às leis brasileiras uma aplicação contemporânea, menos estática, pelo que ocorreu a mudança da interpretação do conceito da palavra “família” e, assim, os casais homoafetivos passaram a ser reconhecidos como entidade familiar também.

Em consequência, mantém-se preservado o princípio constitucional expresso da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CFRB/88), bem como os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, caput, da CRFB/88) e do direito à felicidade, estreitamente ligados ao tema ora abordado.

## **2. DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS**

Conquistado o primeiro avanço na seara dos direitos homoafetivos, conforme o explanado acima, outro passo importante foi o relacionado à possibilidade da adoção por esses casais. Isso porque, não só a instituição “família”, mas também a “filiação” foi alvo de profunda transformação no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse compasso, insta salientar que os Tribunais pátreos<sup>121314</sup> também vêm admitindo o direito à adoção por famílias homoafetivas, como um importante desdobramento do reconhecimento do casamento e da união estável dessas entidades. Para tanto, utilizam-se da identificação da presença do elo de afetividade (filiação socioafetiva) – quando há

---

<sup>12</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 889.852/RS, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento: 27/04/2010. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1.281.093/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 18/12/2012. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Oitava Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70052132370, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data do Julgamento: 04/04/2013. Acesso em: 15 abr. 2014.

confronto entre biologia e o vínculo de convivência – como um importante fundamento para a concessão da adoção.

Assim, quando não há identidade consanguínea dentro de uma determinada entidade familiar, o Judiciário passa a ter o papel de definir se há vínculo afetivo, ou paterno-filial, com o adotando. Para tanto, com o intento de privilegiar a máxima constitucional da prioridade do melhor interesse da criança e do adolescente, os juízes investigam, com apoio da equipe de assistência social, quem o propenso adotando considera como pai ou mãe e quem o ama verdadeiramente como filho.

Desta feita, após a realização do estudo social, sendo reconhecido o vínculo afetivo e identificadas as figuras do pai ou da mãe, o direito à adoção da criança ou do adolescente é concedido, em estrita observância ao direito à felicidade do adotando e à convivência familiar.

Posto isso, vale destacar, inicialmente, o posicionamento da doutrinadora Maria Berenice Dias<sup>15</sup>, referência no tema ora abordado, que sustenta:

A maior visibilidade e melhor aceitabilidade das famílias homoafetivas torna impositivo o estabelecimento da relação paterno-filial com ambos os genitores, ainda que sejam dois pais ou duas mães. Vetar a possibilidade de juridicizar a realidade só traz prejuízo ao filho, que não terá qualquer direito com relação a quem exerce o poder familiar. Presentes todos os requisitos para o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, negar sua presença quando os pais são do mesmo sexo é deixar a realidade ser encoberta pelo véu do preconceito. Existindo um núcleo familiar, identificada a união estável e estando presente o elo de afetividade a envolver pais e filhos, imperioso o reconhecimento da dupla parentalidade.

Contudo, outro não é o de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>16</sup>, que também defendem a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, como se vê:

[...] não existe concretamente, concretamente, qualquer óbice para uma adoção pelo par homossexual porque a adoção, em toda e qualquer hipótese, está submetida ao melhor interesse da criança ou do adolescente. Por isso, apresentando reais vantagens para o adotando (art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente), a adoção pode ser deferida a um casal de pessoas do mesmo sexo.

Há, ainda, o entendimento do doutrinador Sílvio de Salvo Venosa<sup>17</sup>:

---

<sup>15</sup> DIAS, Maria Berenice. *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 254.

<sup>16</sup> FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 1.070.

[...] não existe no ordenamento qualquer proibição expressa acerca da adoção por duas pessoas homoafetivas. A complexidade se transporta para a oportunidade de convivência de cada caso concreto. Sob o ponto de vista dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa não há que se ver óbice para essa adoção. (...) Nesse campo, com maior incidência, é fundamental o apoio de operadores de ciências auxiliares, como pedagogos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos, etc.

Por outro lado, é de suma importância destacar também o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca do tema, que também já proferiu algumas decisões concessivas do direito de casais homoafetivos à adoção, trazendo, com isso, muitas ponderações importantes.

