

COMARCA DE SANTA MARIA
 JUIZADO REGINAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE
 Rua Buenos Aires, s/n

Nº de Ordem:**Processo nº:** 0270843001.28987**Natureza:** Destituição de Poder Familiar/Adoção**Autores:** C. M. S. e C. S.**Ré:** V. M. T.**Juiz Prolator:** Juiz de Direito Substituto - Rafael Pagnon Cunha**Data:** 29/07/2009

'O conjunto das pesquisas realizadas ao longo dos últimos vinte anos apresenta um resultado favorável à homoparentalidade tão contundente que estimulou a manifestação de várias entidades de classe nos EUA em favor da liberação para casamento e adoção por homossexuais, como a Associação Americana de Psicanálise, Associação Americana de Pediatria, Associação Americana de Antropologia, entre outras de igual peso¹. Essas pesquisas orientam, também, as decisões de países como Espanha e Inglaterra, na liberação do casamento e adoção por homossexuais. (...)

Os resultados das investigações indicam não haver diferenças significativas entre pessoas heterossexuais e homossexuais, relacionadas à habilidade para o cuidado de filhos, à atenção dedicada a eles, ao tempo passado juntos ou à qualidade da relação pais/filhos (Patterson, 1996²; Stacey, Biblarz, 2001³). **ZAMBRANO, Elizabeth.** *Adoção por homossexuais*, in *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade. II Simpósio Sul-Brasileiro de Direito de Família, jun. 2006, Gramado, Rio Grande do Sul, Brasil* – Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2007, pp. 144-5.

1 – As manifestações de diversas entidades de classe norte-americanas das áreas da Psicologia, Psicanálise, Psiquiatria, Pediatria, Serviço Social, Antropologia e Direito, podem ser acessadas no site da Human Rights Campaign Foundation www.hrc.org.

2 – PATTERSON, Charlotte J. **Résultats des Recherches concernant L'homoparentalité.** Université de Virginie/APA, 1996. Disponível em: <<http://www.france.qrd.org/assocs/apgl/>>. Acesso em: 28 set. 2004.

3 – STACEY, Judith; BIBLARZ, Timothy J. (How) Does the sexual orientation of parents matter? In: **American Sociological Review.** Vol. 66, 2001.(pgs. 159 – 183) Disponível em: <<http://www.france.qrd.org/assocs/apgl/>>. Acesso em: 28 set. 2004.

'Se os profissionais do Direito encontram dificuldade para assuntos da sexualidade mais convencional, muito mais encontrarão para as não-convencionais, como a homossexualidade' **PEREIRA, Rodrigo da Cunha**. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 48.

"Não se deve esquecer que a defesa da própria diversidade não deve ser feita nunca contra outras diversidades" **SÁNCHEZ, Félix López** *Homossexualidade e família : novas estruturas*. Tradução **Carlos Henrique Lucas Lima**. Porto Alegre : Artmed, 2009. p. 129.

'A vida há de nos cobrar duramente por considerarmos pecado o amor que não se enquadra em nossa visão mesquinha; por quisermos medir comportamentos segundo nossos padrões poucos generosos; por quisermos prender, humilhar, podar todo o relacionamento que não se adapta à medida da nossa ignorância e dos nossos farisaicos valores.

Porque **o amor, do jeito que pode ser, é o caminho da liberdade e da grandeza – é a nossa única possibilidade de salvação.**' **LUFT, Lya**. *Pensar é transgredir*. Rio de Janeiro Record, 2004, p. 55.

Vistos.

C. M. S. ajuizou **AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER** em face de **E. S. C.** e **V. M. T.**, aduzindo, em síntese, ter sob seus cuidados, desde seu nascimento, a criança JV, o qual fora abandonado, material e afetivamente, pela genitora. Pleiteou se destituíssem os requeridos do poder familiar, com a conseqüente adoção do infante – afirmando preenchidos os requisitos legais para tanto.

Inicial recebida, designada audiência para colheita do consentimento da genitora, assim como determinada a realização de estudos técnicos.

Audiência prejudicada, visto que não-encontrada a mãe.

Emendada a inicial, com a inclusão de C. S. no pólo ativo.

Deferida a guarda provisória aos requerentes.

Prosseguimento da audiência, com oitiva da genitora, desautorizando a adoção.

Contestada a pretensão.

Réplica.

Instrução efetivada.

Memoriais apresentados.

MP pelo acolhimento das pretensões.

Vieram-me os autos conclusos.

É O RELATÓRIO.

PASSO A FUNDAMENTAR.

Tenho mereçam albergar as pretensões inicialmente expendidas.

Apreciação em capítulos.

Ao exame da matéria prefacialmente articulada.

I - A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAL HOMOSSEXUAL

À toda evidência que ultrapassável o ponto.

Não obstante juridicamente defensável, trata-se, assim vejo, do capítulo da sentença de menor interesse.

Funda-se a mãe biológica de J. V. na ausência de expreso fundamento, legal e constitucional, a dar suporte à pretensão.

Tenho não ser essa a leitura que se afina à atual quadra de desenvolvimento⁴ do Direito, da Sociedade Brasileira e às promessas constitucionais⁵ de uma sociedade livre, igualitária, despida de discriminações e fundada na solidariedade.

Isso pois que a ausência de regra que, modo expreso, permita, não significa, em absoluto, que o ordenamento proíba – e a impossibilidade é tida, desde **Liebman**, como a presença de regra explícita que vede o próprio direito material postulado.

Sobre o alcance do instituto em voga, **VOLTAIRE DE LIMA MORAES** explicita:

Como observa Moniz de Aragão, 'parece que o verdadeiro conceito de possibilidade jurídica não se constrói apenas mediante a afirmação de que corresponde à prévia existência de um texto que torne o pronunciamento pedido admissível em abstrato, mas, ao contrário, tem de ser examinado mesmo em face da ausência de uma tal disposição, caso em que, portanto, essa forma de conceituá-la seria insuficiente. Sendo a ação direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade

4 – ‘Aquilo que, à falta de melhor, se chama a interpretação não tem como objecto um texto isolado, mesmo se abrangido no seu contexto, outro lugar comum das doutrinas clássicas. O texto não é um quadro, datado e assinado, mesmo quando está inserido na galeria de um colecionador. A aplicação do direito consiste necessariamente em fazer manobrar, no interior de um caleidoscópio, uma sucessão de operações interpretativas.’ **RIGAUX, François. A lei dos juízes.** Lisboa: Instituto Piaget, s/d, p. 280.

5 – ‘O significado autêntico da norma deve ser aquele mais aproximado ao conceito de justiça adotado pelo pacto fundante, do qual o juiz é guardião. Encontrá-lo é o labor histórico do juiz e aquilo que explica a preservação de seu cargo na sociedade contemporânea.

Aceitar a plenitude da função interpretativa do juiz implica conceder a ele larga margem de liberdade na indagação do sentido da norma. Se isso já era admitido quando se pressupunha prevalência do Legislativo, como emissor da vontade geral, inverteu-se o pólo de relevância quando o parlamento só produz leis de circunstâncias. A volúpia na produção de normatividade por um poder que não deveria fazê-lo – o Executivo – e a transformação do parlamento em cartório de homologação de interesses localizados, sobrecarregou o juiz de responsabilidades.’ **NALINI, José Renato. A rebelião da toga.** Campinas: Millennium Editora, 2006, pp. 267-8.

jurídica. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare, em abstrato, o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica do pedido⁶.

De acordo com os ensinamentos de Joel Dias Figueira Júnior, 'a idéia da possibilidade jurídica limitada à existência abstrata de uma norma jurídica reporta-se ao conceito formulado por Chiovenda, conservado em seu núcleo por Liebman, chamado por Calamandrei de relação entre fato e norma, e adotado por vários processualistas brasileiros¹⁶.

DINAMARCO vai mais além, ao doutrinar que:

Para que a demanda seja juridicamente possível, é necessária a compatibilidade de *cada um de seus elementos* com a ordem jurídica. O *petitum* é juridicamente impossível quando se choca com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto [...]. A *causa petendi* gera a impossibilidade da demanda quando a ordem jurídica nega que fatos como os alegados pelo autor possam gerar direitos [...]. As *partes* podem ser causa de impossibilidade jurídica, como no caso da Administração pública, em relação à qual a Constituição e a lei negam a possibilidade de execução mediante penhora e expropriação pelo juiz (Const., art. 100; CPC, arts. 730 ss.).

Daí a insuficiência da locução impossibilidade jurídica do pedido, que se fixa exclusivamente na exclusão da tutela jurisdicional em virtude da peculiaridade de um dos elementos da demanda – o *petitum* – sem considerar os outros dois (*partes* e *causa de pedir*)⁷.

E isso não há.

O que há é uma **lacuna do ordenamento**, a qual atrai labor hermenêutico.

Passo a analisar a evolução do conceito de família, abordo necessidade de afirmação da liberdade de opção (*rectius*: orientação) sexual e finalizo o presente primeiro capítulo da sentença trabalhando a interpretação a ser dada à união entre pessoas do mesmo sexo.

Amplio.

I.A – A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA: DO PATRIMONIAL E PATRIARCAL AO AFETO, À (RE)PERSONALIZAÇÃO - À DEMOCRACIA

Muito se percorreu no que diz com a organização da família.

6 – **MORAES, Voltaire de Lima**. *Das preliminares no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 127.

7 – **DINAMARCO, Cândido Rangel**. *Instituições de direito processual civil, vol. II, 3ª ed.* São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 301/302.

Nos primórdios, a formação de agrupamentos para sobrevivência – em face, especialmente, da natureza neotênica da espécie humana⁸ -, posteriormente, a imposição do poder patriarcal (não antes sem observância à fase matriarcal⁹) e da proteção patrimonial obstavam o desenvolvimento da entidade familiar.

A Igreja (Católica, mui especialmente) contribuiu sobremaneira para a manutenção do modelo patrimonial/patriarcal, no qual o poder/vontade se centraliza(va) no chefe de família¹⁰.

Com o intento de preservação do patrimônio¹¹ (**ter**), a desigualdade era marca do padrão patriarcal, no qual o temor mantinha a formação familiar e sinalizava respeito¹².

Sobre a organização familiar e seu evoluir, **CARBONERA**¹³ aponta:

8 – 'A "condição neotênica" da espécie humana, ou seja, a impossibilidade de sua descendência sobreviver sem cuidados ao longo dos primeiros anos de vida, foi, sem dúvida, responsável pelo surgimento do núcleo familiar como agente de perpetuação da vida humana, o que igualmente ocorre com outras espécies animais cuja prole também necessita da provisão de alimentos e de proteção por parte de indivíduos adultos enquanto não pode fazê-la por seus próprios meios'. **OSÓRIO, Luiz Carlos**. *Casais e famílias: uma visão contemporânea*. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 15.

9 – 'As famílias originalmente organizavam-se sob a forma "matriarcal" - ao que parece pelo desconhecimento do papel do pai na reprodução. Essa explicação, contudo, não é consensual entre os antropólogos. (...) O matriarcado, segundo outras fontes, seria uma decorrência natural da vida nômade dos povos primitivos, pois, enquanto os homens – desconhecendo ainda as técnicas próprias ao cultivo da terra- tinham que sair à procura de alimento, as mulheres ficavam nos acampamentos com os filhos, que cresciam praticamente sob a influência exclusiva das mães, a quem cabia ainda fornecer um mínimo de estabilidade social a esses núcleos familiares incipientes'. **OSÓRIO, Luiz Carlos**. *Casais e famílias: uma visão contemporânea*. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 26.

'Para os evolucionistas, o desenvolvimento da agricultura e o conseqüente advento do sedentarismo foram os responsáveis pela instalação progressiva do "patriarcado".'. **OSÓRIO, Luiz Carlos**. *Casais e famílias: uma visão contemporânea*. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 27.

10 – 'A origem etimológica da palavra "família" nos remete ao vocábulo latino *famulus*, que significa "servo" ou "escravo", sugerindo que, primitivamente, considerava-se a família como sendo o conjunto de escravos ou criados de uma mesma pessoa. Parece-me, contudo, que essa raiz etimológica alude à natureza possessiva das relações familiares entre os povos primitivos, onde a mulher devia obedecer a seu marido como se seu amo e senhor fosse, e onde os filhos pertenciam a seus pais, a quem deviam suas vidas e, conseqüentemente, estes últimos se julgavam com direito absoluto sobre os primeiros'. **OSÓRIO, Luiz Carlos**. *Casais e famílias: uma visão contemporânea*. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 26.

11 – 'É na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil. No Código Civil de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais. A partir da década de setenta do século XX essas bases começaram a ser abaladas com o advento de nova legislação emancipadora das relações familiares, que desmontaram as estruturas centenárias ou milenares do patriarcalismo'. **LÔBO, Paulo Luiz Netto**. *A Repersonalização das Relações de Família*. Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 24, p. 145.

12 – E que, segundo alguns, se acha em franco declínio. Por todos, Capra: 'A primeira transição, e talvez a mais profunda, deve-se ao lento, relutante, mas inevitável declínio do patriarcado. A periodicidade associada ao patriarcado é de, pelo menos, três mil anos, um período tão extenso que não podemos dizer se estamos diante de um processo cíclico ou não, pois são mínima as informações de que dispomos acerca das eras pré-patriarcais. O que sabemos é que, nesses últimos três mil anos, a civilização ocidental e suas precursoras, assim como a grande maioria das outras culturas, basearam-se em sistemas filosóficos, sociais e políticos em que os homens - pela força, pressão direta, ou através do ritual, da tradição, lei e linguagem, costumes, etiqueta, educação e divisão do trabalho - determinam que papel as mulheres devem ou não desempenhar, e no qual a fêmea está em toda parte submetida ao macho'. **CAPRA, Fritjof**. *O ponto de mutação*. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2005, p. 27.

13 – **CARBONERA, Silvana Maria**. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*, in **FACHIN, Luiz Edson (Coord)**. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 283.

Quando a sociedade era basicamente rural, e a população urbana minoria, um grande número de filhos significava mão-de-obra para os afazeres necessários à sobrevivência, possível ao menos para uma parte da família, o que garantia a sua continuidade.

Com o processo de evolução, costumes foram sendo substituído: a grande prole deu lugar a um número cada vez mais reduzido de filhos. Por outro lado, com um número menos de filhos houve a possibilidade de maior convívio entre estes e os pais, dando margem a um relacionamento mais próximo, pautado na preocupação de um membro da família com os demais, permitindo a abertura de espaço para o modelo tradicional.

O evoluir das matrizes filosóficas, bem como o requestionar dos modelos sociais postados¹⁴, aos poucos, modificou a visão dominante da conceituação de família e poder familiar.

Como afirma **CARBONERA**¹⁵, **a família, como grupo social, não permaneceu estática: sentiu e fez sentir transformações jurídicas e sociais, atuando como elemento receptor e difusor das mesmas.**

Passos lentos sinalizam as primeiras modificações no pensar e no agir da sociedade, a qual se tornou **plural**.

Já, na família, os marcos iniciais foram a alteração do *sentimento de vigilância* para o *sentimento de proteção*.

Nesse diapasão, a estrutura familiar passou a ser compreendida não apenas como organização de vigilância, mas como meio no qual as pessoas visavam à proteção uma das outras, formando assim uma cadeia de **solidariedade**¹⁶.

Explana **CRISTIANO**¹⁷ que:

Deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avançando para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entre-ajuda), surgem, naturalmente novas

14 – 'Nuclear, heterossexual, monógama, patriarcal, a família que herdamos do século XIX era investida de um grande número de missões. Na junção do público e do privado, esferas grosseiramente equivalentes aos papéis dos sexos, ela deveria assegurar a gestação da sociedade civil e dos "interesses particulares", cujo bom andamento era essencial à estabilidade do Estado e ao progresso da humanidade.

Naqueles tempos de capitalismo em larga medida familiar, ela assegurava o funcionamento econômico, a formação da mão-de-obra, a transmissão dos patrimônios. Célula da reprodução, fornecia as crianças que, por intermédio das mães-professoras, recebiam uma primeira socialização através da exploração rural ou do atelier artesanal, os primeiros aprendizados. A família, enfim, formava bons cidadãos e, numa época de expansão dos nacionalismos, patriotas conscientes dos valores de suas tradições'. **PERROT, Michelle**. *O nó e o ninho*. Veja: Reflexões para o futuro – 1993.