Um exemplo disso é a decisão proferida no Recurso Especial n. 889.852/RS<sup>18</sup>, cujo Relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão, de acordo com a qual foi reconhecida a possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente, que vivia em união homoafetiva. Para tanto, citou-se o art. 1º da Lei 12.010/09<sup>19</sup>, que prevê a “garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes”. Ademais, destacou-se também o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>20</sup>, que dispõe que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Outra decisão, nessa direção, é o Recurso Especial n. 1281093/SP<sup>21</sup>, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no qual foi concedido o direito de adoção unilateral de menor, em

<sup>17</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 443-444.

<sup>18</sup> DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.[...] (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 889852/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10/08/2010)

<sup>19</sup>BRASIL. Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>20</sup>BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>21</sup> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. (...) III.A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população

razão do pedido feito pela companheira da mãe biológica da adotanda, de acordo com o qual se afirmou que a criança era fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordou na inseminação artificial heteróloga<sup>22</sup> (prevista no art. 1.597 do Código Civil<sup>23</sup>), por doador desconhecido.

Na fundamentação da decisão acima, com o intento de afastar qualquer conteúdo discriminatório, destacou-se que, se determinada situação é possível ao casal heterossexual, também o é ao homoafetivo, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza, que devem ser abraçados em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e deveres existentes na lei.

Acrescentou-se ainda que, ao contrário do sustentado pela massa da sociedade contrária ao reconhecimento dos direitos ora tratados, estudos feitos no âmbito da Psicologia têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados a filhos de pais e mães heterossexuais.

---

brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. (...)

VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1281093 /SP; 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 04/02/2013)

<sup>22</sup> Procedimento de utilização do sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o do marido, para a fecundação do óvulo da mulher. Ao contrário da inseminação artificial homóloga, a criança gerada através da inseminação heteróloga terá pais biológicos diversos daqueles que irão registrá-la e acolhe-lá.

<sup>23</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Não obstante, o referido *decisum* foi finalizado com destaque, mais uma vez, para o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando.”

Por fim, vale destacar também a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 70052132370<sup>24</sup>, na qual foi deferido o registro da criança, com supedâneo no superior interesse da menor, para conceder-lhe a condição de filha do casal agravante, que a concebeu mediante o procedimento da inseminação heteróloga.

Diante do exposto, quando questionado se é possível sustentar que o fato de o STF já ter reconhecido o casamento e a união estável entre pessoas do mesmo sexo pode influenciar o reconhecimento também do direito de adoção por esses casais, a resposta deverá ser positiva.

Isso porque, conforme exaustivamente demonstrado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência sustentam um posicionamento contemporâneo e igualitário de direitos, reconhecendo o direito de casais homoafetivos adotarem crianças e construírem juntos uma família sólida, que possui direitos e deveres como qualquer outra.

Portanto, não há nada, *a priori*, que aponte para a impossibilidade ou inconveniência da adoção de um menor por casais homoafetivos, nem estudos que indiquem ser degradante

---

<sup>24</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU. (...) 4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, DO 09/04/2013)

ou prejudicial tal medida para o desenvolvimento do adotando, como também não há certeza alguma quando os adotantes se tratam de um casal heterossexual. Assim, a conclusão de que existe ou não ambiente familiar propício para a adoção, por casais homossexuais, dependerá, como em qualquer outro caso que envolva heterossexuais, da análise profunda das peculiaridades de cada caso concreto.

### **3. DOS DEMAIS DESDOBRAMENTOS DO RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA**

Dado destaque à questão da adoção por casais homoafetivos, também é interessante tratar, ainda que brevemente, dos demais desdobramentos do reconhecimento de casais do mesmo sexo como entidade familiar.

Nessa esteira, uma das questões jurídicas relevantes é a partilha de bens, quando um dos companheiros ou cônjuges vem a falecer, deixando bens de herança. Para tanto, há importante julgamento do STJ acerca do tema: o Recurso Especial n. 930460/PR, cuja Relatora foi a Ministra Nancy Andrichi<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO AFETIVA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO POST MORTEM CUMULADA COM PEDIDO DE PARTILHA DE BENS. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. 1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. 2. Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar. (...) 4. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos. 5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome do falecido, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida. 6. Recurso especial provido. (STJ, REsp 930460/PR, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 19/05/2011)



O caso julgado se tratava de reconhecimento e dissolução de união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo *post mortem* cumulada com pedido de partilha de bens. No referido julgamento, foram utilizados como fundamento os princípios da igualdade e da dignidade humana, bem como o art. 4º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro<sup>26</sup>, que permite a equidade na busca da Justiça.