15 – **FACHIN, Luiz Edson (Coord)**. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 282.

16 – "A família atual busca sua identificação na solidariedade (art.3º, I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos." **LÔBO, Paulo**. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 02.

17 – **FARIAS, Cristiano Chaves**. *A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional)*. Escritos de Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 7.

representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da *dignidade humana*, sobrepujando valores meramente patrimoniais.

Ao colocar em xeque a estruturação familiar tradicional, a contemporaneidade (em meio às inúmeras novidades tecnológicas, científicas e culturais) permitiu entender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade. E, nesse passo, forçoso é reconhecer que além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade contemporânea destinou à família: entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna.

Concebida como instituição de proteção, a formação da família passou a ser vislumbrada como *unidade de afeto*, teia que une e forma pessoas.

A adoção do padrão constitucionalista¹⁸ para análise das reações de família alterou o vetusto padrão civilista oitocentista¹⁹ de valorização exacerbada do patrimônio, passando-se à compressão de que o ser humano é elemento essencial em toda a análise das questões que envolvem a família, que passa a ser *instrumento*²⁰ para formação e desenvolvimento de seus integrantes²¹.

É a família despatriomonalizada e eudemonista:

18 – “A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.

Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.” **LÔBO, Paulo.** *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 01.

19 – ‘É na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil. No Código Civil de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais. A partir da década de setenta do século XX essas bases começaram a ser abaladas com o advento de nova legislação emancipadora das relações familiares, que desmontaram as estruturas centenárias ou milenares do patriarcalismo’. **LÔBO, Paulo Luiz Netto.** *A Repersonalização das Relações de Família*. Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 24, p. 145.

20 – ‘A família deixou de ser fim e passou a ser meio, instrumento. Detectou-se que as pessoas não nascem com o fim específico de constituir família, mas ao revés, nascem voltadas para a busca de sua felicidade e realização pessoal, como consequência lógica da afirmação da *dignidade do homem*.

Daí a necessidade de uma visão essencialmente *funcionalizada da família*, como o locus privilegiado para o desenvolvimento da personalidade e afirmação da dignidade de seus membros.

A família, forjada na *dignidade da pessoa humana*, passa a atender a uma necessidade vital: ser feliz’. **FARIAS, Cristiano Chaves.** *Redesenhando os contornos da dissolução do casamento: um réquiem para a culpa na separação judicial (casar e permanecer casado: eis a questão)*. Escritos de Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 52.

21 – ‘É de se reconhecer pelo texto constitucional que a família-instituição foi substituída pela família-instrumento, que está voltada para o desenvolvimento da personalidade dos seus membros, sendo, portanto, de crucial importância à preservação das estruturas psíquicas dos indivíduos quando da determinação do local onde o menor viverá, bem como os cuidados de quem, além da garantia de convívio com aqueles que lhes representam afeto’. **FRAGA, Thelma.** *A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto*. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p. 45

A valorização da afetividade no interior da família a despatrimonializou, pois fez com que ela deixasse de ser, essencialmente, um núcleo econômico.

A família transcendeu uma concepção puramente eudemonista, que visa à felicidade individual, cujo fundamento é um individualismo desapegado de valores. A família da qual se trata é comprometida com os valores constitucionais, que transpôs para seu interior a solidariedade social.

Essa é a concepção axiológica que prepondera na família contemporânea e que foi transferida para a ordem jurídica. A família na Constituição de 1988 é a família-instrumento, funcionalizada à promoção da personalidade de seus membros. Não mais subsiste a família-instituição, a qual deveria ser protegida a todo custo, pois valia por si só. Não importava a liberdade e realização de seus integrantes, mas sua preservação irrestrita, inclusive com uma hipócrita paz doméstica²².

A opção pelo *ser* também revelou-se como eleição pelo *sentir*.

Assim, hodiernamente, a família passou a ser concebida como agrupamento assentado no sentir afeto²³⁻²⁴.

Não mais se cogita a formação tradicional de família – oriunda da visão romano-canônica do direito –, pois que o conceito de família (construção não-natural, mas sócio-cultural²⁵)

22 – **TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado.** *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28.

23 – 'A família cumpre modernamente um *papel funcionalizado*, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a *promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade*. Do contrário, ainda viveremos como os nossos pais (lembrando da canção), esquecendo que o principal sentido da evolução é não permitir que se mantenham erros e equívocos de um tempo passado'. **FARIAS, Cristiano Chaves.** *A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional)*. Escritos de Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 13.

24 – 'O afeto no direito de família não é só um valor digno de tutela, mas o sentido irreversível que garante a identidade das organizações familiares como unidade de diferenças. Só o afeto permite distinguir as organizações familiares das outras formas de organização da sociedade'. **ALDROVANDI, Andréa. SIMIONI, Rafael Lazzarotto.** *O Direito de Família no Contexto de Organizações Socioafetivas: Dinâmica, Instabilidade e Polifamiliaridade*. Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 34, p. 27.

25 – E não nos olvidemos que nem a família pode ser tida como um monolito estático e imutável, nem o exercício dos papéis familiares e parentais pode ser tido como certo ou errado. A Antropologia sinala que, 'partindo de um fato biológico simples — a necessidade de um homem e uma mulher para conceber uma criança — as diferentes sociedades não tiram daí as mesmas conseqüências nem postulam uma adequação “natural” entre pai e genitor, mãe e genitora. Os vínculos estabelecidos podem ser os mais diversos e, em muitas delas, a função educativa e o apego afetivo não são, necessariamente, associados à função reprodutora e essa não é determinante da filiação. Um exemplo interessante vem de uma população do Himalaia, os Na, onde o conceito de paternidade não existe assim como não existe o matrimônio. Os homens visitam as mulheres para manter relações sexuais e os filhos que venham a nascer pertencem à linhagem materna. São os tios e irmãos da mãe que exercem as funções afetivas e educativas, os quais são, por sua vez, visitantes de mulheres de outras famílias (Stephens, 1963). Entre os Haya, povo Bantu do norte da África, o casamento confere ao marido legítimo o direito sobre os filhos que estão por vir, desde que, depois de cada nascimento, a primeira relação sexual seja com ele, pois essa primeira relação designa o pai do próximo bebê que nascer. Cabe à mulher dizer publicamente com quem manteve essa relação — esse é o pai legitimado pelo grupo — e essa paternidade será mantida mesmo se ela abandonar o marido e engravidar de um outro homem. No Tibete, nos casos de uniões poliândricas, uma mulher, casada com um primogênito, casa sucessivamente com todos os irmãos do seu marido. Os filhos pertencem ao primogênito, a quem chamam de pai, chamando de tio os

centralizou-se no grupo de vivência de afeto²⁶, o qual nem sempre mantém relação como os papéis familiares tradicionais.

Aliás, é preciso lembrar que, desde 1890, com a Proclamação da República, o Estado Brasileiro (e seu ordenamento jurídico) é laico, e, desse modo, o que for apregoado por qualquer Igreja não deve(ria) influir no pensamento jurídico.

Todavia, a bem da verdade, a moral e os dogmas religiosos – um arraigado noutro, com suas evidentes imbricações –, por fatores sociais/culturais, são (ainda) um *minus* em relação ao Direito.

Mas um *minus*, tão-só; nada mais.

O ordenamento mostra-se muitíssimo maior, e o enfoque sobre o elemento basilar da família mudou.

Com **SACHES**²⁷:

... a partir do ponto de vista profissional, o matrimônio não é uma instituição sagrada, mas sim uma instituição social, sobre a qual se legisla em diferentes níveis, com mudanças frequentes ao longo da história; e, em se tratando de uma instituição social, é discutível, podemos considerar se a mantermos assim como está, ou se melhorarmos a legislação que a regulamenta (se pensarmos de que forma e se entrarmos em acordo).

A partir do ponto de vista profissional, não podemos defender uma forma concretada, rígida e imutável de matrimônio. Seria situar-nos no que alguns psicólogos denominaram “legalidade moral”: pensar que as leis são sagradas, eternas, imutáveis e boas.