Não obstante, entendeu-se que demonstrada a convivência – pública, contínua e duradoura –, entre duas pessoas do mesmo sexo, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02<sup>27</sup>, com a exceção do inciso VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos.

Dessa maneira, reconheceu-se o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome do falecido, sem que se exija, para tanto, prova de esforço comum, que, nesses casos, é presumida.

Outro ponto relevante é o referente aos alimentos, se devidos ou não. Aqui, insta destacar dois julgados importantes: o Agravo de Instrumento n. 0137184-52.2010.8.26.0000

---

<sup>26</sup>BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De14657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>27</sup>Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>28</sup> e a Apelação n. 0031729-40.2008.8.19.0202 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>29</sup>.

No primeiro julgado, reconheceu-se o direito de um dos ex-companheiros a receber alimentos do outro, por ter entendido que estava evidente que as partes mantiveram relação pública contínua e duradoura por anos. Ademais, entendeu-se que o binômio necessidade/possibilidade havia restado comprovado pelos documentos que instruíram a inicial. Como fundamento, destacou que, por se tratar de lacuna legislativa, deve ser feita a integração do caso concreto, por meio de analogia, com o instituo da união estável.

Por sua vez, no segundo julgado mencionado, não se entendeu como devidos os alimentos pleiteados, mas não em razão de ser inadmissível no Direito essa espécie de pretensão, e sim porque, no caso concreto sob julgamento, que se tratava de dissolução de união estável homoafetiva, o tempo decorrido após a separação dos companheiros tinha sido longo demais, única razão para afastar o dever de mútua assistência, que não mais subsistia às ex-companheiras.

Para concluir essa questão dos alimentos e aclará-la ainda mais, vale acrescentar, mais uma vez, o entendimento da doutrinadora Maria Berenice Dias<sup>30</sup>:

---

<sup>28</sup> Agravo de instrumento - Ação de declaração e dissolução de união estável homoafetiva - Indeferimento do pedido liminar de alimentos sob a alegação de inexistência de previsão legal - Agravo de instrumento - Hipótese de lacuna legislativa ? Integração por meio de analogia com o instituto da união estável - Evidência de que as partes mantiveram relação pública contínua e duradoura por anos - Binômio necessidade/possibilidade comprovado pelos documentos que instruíram a inicial - Alimentos devidos - Recurso provido. (BRASIL, Tribunal Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 0137184-52.2010.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Garcia, j. 10/08/2010)

<sup>29</sup> APELAÇÃO CÍVEL. AUTORA REQUER DECLARAÇÃO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO HOMOAFETIVA, PARTILHA DE BENS E ALIMENTOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. DOCUMENTO JUNTADO AOS AUTOS PELA PARTE RÉ ATESTA QUE MANTEVE RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO COM A AUTORA ENTRE 1990 E 2003. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SENTIDO DE QUE A UNIÃO CONTÍNUA, PÚBLICA E DURADOURA ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO DEVE SER CONCEITUADA COMO FAMÍLIA, SENDO REGIDA PELAS MESMAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS DA UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. FRAÇÃO DE APARTAMENTO ADQUIRIDO EM NOME DA PARTE RÉ EM 1997, QUE DEVE SER PARTILHADA COM A AUTORA, DESCONTANDO-SE O VALOR DO FINANCIAMENTO PAGO APÓS A DATA DE DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ENTRE AS PARTES. EM RAZÃO DO LONGO TEMPO DECORRIDO APÓS A SEPARAÇÃO, O DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA NÃO MAIS SUBSISTE ENTRE AS EX-COMPANHEIRAS, NÃO HAVENDO DIREITO A ALIMENTOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação n. 0031729-40.2008.8.19.0202, Rel. Des. José C. Figueiredo, j. 17/10/2012)

Assim, mesmo não contemplados no art. 1.694 do CC/2002 – que prevê sua possibilidade apenas entre parentes, cônjuges ou companheiros - os alimentos são devidos nas uniões homoafetivas, eis que decorrem, logicamente, de princípios constitucionais, especialmente do dever de solidariedade social (art. 3.º, CF) e da afirmação da dignidade humana (art. 1º, III, da CF), que, repita-se à exaustão, não pode ser vislumbrado como valor abstrato, desprovido de concretude, reclamando aplicação específica, viva, pulsante.