Isso é insustentável histórica, filosófica e antropológica porque as leis que regulamentam as instituições sociais mudaram e seguirão mudando ao longo da história. Sua origem está ou na imposição ditatorial de alguns governos confessionais, ou, no melhor dos casos, nas decisões de parlamentos, câmaras, etc., baseadas na soberania dos povos ou no consenso.

outros maridos da mãe, ainda que um deles seja seu pai biológico. Não há preocupação com a paternidade individual pois, sendo os irmãos considerados uma mesma carne, a paternidade é considerada coletiva (Heritier, 2000). Entre os Nuer, do Sudão, uma mulher rica casada, considerada estéril, pode voltar à sua família de origem e passar a ser considerada “homem”, podendo obter uma esposa da qual se torna o marido. A reprodução é assegurada por um criado, mas todas as crianças são do marido, conforme a lei social que determina a filiação (Evans-Pritchard, 1978)'. **ZAMBRANO, Elizabeth**. *Adoção por homossexuais*, in *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade. II Simpósio Sul-Brasileiro de Direito de Família, jun. 2006, Gramado, Rio Grande do Sul, Brasil* – Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2007, pp. 141-2.

26 – 'Diferentes universos se abrem e novas representações de família ingressam na fronteira do Direito. Rompeu-se o conformismo com o que já estava pronto e ingressou-se em enfrentar a criação de um direito vivo, privilegiando os laços de solidariedade sobre os de obrigação, a escolha e não a imposição de modelos aceitando-se as tensões e a necessidade de ajustes múltiplos, a necessidade de quebrar a dependência e de reconhecer o direito ao afeto e à família'. **BRAUNER, Maria Claudia Crespo**. *Casamento, uma escolha além do judiciário*. Organizadora: **SOUZA, Ivone M. C. Coelho de**. Florianópolis: VoxLegem, 2006. p. 309.

27 – **SÁNCHEZ, Félix López** *Homossexualidade e família : novas estruturas*. Tradução **Carlos Henrique Lucas Lima**. Porto Alegre : Artmed, 2009. p. 107.

Dito isso, não mais a sacramentalidade do casamento, nem o laço sanguíneo são os únicos elementos de ligação entre os componentes da família, porém, sim, a **afetividade** - percebe-se a evolução (tardia) do instituto da união estável no Brasil²⁸.

Assim, o elemento fundante da família, hodiernamente, não mais se limita à procriação e à autorização divina para a realização do ato sexual.

Hoje a conceituação de família transcende a tão apoucados fins.

Deslocou-se, com o passar do tempo, o eixo do sangue ao afeto como elemento congregador da família.

Em restando ultrapassadas as idéias apregoadas pela Igreja, tem-se, repete-se, à exaustão, que o **afeto**, ao mesmo tempo, **une e é o fim maior do atual e nacional**²⁹ **modelo de família**³⁰.

Nesse sentido o entendimento de **ADRIANE DONADEL**, quando pontua que a afetividade é a característica fundante da família brasileira atual na forma em que se encontra traçada constitucionalmente. Foram colocadas em segundo plano as funções política, econômica e religiosa e valorizada a dignidade de cada um dos componentes da família³¹.

Ou, como dá conta a advogada **MARIA BERENICE DIAS**:

A visão pluralista das relações interpessoais levou à necessidade de buscar a identificação de um diferencial para definir família. Não se pode deixar de ver no afeto o elo que enlaça sentimentos e compromete vidas, transformando um vínculo afetivo em uma entidade familiar. O afeto é o que conjuga. O envolvimento emocional,

28 – “Em que pese a idéia de família natural, nascida da informalidade de uma relação afetiva, durante muito tempo o legislador acolheu apenas o casamento como instituição apta à constituição familiar, negando efeitos jurídicos a outras espécies de união. A evolução dos costumes e a realidade das novas relações, porém, forçou a adaptação do direito aos fatos, de modo que receberam positivação, entre outras situações, a permissão da dissolução do casamento pelo divórcio, a legitimidade dos filhos havidos fora do casamento, o concubinato e a união estável” - **FIGUEIRAS, Fernanda Louro. Aspectos constitucionais da união de pessoas de mesmo sexo in Direito da família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia** (GROENINGA, Giselle Câmara & CUNHA PEREIRA, Rodrigo da) Rio de Janeiro: Imago, p. 105.

29 – “Família” não é um conceito unívoco. Pode-se até afirmar, radicalizando, que a família não é uma expressão passível de conceituação, mas tão somente de descrições, ou seja, é possível descrever as várias estruturas ou modalidades assumidas pela família através dos tempos, mas não defini-la ou encontrar algum elemento comum a todas as formas com que se apresenta esse agrupamento humano.

Mesmo se a considerarmos apenas num dado momento evolutivo do processo civilizatório, teremos dificuldades em integrar o proteimorfismo de suas configurações numa pauta conceitual. O que terá em comum nos dias atuais, por exemplo, uma família de uma metrópole norte-americana com a de um vilarejo da China? Que similitude encontrar entre a de um retirante nordestino e a de um lapão da Escandinávia? Ou a de um porto-riquenho que vive num gueto nova-iorquino com a de um bem-sucedido empresário suíço? Ou, ainda, como equiparar a de um siciliano mafioso com a de um muçulmano paquistanense? Ou a de um berbere norte-africano com a de um decadente lorde inglês? **OSÓRIO, Luiz Carlos. Casais e famílias: uma visão contemporânea.** Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 13.

30 – ‘A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir o *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal, no inc. III do art. 1º, consagra, em norma pétreia, o respeito à dignidade da pessoa humana’. **DIAS, Maria Berenice. A Família e seus Direitos.** Disponível on-line: mariaberenicedias.com.br, acesso em 16.06.05.

31 – **DONADEL, Adriane. Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família in Tendências constitucionais no direito de família: estudos em homenagem ao Prof. Jose Carlos Teixeira Giorgis** (USTÁRROZ, Daniel & PORTO, Sérgio Gilberto – org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 17.

o sentimento do amor que aproxima almas, enlaça vidas e embaralha patrimônios, gerando responsabilidades e compromissos mútuos, revelam o nascimento de uma família, a merecer abrigo no Direito de Família. [...] Se o afeto passou a ser o elemento identificador das entidades familiares é este o sentimento que serve de parâmetro para a definição dos vínculos parentais, levando ao surgimento da família *eudemonista*, espaço que aponta o direito à felicidade como núcleo formador do sujeito³²

Com a ampliação de conceitos, a família passou a ser a formada pela união entre mãe e filhos, pai e filhos, irmãos, avós e netos, tios e sobrinhos, casais – heterossexuais, homoafetivos -, dentre tantas formações possíveis³³ (e ainda em formação, sem moldura pré-definida, como a muitos pareceria cômodo ou menos assustador, já que o medo do diferente é o nascedouro dos preconceitos³⁴).

E, na nova família, os papéis também são desempenhados por pessoas diversas do modelo tradicional, a figura paterna e/ou a referência masculina, como de há muito ocorrente em tantas e tantas famílias monogâmicas, pode ser desempenhada pela pessoa mais próxima da criança – que não necessariamente quem gerou -, como, por exemplo, o avó, o tio, o companheiro/namorado da mãe, o irmão mais velho, etc., mostrando-se o pai como **função** e não necessariamente como a personalização de uma figura³⁵.

Pai como função, aliás, após Lacan, é o que a psicanálise, de há muito, ensina³⁶.

32 – **DIAS, Maria Berenice**. *Paternidade homoparental in Direito da família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia* (GROENINGA, Giselle Câmara & CUNHA PEREIRA, Rodrigo da) Rio de Janeiro: Imagago, p. 271.

33 – 'Acredita-se porém, que a configuração vincular do tipo familiar em suas funções e características tradicionais, apesar de participar do imaginário social dos dias atuais, é inadequada para dar conta da multiplicidade de configurações vinculares existentes na contemporaneidade. Os conceitos de casamento, vínculos consangüíneos, aliança e filiação não deixam de ser, na atualidade, constructos sociais definidores da família, porém sem a exigência anterior da presença fusionada. Legítimos em todas as suas variáveis, apontam para a necessidade de reorganização do direcionamento afetivo dos seres humanos para diferentes e complexos sistemas de relacionamento'. **FRAGA, Thelma**. *A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto*. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p. 55.

34 – 'O medo do diferente é o nascedouro de nossos preconceitos: começa inconsciente, é atávico, demarca territórios injustos, promove o ódio, a humilhação, a morte, e muitas das guerras que devastam este nosso mundo estranho. Mais que tudo, provoca isolamento e dor além do necessário'. **LUFT, Lya**. *Em outras palavras*. Rio de Janeiro: Record. 2006. p. 83.