Por fim, vale trazer a lume a questão da guarda de menores em face de relações homoafetivas. Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro possui uma decisão muito relevante, qual seja: o Agravo de Instrumento n. 0045111-90.2009.8.19.0000<sup>31</sup>. Nesse julgado, ex-marido requer a mudança do regime de guarda da filha menor, provisoriamente conferida à mãe. Isso se deu em razão da descoberta de que a mãe havia se envolvido em um relacionamento homoafetivo.

Entretanto, o Tribunal entendeu que não havia qualquer situação excepcional que justificasse a modificação do regime prevalecente, pois desprovida de suporte probatório a alegação de que o relacionamento homoafetivo da mãe ocasionaria prejuízos psicológicos à criança, à medida que a conclusão obtida após a realização da audiência preliminar foi a de que não havia qualquer prejuízo para o desenvolvimento da menor quando da sua convivência com a mãe e sua nova parceira.

Assim sendo, conforme o exposto, conclui-se que os Tribunais brasileiros vêm adotando posturas contemporâneas quando do julgamento dos casos referentes às questões de

---

<sup>30</sup> DIAS, Maria Berenice. *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 330.

<sup>31</sup>AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA DE MENOR REQUERIDA PELO PAI. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A JUSTIFICAR A MODIFICAÇÃO DO REGIME PREVALECENTE. 1. A pretensão do pai de modificar a guarda da filha menor, provisoriamente conferida à mãe, residente no Rio de Janeiro, e conseqüentemente diligenciar o retorno da filha à cidade de Inhumas, Goiás, onde reside, não se justifica por si só, tendo em vista que ambos os genitores demonstram condições favoráveis ao exercício da guarda. 2. Em casos tais, deve-se privilegiar o direito da menor e o atendimento ao seu melhor interesse, mantendo-se, pelo menos em caráter provisório, de modo a evitar uma brusca alteração na rotina da menor, com a mudança de cidade e estado, a guarda em favor daquele que, diante do imediatismo da situação, revele situação mais favorável à criança, até que sobrevenha decisão definitiva. 3. É desprovida de suporte probatório a alegação de que o relacionamento homoafetivo da mãe ocasiona prejuízos psicológicos à criança, à medida que os depoimentos colhidos em audiência especial indicam que a menor está em ambiente favorável ao seu desenvolvimento. 4. Desprovidimento do recurso. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento n. 0045111-90.2009.8.19.0000, Rel. Des. Elton Leme, j. 10/02/2010)

casais homoafetivos, buscando conferir tratamento de igualdade frente ao que sempre foi dispensado aos casais heteros.

#### **4. DA DESNECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE LEI ESPECÍFICA**

A última questão a ser enfrentada é a respeito da necessidade ou não de se criar uma lei específica para regular tão somente questões atinentes a relações homoafetivas, ou se basta que sejam feitas alterações pertinentes na legislação já existente acerca de Direito das Famílias.

Esse questionamento é relevante tendo em vista que, se por um lado a criação de uma lei própria poderia tratar de maneira mais exaustiva os pormenores das relações homoafetivas, por outro isso poderia assumir um caráter discriminatório e segregador, pois, se são todos iguais perante a lei, porque diferenciar um certo segmento social?

O que se sabe é que existem poucas leis, atualmente, que tratam do tema. Como exemplo, é possível citar a Lei 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, já mencionada anteriormente, que, no intuito de conferir proteção integral às mulheres, faz menção às relações homoafetivas, deixando claro que a orientação sexual de cada indivíduo não é um empecilho ao reconhecimento dos seus direitos.

Por outro lado, vale mencionar também que o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, autarquia federal responsável pela administração de planos de custeio e de benefícios previdenciários, já reconhece o companheiro homoafetivo como dependente do segurado vinculado à referida autarquia, para fins previdenciários<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Ação de Obrigação de Fazer. Genitora que pleiteia o integral recebimento de suplementação de pensão. Pensão por morte de segurado da PETROS. Companheiro homoafetivo que recebe a totalidade do benefício. Sentença que julgou improcedente a pretensão. Apelo manejado pela autora. O INSS reconheceu o 2º réu como companheiro do filho da autora e iniciou o pagamento da pensão por morte, assim como a PETROS. Comprovação da condição de companheiro, que, aliás, é confirmado pela própria autora. Certo é que a união estável homoafetiva gera os mesmos direitos que a união estável de heterossexuais. O recebimento da

Sendo assim, não obstante os dados mencionados acima já sejam um avanço para o Direito, não são suficientes para regulamentar as novas relações jurídicas formadas em razão da união de duas pessoas do mesmo sexo.

Na verdade, o que se tem é uma verdadeira omissão do legislador. Vários projetos de lei já chegaram a ser apresentados nas casas legislativas brasileiras, mas nenhum chegou a ser, de fato, aprovado.

A título de esclarecimento, vale citar alguns deles: Projeto de Lei 1.151/1995, que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo; Projeto de Lei 580/2007, que visa alterar o Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva; Projeto de Lei 4.914/2009, apresentado como substitutivo ao Projeto da Parceria Civil, propõe que seja acrescentado um artigo ao Título III do Código Civil, no que trata da união estável, nos seguintes termos: “Art. 1.727-A. São aplicáveis os artigos anteriores do presente Título, com exceção do art. 1.726, às relações entre pessoas do mesmo sexo, garantidos os direitos e deveres decorrentes.”

Da mesma forma, já foram apresentadas, inclusive, propostas de emenda constitucional, com o intento de alterar o texto da Carta Magna em busca de uma maior proteção à diversidade sexual e às relações homoafetivas. São elas: PEC 66/2003 e PEC 70/2003.

A primeira dá nova orientação aos arts. 3º e 7º da CRFB/88, incluindo entre os objetivos do Estado: a promoção do bem de todos, sem preconceitos de orientação sexual, bem como os direitos sociais à proibição da diferença por motivo de orientação sexual. E a

---

suplementação da pensão por morte, pelo companheiro, exclui o eventual recebimento pelos genitores, conforme interpretação do disposto no art. 40, I e III c/c com seu parágrafo primeiro, do Regulamento do Plano PETROS. Precedentes que possibilitam o julgamento nos termos do art. 557 do CPC. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO, pois manifestamente improcedente. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação n. 0003195-22.2007.8.19.0073, 13ª Câmara Cível, Des. Rel. Sirley Abreu Biondi, j. 29/11/2013)

segunda visa alterar o art. 226, §3<sup>33</sup>, da CRFB/88, para excluir a expressão “entre um homem e uma mulher”. Contudo, ambas se encontram arquivadas, no momento.

Diante desse cenário, há omissão também dos doutrinadores brasileiros em relação à abordagem da omissão legislativa, pelo que se destaca o entendimento da doutrinadora Maria Berenice Dias<sup>34</sup>, segundo o qual deve ser criado um microsistema para regulamentar as questões homoafetivas, nos seguintes termos:

Mister a construção de um microsistema, tal como ocorre com os demais segmentos que fazem jus à tutela especial. Outra não é a justificativa para a existência do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Idoso e de um Código de Defesa do Consumidor. É urgente a elaboração de um Estatuto da Diversidade Sexual para sistematizar de forma abrangente todos os temas que envolvem a população LGBT e seus vínculos afetivos. A existência de uma normatização, além de servir de norte ao Poder Judiciário, dá segurança à sociedade e vai permitir que a disciplina seja inserida nos currículos dos cursos de direito.

Nesse sentido, em que pese o brilhante entendimento da referida doutrinadora, essa não é a melhor solução. Isso porque, criar um microsistema específico, para tratar apenas das questões homoafetivas, seria, como já foi dito, uma forma de segregação desse grupo social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso<sup>35</sup> e o Código de Defesa do Consumidor<sup>36</sup> foram criados tendo em vista que não existiam normas suficientes para regulamentar os temas ligados a esses indivíduos. Assim, por óbvio, foi criado um regulamento específico, sob pena de os mesmos ficarem desprotegidos, às margens da lei.

Entretanto, esse cenário não é o mesmo enfrentado pelos casais homoafetivos. Assim se afirma, pois já existem normas regulamentadoras do casamento, da união estável, da adoção, das sucessões, entre outros pontos relacionados ao Direito das Famílias. Logo, se já

---

<sup>33</sup>Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.(...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. [...]

<sup>34</sup>DIAS, op. cit., p. 263.

<sup>35</sup>BRASIL. Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>36</sup>BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

foi reconhecida tanto a união estável quanto o casamento entre pessoas do mesmo sexo, basta que se aplique as regras legais já existentes também para essa nova espécie de casal/família, com os devidos ajustes do texto legal.

É necessário que se enfrente esse assunto de forma corajosa, da forma como a jurisprudência e a doutrina vêm fazendo. Não pode o Legislativo se escusar de enfrentá-lo. A sociedade contemporânea clama que se inicie uma corrida contra tabus ainda existentes e enraizados no ceio dos núcleos mais conservadores, como o fato de inúmeras pessoas ainda associarem a homoafetividade à promiscuidade.