35 – 'Os papéis familiares nem sempre correspondem aos indivíduos que convencionalmente designamos como seus depositários. Assim, o papel nutrício de uma mãe eventualmente poderá ser desempenhado por uma avó ou mesmo pelo pai: o papel filial poderá estar depositado num dos cônjuges cuja maturidade emocional o torne carente de proteção e cuidados habitualmente requeridos por uma criança, e assim por diante'. **OSÓRIO, Luiz Carlos**. *Casais e famílias: uma visão contemporânea*. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 16.

'As funções na família não são compartimentos estanques ou de atribuição exclusiva dos papéis familiares aos quais costumamos imputar seu exercício. Há, por exemplo, uma reciprocidade provedora entre pais e filhos de tal sorte que aos cuidados ministrados aos filhos em seus primeiros anos de vida (para assegurar-lhes a sobrevivência) correspondem os cuidados ministrados pelos filhos aos pais em sua velhice (para prolongar-lhes a vida mesmo após terem cumprido as funções reprodutoras e provedoras que lhes coube na manutenção da espécie)'. **OSÓRIO, Luiz Carlos**. *Casais e famílias: uma visão contemporânea*. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 21.

36 – 'Cuida-se da paternidade entendida como função, como lugar a ser ocupado. A imagem do pai constitui-se em elemento primordial na estruturação psíquica dos filhos. Segundo o psiquiatra infantil ALFREDO CASTRO NETO "a imagem paterna começa a se diferenciar da materna, para o bebê, por volta do sexto ao oitavo mês,

Em igual sentido, **NALINI**³⁷, sobre os novos papéis familiares:

Os papéis familiares – papel conjugal, papel parental, papel filial e papel fraternal – foram se alterando. Nem sempre há correspondência, hoje, entre o papel típico e o personagem que o protagonizaria.

Há a substituição dos papéis, vindo a suprir a ausência de referência, bem como propiciar o desenvolvimento integral do ser em formação – criança ou adolescente.

Assim emerge a nova família, repersonalizada, democrática, plural, baseada no afeto e na substituição/complementação de papéis.

I.B – A LIBERDADE DE OPÇÃO (rectius: ORIENTAÇÃO) SEXUAL

Na linha da quebra de arcaicos paradigmas, há de ser definitivamente assimilada a amplitude da conceituação de liberdade, atraída para o contexto do Direito da Família, como sendo a possibilidade/oportunidade/capacidade de vislumbrar-se um ser humano efetiva e plenamente livre para escolher o modo de constituição familiar que melhor lhe convier – que atenda, em suma, a seus sonhos de felicidade -, desde que observado o **elemento fundante da entidade familiar: o afeto**.

Nessa senda, **LUIZ EDSON FACHIN**:

[...] esse o ponto de partida desta abordagem que, contextualizada no Brasil, se funda na idéia da autodeterminação, superando as portas cerradas de suposto ‘assunto proibido’ e vencendo pretensão e antigo dogma que impunha um ‘silêncio hipócrita’. Não é apenas um desafio; é, em verdade, um aprendizado, a instituir-se na coerência entre o verbo e a prática [...]³⁸.

integrando-se aos poucos ao sentimento da criança e tornando-se parte fundamental de seu desenvolvimento psíquico, social e intelectual".

A psicologia, principalmente a partir dos escritos de LACAN, ensina que o preenchimento da necessidade de presença paterna é essencial para o desvencilhamento da verdadeira simbiose em que se configura a relação entre mãe e filho. É a partir do interdito paterno, operando como limitador para o filho, que se desencadeia a construção da identidade própria e da autonomia da criança. Ocorre que o pai, figurando entre a mãe e o filho, faz com que neste brote a noção da relativização do desejo, indispensável para a capacidade sábia de sujeitamento a normas, quer sociais, quer jurídicas.

A ausência do símbolo paterno (que não precisa ser necessariamente um pai concreto, mas sua representação), dificultará (ou mesmo impedirá) que a pessoa em formação se converta em sujeito e supere os complexos humanos fundamentais. Com efeito, a falta da função própria daquilo a que LACAN chama "nome do pai", obstaculiza a entronização do filho em seu meio comunitário e o seu desenvolvimento para se inter-relacionar no complexo emaranhado de convenções características de sua cultura. A conseqüência, via de regra, é o desajustamento que, em diferentes graduações, pode ir desde a inaptidão para o convívio doméstico até o comportamento incompatível com o ordenamento jurídico, enveredado pelos caminhos da delinqüência'. **BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio**. *Ao encontro do pai*. Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 16, pp. 63-4.

37 – **NALINI, José Renato**. *A família brasileira do século XXI*. Revista de Direito Privado, n. 1, jan-mar 2000, São Paulo: RT, pp. 14-5.

38 – **FACHIN, Luiz Edson**. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 94.

Outras realidades precisam ser acompanhadas pelo Direito, conforme impõe a evolução da sociedade, em atenção à função promocional do Direito:

O Direito é (...) uma força de transformação da realidade. É sua a tarefa “civilizatória”, reconhecida através de uma intrínseca função promocional, ao lado da tradicional função repressiva, mantenedora do *status quo*.³⁹

Nesse ínterim, bem que se diga, a homossexualidade, segundo os ensinamentos do sociólogo **E. DURKHEIN**, constitui fato social existente *desde que o mundo é mundo*, conforme aponta **RODRIGO DA CUNHA PEREIRA**:

A homossexualidade existe desde que o mundo é mundo. Em algumas culturas são mais rechaçadas, em outras, menos. Desde a Grécia antiga os registros são vários e apontam, naquela civilização, um comportamento em padrões de normalidade⁴⁰.

E mais.

A homoparentalidade já é uma realidade.

Aceite-se com maior ou menor facilidade.

É da boa doutrina⁴¹:

Já existem inúmeros meninos e meninas (embora não saibamos quantos exatamente) que têm pais homossexuais ou mães lésbicas, tanto em uma relação monoparental (exercem a maternidade ou a paternidade de forma isolada, como mão solteira, por exemplo) quanto como casal (dois pais/duas mães, se usarmos a terminologia tradicional, muito discutível neste caso).

Esses tipos de famílias são um fato, o qual será mais frequente no futuro. Tem origem e características muito distintas, não formando uma unidade; no entanto, são uma realidade:

Casais homossexuais que têm filhos procedentes de um casamento anterior: filhos biológicos de um homossexual que teve filhos em um relacionamento heterossexual anterior, convivendo agora com outro homossexual.

39 – **BODIN DE MORAES, Maria Celina**. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 71.

40 – **CUNHA PEREIRA, Rodrigo da**. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 43.

41 – **SÁNCHEZ, Félix López**. *Homossexualidade e família: novas estruturas*. Tradução **Carlos Henrique Lucas Lima**. Porto Alegre: Artmed, 2009, pp. 100/101.

Pessoa homossexual (um só pai ou uma só mãe), normalmente mulheres lésbicas que têm filhos procedentes de relações heterossexuais: filhos biológicos em uma relação monoparental com uma mãe lésbica (ou mais excepcionalmente, um pai), com ou sem relações com seu pai biológico do qual sua mãe tenha se separado ou que nunca esteve unida.

Mulheres lésbicas que, por meio da reprodução artificial ou inseminação artificial, têm filhos biológicos e que criam uma família monoparental.

Casais de mulheres lésbicas em que uma delas ou as duas têm filhos biológicos por meio de reprodução assistida ou inseminação artificial.

Mulheres lésbicas que, enquanto solteiras, adotaram crianças por parte de uma delas ou das duas, crianças essas que foram adotadas na condição de mulher solteira.(...) De certo modo, muito embora com especificidades evidentes e muito mais problemas sociais, essas crianças podem compartilhar aspectos dos que eram considerados filhos ilegítimos.

Nós, os profissionais, não podemos trabalhar com preconceitos e deixar de lado meninos e as meninas oriundos de famílias que não sejam consideradas convencionais. Essas famílias devem ser aceitas e regulamentadas socialmente; reconhecidas e apoiadas como as demais.

Ainda, com **ROUDINESCO**⁴²:

Estima-se atualmente que 10% dos homossexuais americanos e canadenses estão na categoria dos pais gays e lésbicos, seja porque vivem com um companheiro do mesmo sexo depois de se terem separado da mãe ou do pai de seus filhos; seja porque adotaram filhos com a ajuda da IAD ou de mães de aluguel; seja ainda porque recorreram a inseminações espontâneas entre um pai e uma mãe homossexuais, cada um vivendo com um companheiro ou companheira do mesmo sexo, o filho sendo então criado por quatro pessoas. Isso significa que existem no continente americano de 1 a 5 milhões de mães lésbicas, de 1 a 3 milhões de pais gays e de 6 a 14 milhões de crianças criadas por pais homossexuais. Os primeiros nascimentos remontam a 1965, e conheceram um *boom* em 1980. Cf. D. Julien, M. Dube e I. Gagnon. "Le développement des parents homosexuels comparé à celui des parents hétérosexuels", *Revue Québécoise de Psychologie* 15, vol. III, 1994.

Por toda a Europa, a homoparentalidade está em vias de se tornar um fato social. É a Stéphane Nadaud que devemos o primeiro levantamento francês desse gênero, realizado em 1999 junto a 190 pais, membros da Associação dos Pais e dos Futuros pais Gays e Lésbicos (APGL)'.⁴²

42 – **ROUDINESCO, Elisabeth.** *A família em desordem.* Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p.190, rodapé.

A união entre homossexuais é realidade, cada vez mais presente – mesmo que assustadoramente a alguns⁴³ -, que gera direitos a serem tutelados, e pessoas humanas a serem trazidas das sombras do preconceito à luz do direito, à realidade da vida normat(l)izada - como refere **FERNANDA LOURO FIGUERAS**:

Na seara da sexualidade, é manifesta a discriminação dos indivíduos com opção sexual diversa da heterossexual, que se encontram, inclusive, legalmente marginalizados, porque inexistente regramento jurídico específico para tutelar os direitos e deveres advindos das relações entre pessoas do mesmo sexo⁴⁴.

Não reconhecer, dessarte, como entidade familiar, a união entre homossexuais – como se pretende, em sede de resposta -, desde que estável, é renegar a condição de os que se unem motivados pela **(homo)afetividade** como cidadãos propriamente, pois que se impõe óbice, via desarrazoado preconceito, ao direito de os homossexuais (também) desfrutarem dos mais básicos direito, em flagrante contrariedade à exigência contemporânea de assegurar o direito de todos (indistintamente) à cidadania – direito de os homens terem direitos – e a inclusão dos então excluídos/minorias, pois **o princípio da solidariedade social e a necessidade de proteção dos mais vulneráveis proíbem, sem dúvida, qualquer forma de discriminação injustificada, preconceito ou intolerância**⁴⁵.

Nessa senda, diferença nenhuma há (de haver), perante o Estado, entre os homo e os heterossexuais, pois que todos têm os mesmos deveres e (deveriam ter os mesmos) direitos.

A verdade é que nenhum ser humano, via de regra, vive e cresce (como pessoa) sem o outro. Alguns unem-se a pessoas de sexo diferenciado; outras, a de mesmo sexo.

É a natureza - a qual não se pretende explicar.

E até porque, de há muito, já se superou a leitura (com ou sem críticas) de que se esteja em face de doença ou situação patológica.

ROUDINESCO⁴⁶:

Em 1974, sob a pressão dos movimentos gays e lésbicos, a American Psychiatric Association (APA) decidiu, após um referendo, retirar a homossexualidade da lista de doenças mentais, rebatizadas “desordens mentais” pelo *Manual diagnóstico*

43 – 'Excluídos da família, os homossexuais de outrora eram ao menos reconhecíveis, identificáveis, marcados, estigmatizados. Integrados, tornaram-se simplesmente mais perigosos, uma vez que menos visíveis'. **ROUDINESCO, Elisabeth**. *A família em desordem*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 10.

44 – **FIGUEIRAS, Fernanda Louro**. *Aspectos constitucionais da união de pessoas de mesmo sexo in Direito da família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia* (GROENINGA, Giselle Câmara & CUNHA PEREIRA, Rodrigo da) Rio de Janeiro: Imago, p. 104.

45 – **TEPEDINO, Gustavo & SCHERIBER, Anderson**. *Minorias no Direito Civil Brasileiro in Temas atuais de direito e processo de família* (FARIAS, Cristiano Chaves de – coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 93.

46 – **ROUDINESCO, Elisabeth**. *A família em desordem*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 186.

e estatísticas dos distúrbios mentais (DSM). O episódio dessa desclassificação rocambolesca foi um dos grandes escândalos da história da psiquiatria. Demonstrava em todo o caso a pertinência das críticas dirigidas há tantos anos a uma disciplina que tendia a se tornar a empregada faz-tudo dos laboratórios farmacêuticos. Em função de não saber definir cientificamente a natureza da homossexualidade, a comunidade psiquiátrica americana de fato cedeu, de forma demagógica, à pressão da opinião pública ao organizar uma eleição acerca de um problema que não deriva em nada, como todos verão, de uma decisão eleitora.

Treze anos mais tarde, em 1987, sem a menor discussão teórica, a APA sumiu com a palavra “perversão” da terminologia psiquiátrica mundial para substituí-la por esta, ridícula, “parafilia”, capaz de diluir a própria noção de homossexualidade.

Aliás, a 'normal' divisão entre homens e mulheres tem de ser adequadamente superada, para que, de uma sonhada isonomia entre os seres humanos, emergja uma democracia comprometida com a complexidade da natureza.

Nesse sentido, o entendimento de **PAULO RONEY ÁVILA FAGUNDES**:

Para a consolidação do processo civilizatório não se pode falar mais em homens e mulheres, mas, sim, em seres humanos. A família tem de se despir de sua estrutura arcaica, que se reduz à expressão dos valores patriarcais do Estado tradicional. Sobretudo, deve-se ter em conta seres humanos que respeitem os seus semelhantes e que vivam em harmonia com a natureza⁴⁷.

Em apertada síntese, em face do dever de todo o cidadão e do Estado de não albergar/efetivar preconceito/diferenciações injustificáveis e desarrazoadas de qualquer origem, e por ser da natureza que as espécies, via de regra, não vivam *solitas*, hão de ser reconhecidos os efeitos jurídicos inerentes às relações entre pessoas humanas do mesmo gênero.

Isso tudo com abalizamento constitucional, especialmente, como expõe **MARILENE SILVEIRA GUIMARÃES**:

O reconhecimento de efeitos jurídicos às relações homossexuais vem alicerçado na Constituição Federal, que estabelece entre os direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana, objetivando a construção de uma sociedade livre e solidária, erradicando a marginalização e promovendo o bem de todos, sem preconceito de sexo e quaisquer outras formas de discriminação com fundamento no princípio da prevalência dos direitos humanos.

47 – **ÁVILA FAGUNDES, Paulo Roney**. *O direito e a questão da sexualidade in Direitos de família: uma abordagem interdisciplinar* (PEREIRA E SILVA, Reinaldo & AZEVEDO, Jackson Chaves de – coord.). São Paulo: LTr editora, 1999, pp. 166-167.

A boa doutrina e a moderna jurisprudência, consoante os dispositivos constitucionais, procuram evitar qualquer forma de marginalização do ser humano, seja pela orientação sexual, raça gênero, idade e condição financeira. Todo o contingente de operadores do direito tem inoculado em si o germe da constante revisão do direito posto frente à evolução do fato social. Trata-se de reformadores sensíveis à realidade, despojados de preconceito e prenhes de sentimento de justiça e respeito ao semelhante. No entanto, a sociedade não é composta apenas de reformadores. Boa parte dos operadores do direito também são conservadores e pretendem, equivocadamente, regulamentar sentimentos. Iludem-se narcisicamente, pensando que ao aprisionar o fato social estarão estabelecendo o rumo da historia da humanidade⁴⁸.

Não é outro o entendimento de **PAULO LUIZ NETTO LÔBO**, ao asseverar que **a ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação**⁴⁹.

Flagrante, enfim, o preconceito do Legislador ao se valer da expressão “entre homens e mulheres”, ao se referir às uniões estáveis.

E, reafirme-se, o preconceito, sob qualquer forma, é vedado pelo ordenamento.

Por isso, flagrante a violação aos preceitos constitucionais de texto que legifera o preconceito, até pois que de encontro ao conceito de Justiça⁵⁰.