Homoafetividade e promiscuidade não são sinônimos. Assim como existem casais héteros que possuem hábitos promíscuos, há casais homos que também os possuem – fatos esses que não tornam isso necessariamente uma regra. Portanto, é indispensável o enfrentamento de todas as questões aqui postas.

Nessa esteira, inicialmente, seria interessante a realização de uma ampla campanha informativa a respeito da importância do respeito às diversidades de todos os tipos (de cor, de raça, de sexo, de religião, etc.), pois a desconstrução do preconceito vem com a construção da informação.

Após, imperiosa seria a alteração da legislação já existente acerca do tema, de forma a regulá-lo expressamente e a buscar que cada vez mais a lei possa atingir e proteger um número maior de indivíduos, de grupos sociais, sob pena de se fazer de conta que as mudanças sociais não estão ocorrendo e sustentar-se um Direito estático e atrasado.

Por fim, basta que os Tribunais passem a aplicar essas “novas normas” aos casos concretos que lhes forem apresentados, bem como continuem a enfrentar questões inovadoras, também postas a julgamento, de modo a não deixar desamparado nenhum direito colocado em risco frente a uma omissão legislativa – conforme ocorrido nos julgamentos paradigmas, pelo

Pleno do STF, da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132<sup>37</sup>, já comentadas anteriormente, nos exatos moldes da construção jurídica estabelecida àquelas ocasiões.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que o fenômeno da mutação constitucional foi diretamente responsável pela ocorrência da mudança do tradicional conceito de “família”, posto que, por intermédio da mudança de interpretação de regra constitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, qualquer casal, seja ele hetero ou homoafetivo, que se unir para compartilhar uma vida a dois e mantiver uma relação sólida, pública e duradoura, será considerado uma entidade familiar.

Ademais, outra importante consequência inegável desse fenômeno foi o reconhecimento de direitos decorrentes desse novo conceito de “família”, tais como o direito à adoção, a alimentos, à partilha de bens diante de um divórcio, à herança, entre outros.

Assim se afirma, pois, como os casais homoafetivos também passaram a ser encarados como entidade familiar, fez-se necessário apresentar soluções jurídicas também aos

---

<sup>37</sup> Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. (...) 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...)3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUcionista. [...] (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) (STF, ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011)



desdobramentos dessas relações – sob pena de se ter conferido tão somente uma solução parcial às lides levadas ao Judiciário.

Tendo em vista uma maior efetividade dos direitos mencionados, entende-se que não é necessária a elaboração de uma lei específica para tanto. Isso porque, criar um novo microsistema jurídico tão somente para regular as relações decorrentes dessas novas “famílias”, seria o mesmo que reconhecer que elas são diferentes das outras e, por isso, merecem ser tratadas de forma distinta – o que não se pode tolerar.

As famílias homoafetivas não são diferentes das outras apenas porque são formadas por indivíduos do mesmo sexo. Elas enfrentam as mesmas dificuldades e dividem as mesmas alegrias que uma família formada por pessoas de sexos diferentes: ambas possuem o objetivo de se unir para dividirem a sua felicidade, para empenharem esforços comuns e prosperarem junto, para terem seus próprios filhos, entre outros projetos comuns a qualquer família.

Assim sendo, diante da incontestável mudança de entendimento da jurisprudência e doutrina brasileiras, acerca do tema ora abordado e seus reflexos – conforme anteriormente narrado –, basta que se façam as alterações legislativas pertinentes nas codificações já existentes, de forma a tratar de forma expressa também todos os direitos e deveres já reconhecidos como existentes em um núcleo familiar homoafetivo.

Nesse sentido, não foi por acaso que o próprio Supremo Tribunal Federal fixou, no julgamento das ações constitucionais mencionadas no presente trabalho, que a união entre pessoas do mesmo sexo merece ser regulada pelas mesmas regras aplicáveis à união heteroafetiva.

Portanto, é com supedâneo, especialmente, no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à felicidade, que se faz necessária uma célere atuação legislativa no sentido de se ajustar as normas legais aos novos paradigmas estabelecidos no ordenamento

jurídico brasileiro, na exata medida das mudanças sociais ocorridas, de forma a conferir uma maior segurança jurídica a todas as entidades familiares.

## REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069, de 13 julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. 5. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODIVM, 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.