Hão de ser resguardados por este Juízo - no flagrante avilte, por parte do legislador, a toda a gama de direitos personalíssimos inerente à pessoa humana - tais direitos⁵¹.

Com o velho cancionista do rock nacional, **LULU SANTOS** (*Toda forma de amor*):

Eu não pedi pra nascer
Eu não nasci pra perder
Nem vou sobrar de vítima
Das circunstâncias
Eu tô plugado na vida

48 – **GUIMARÃES, Marilene Silveira**. *Os vínculos afetivos e sua tradução jurídica quanto ao patrimônio: no casamento – união estável – namoro – concubinato – união homossexual in Direito da família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia* (GROENINGA, Giselle Câmara & CUNHA PEREIRA, Rodrigo da) Rio de Janeiro: Imagago, p. 191.

49 – **NETTO LÔBO, PAULO LUIZ**. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus in Temas atuais de direito e processo de família* (FARIAS, Cristiano Chaves de – coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 16.

50 – ‘...Quanto à Carta brasileira de 1988, por trás dos princípios nela inscritos, existem outros (no caso os da liberdade, igualdade e diferença) que, reunidos, tomam a forma de princípios da justiça’. **BARBOSA, Ana Paula Costa**. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 14.

51 – ‘As diversas situações jurídicas criadas pela Constituição seriam de infima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos. É preciso que existam órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem, de exigências abstratas dirigidas à vontade humana, em ações concretas’. **BARROSO, Luís Roberto**. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 123

Eu tô curando a ferida
Às vezes eu me sinto
Uma mola encolhida

Você é bem como eu
Conhece o que é ser assim
Só que dessa história
Ninguém sabe o fim
Você não leva pra casa
E só traz o que quer
Eu sou teu homem
Você é minha mulher

E a gente vive junto
E a gente se dá bem
Não desejamos mal a quase ninguém
E a gente vai à luta
E conhece a dor

Consideramos justa toda forma de amor.

Prossigo, avaliando a necessidade do labor hermenêutico no tema.

I.C. - O LEGADO LIBERAL DA LEGALIDADE X A INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA E PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO – INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA – LACUNA DO DIREITO - A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO

Na esfera jurídica do liberalismo clássico, sabe-se, tinha-se a codificação civil como o núcleo do sistema normativo, havida como sorte e paradigma de ‘Constituição Privada’.

Isso sem mencionar o fetichismo sobre o direito posto.

Afinal, a Lei, lembre-se, fora a maior conquista da primeira forma de Estado de Direito.

Servia ela como limite ao Absolutismo Monárquico; servia ela, pois, com tal intensidade, àquela época.

A família, então, voltava-se a atender precipuamente os interesses políticos, religiosos e patrimoniais, consagrados expressamente nas codificações liberais. Aliás, o próprio *homem* e sua dignidade eram postos à margem do sistema então vigente, pois que era ele tutelado pelo Direito ou como *contratante* ou como *proprietário*, dentro do universo limitado dos direitos ditos de primeira geração.

Isso porquanto a liberdade, defendida tão bravamente por os franceses de 1789, fora compreendida - nesse primeiro momento pós-revolução, momento do pipocar fetichista das codificações -, estimo, segundo o enfoque econômico.

Passa-se o tempo, e o ser humano propriamente⁵² (não mais o contratante ou o proprietário) passa a ser encarado como centro do ordenamento jurídico⁵³.

Todavia, tal ordenamento mostrava-se fragmentado e esparso (e a obediência cega e despida de valores da lei já ensejou períodos de negras lembranças na História⁵⁴, além de empobrecer consideravelmente a prática do direito⁵⁵).

Emerge, então, a Constituição – albergados os valores sociais e os princípios norteadores do Direito – como meio de unificação, de centralização de todo esse esparso ordenamento jurídico.

E é exatamente neste íterim que os direitos das famílias ganham relevância (foros de matéria constitucional, inclusive), restando, enfim, inseridos em nova ordem pública/constitucional⁵⁶.

Desse modo, ganham relevância os princípios assegurados na esfera constitucional acerca dos direitos das famílias, mas desde que em conformidade às garantias individuais.

Nessa trilha, o referido culto fetichista ao direito posto não pode se sobrepor aos princípios constitucionais e à realidade, como aponta **LUIZ EDSON FACHIN**:

52 – “Na atualidade, pauta a tendência dos ordenamentos o reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito. Essa inclinação, reforçada ao depois da traumática barbárie nazi-fascista, encontra-se plasmada pela adoção, à guisa de valor básico do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana.” **NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira**. *O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade Humana*. Revista de Informação Legislativa, a. 37, n. 145, janeiro-março de 2000, p. 186.

53 – ‘O direito constitucional do homem, do cidadão, da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais, afasta-se daquele centrado, exclusivamente, na figura do Estado, dele dependente, criatura servindo o criador, instrumento do governo que dá satisfação aos interesses das maiorias conjunturais. O primeiro é o direito constitucional crítico, emancipatório, principiológico e repersonalizador. O segundo é o direito do *status quo*, dogmatista, positivista, cativo do princípio majoritário, mero instrumento da atuação estatal. O primeiro põe a dignidade da pessoa humana em lugar exterior ao debate político, tendo por acertado que a política haverá de servir a dignidade da pessoa humana. O segundo deixa a dignidade da pessoa humana à disposição do debate político e, portanto, à mercê dos humores políticos contingentes. São posturas distintas. Compõem histórias jurídicas apartadas. Cada qual é responsável pela sua opção metodológica’. **CLÈVE, Clèmerson Merlin**. Apresentação à espetacular *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, de **SARLET, Ingo Wolfgang**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

54 – “Que teríamos feito sem os juristas alemães? Desde 1923 percorri, na legalidade e lealmente, a longa via que leva ao poder. Coberto juridicamente, eleito de forma democrática. (...) Foi o incorruptível jurista germânico, o honesto, o cheio de consciência, o escrupuloso universitário e cidadão, que acabou o trabalho de me legalizar, fazendo a triagem de minhas idéias. Ele criou para mim uma lei segundo meu gosto e a ela me ative. Suas lei fundaram minhas ações no Direito.” **Führer**, apud **BODIN DE MORAES, Maria Celina**. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 66.

55 – ‘A aceitação do positivismo leva ao aviltamento da profissão jurídica em qualquer de seus níveis. No que tange à aplicação do direito, notadamente à sua aplicação judicial, conduz ao empobrecimento do processo hermenêutico e à desvalorização da atividade judicante pela via do automatismo exegético ou silogístico-dedutivo, de que o conceptualismo apartado da vida é a contraparte. Por esse caminho a função judiciária se contrai e esvazia, conduzindo ao ceticismo jurídico.’ **AZEVEDO, Plauto Faraco de**. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 61.

56 – ‘O direito de família tem sido cognominado **o mais humano dos direitos**, porque lida com as mais íntimas relações humanas, nas quais flagra de modo ímpar as grandezas e as pequenezas do ser humano. Tanto é verdadeira essa intimidade sem par, que na linguagem comum “familiar” também significa o que é íntimo a um ser humano, como quando se diz, por exemplo, que “tal assunto é familiar a tal orador”. Há, pois, uma assimilação entre o ser familiar e o ser humano, por força da qual se diz familiar tudo o que é próprio ou íntimo de uma pessoa humana. No entanto, apesar dessa familiaridade, muito pouco se tem tratado de correlacionar o direito de família com os direitos humanos.’ **BARROS, Sérgio Resende de**. *Direitos Humanos e Direito de Família*, estudo publicado no site <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85>, acesso em 24.11.03.

[...] o Ministro Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual ‘o fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manifestar-se em face de uma realidade mais palpitante. Esta é a razão pela qual, no reconhecimento que emerge da própria magistratura, ‘não pode a Justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no formalismo, para deixar de dizer o direito’⁵⁷.

Mas mais, não pode o operador do direito se esconder atrás da letra morta de determinados dispositivos – OU MESMO À INEXISTÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL; tal letra morta não pode servir como barreira à evolução do Direito⁵⁸ - e da sociedade, enfim.

Nesse sentido, razão assiste à genitora de J. V., pois que, efetivamente, não há dispositivo legal expresso – regrlnha - que venha a caracterizar a união entre pessoas do mesmo sexo como união estável ou entidade familiar – vedada, em consequência, a adoção -, como sustentado, aguerridamente, pelo combativo Defensor Público, o e. **Dr. Carlos Escobar**.

Autorização não resta contida literalmente em determinado artigo de determinada lei, como os aduladores do direito *legislado* exigiriam.

Tal autorização resta expressa na inteligência que se faz considerando o ordenamento jurídico tupiniquim como um **sistema aberto**, que se funda, primeira e fundamentalmente, em uma exegese sistemática, principiológica e constitucional, mui especialmente fulcrada, na espécie, nos princípios da liberdade sexual, dignidade da pessoa humana, na não-discriminação, solidariedade e igualdade.

Há de ser considerado o que resta expresso na Constituição e o que dela deflui: o direito pressuposto⁵⁹.

57 – **FACHIN, Luiz Edson**. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 98.

58 – ‘O formalismo demasiado imposto aos juizes no passar dos últimos dois séculos o impede de se libertar, ainda que tal ato seja consequência necessária do progresso, da emancipação social ou mesmo que seja a própria vontade do legislador representativo. O mecanismo se explica da mesma forma que se explicam as técnicas de adestramento animal. O proprietário do futuro “circo de pulgas” as coloca dentro de vidros tampados de forma que, sempre que uma pulga resolve saltar fazendo uso de toda a sua força e independência, é surpreendida com uma enorme dor na cabeça, resultado do choque com a tampa. Com o passar do tempo, a pulga fica condicionada a saltar com menos força, até que acredita ser a altura da tampa o limite do mundo. A partir daí, basta retirá-la do vidro que ela nunca mais voltará a saltar’. **VIDIGAL, Erik José Travassos**. *Protagonismo político dos juizes: risco ou oportunidade? Prefácio à magistratura da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 61.

59 – “Ainda quando se afigure pouco lógica a existência de uma regra afirmando que as normas constitucionais são aplicáveis, parece bem que sua inclusão no Texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência. Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser o Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo á luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: ‘Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito’. Diante de tal asserto, é forçoso concluir que muitos direitos deixarem de se tornar efetivos por omissão dos titulares ou de seus advogados; a estes terá faltado, ao menos em certos casos, alguma dose de ousadia para submeter à tutela jurisdicional pretensões fundadas diretamente no texto constitucional. Consigne-se, todavia, em sua defesa, que até quadras mais recentes, os tempos não eram propícios a teses de maior arrojo”. **BARROSO, Luís Roberto**.

Nesse íterim, dá-se o dizer de **ADAUTO SUANNES**:

Como diz BARRACHO, ‘a interpretação dos dispositivos constitucionais requer por parte do intérprete ou aplicador particular sensibilidade que permita captar a essência, penetrar na profundidade e compreender a orientação das disposições fundamentais, tendo em conta as condições sociais, econômicas e políticas existentes no momento em que pretende chegar ao sentido dos preceitos supremos. Sendo aceito que uma Constituição, mais do que apensa a um conjunto de normas, é um conjunto de princípios, aos quais devam afeiçoar-se as próprias normas constitucionais, por uma questão de coerência interna, a conclusão somente pode ser uma: desde que uma norma constitucional se mostre contrária a um princípio Constitucional, há de prevalecer o princípio⁶⁰.

E até porque o sistema que se tem, hoje, como o adequado e afinado aos valores constitucionais, é o de, retome-se, um **sistema aberto**, com suas lacunas fundamentadamente preenchidas pelo intérprete:

O direito como processo absolutamente empírico e naturalista está superado. As mais diversas áreas de seu estudo estão progredindo cada vez mais para acrescentar valores e possibilidade de argumentação em cada processo e até mesmo conceito da ciência jurídica. Os conceitos têm-se flexibilizado para poder trabalhar paradigmas humanos e acrescentar carga valorativa a seu processo de aplicação.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico não mais significa verdade absoluta de um sistema fechado, até porque, [...] algumas características suas, indeclináveis, impendem-no de contar com essa exatidão. Encarar o direito como sistema aberto, que permite a analogia, a comparação, a absorção de características próprias da sociedade cultural implica dar maior relevo à atividade argumentativa, que demonstra dentre varias soluções possíveis para uma lide, uma mais razoável. Assim, o ordenamento jurídico não é posto de lado, mas encarado como fator orientador e limitador de uma atividade argumentativa que se inicia com aquele que pleiteia a aplicação da norma e termina com aquele que a decide, todos em um grande processo comunicativo.⁶¹

O Estado hoje presta-se a promover o bem de todos (CRFB 3º, IV).

Ademais, é inaceitável pretensão – admitida somente quando emana do legislador, com

O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 144-5.

60 – **SUANNES, Adauto**. *As uniões homossexuais e a Lei nº 9.278/96* in *Seleções Jurídicas*. Edição especial out.-nov./1996, p. 32.

61 – **RODRÍGUES, Victor Gabriel**. *Curso de argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. Campinas: Editora VOX, 2004, p. 16.

sua cada dia mais explícita crise de legitimidade; não do operador jurídico, ainda menos do **guardador de promessas** que se cristaliza no magistrado⁶² – acreditar que a norma legislada, por si só, venha a alterar a realidade fática.

Nessa trilha, desimporta a literalidade da lei, quando essa vai de encontro à realidade vivenciada pelos cidadãos e aos princípios do direito.

Nesse contexto, incumbe (mais uma vez) à jurisprudência completar as lacunas deixadas pelo legislador, como refere **FERNANDA LOURO FIGUEIRAS**:

Silente a lei, coube ao Judiciário o papel de preencher tais lacunas, reconhecendo juridicamente as conseqüências advindas destas uniões, que, sem sombra de dúvida, constituem verdadeiras entidades familiares, permeadas pelo respeito mútuo, fidelidade, convivência pública, contínua e duradoura com a conjugação de esforços ou recursos para lograr fins comuns⁶³.

E, nesse viés, a doutrina noticia sobre a exegese que haverá de ser levada a efeito:

[...] renovadores julgados vêm se manifestando pela possibilidade de se atribuir direitos próprios dos companheiros aos homossexuais, que outra coisa não são. Neste sentido, já se reconheceu aos homossexuais o direito de receber pensão por morte de companheiro, desde que comprovada a existência de vida comum⁶⁴.

O que se intenta, assim, é tanto aplicar a Constituição quanto integrar o ordenamento, mesmo que, em uma visão desatenta ou superficial, se possa afirmar que se está a açoiar o ordenamento legislado, apartando-se do tradicional papel do Magistrado⁶⁵, o que, entretanto, não tenho como acatar.

62 – ‘O juiz torna-se o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política. Não tendo guardado a memória viva dos valores que a fundamentam, estes últimos pediram à justiça que zelasse pelos seus juramentos.’ **GARAPON, Antoine**. *O guardador de promessas*. Lisboa: Instituto Piaget, s/d, p. 24.

63 – **FIGUEIRAS, Fernanda Louro**. *Aspectos constitucionais da união de pessoas de mesmo sexo in Direito da família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia* (GROENINGA, Giselle Câmara & CUNHA PEREIRA, Rodrigo da) Rio de Janeiro: Imagago, p. 104.

64 – **TEPEDINO, Gustavo & SCHERIBER, Anderson**. *Minorias no Direito Civil Brasileiro in Temas atuais de direito e processo de família* (FARIAS, Cristiano Chaves de – coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 107.

65 – ‘Dizia-se que a missão do juiz seria a efetivação das leis substanciais, não lhe competindo o juízo do bem ou do mal, do justo ou do injusto. Sentenças injustas seriam o fruto de leis injustas e a responsabilidade por essa injustiça seria do legislador, não do juiz. Mas **o juiz moderno tem solene compromisso com a justiça**. Não só deve participar adequadamente das atividades processuais, endereçando-as à descoberta de fatos relevantes e correta interpretação da lei, como ainda (e principalmente) buscando oferecer às partes a solução que realmente realize o escopo de fazer justiça.’ **DINAMARCO, Cândido Rangel**. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume I. São Paulo: Malheiros, 3ª ed, 2003, p. 61.

Ponho-me, nessa trilha, a interpretar a situação e seu relacionamento com o ordenamento – em sua completude –, com a certeza de que não se há falar em interpretações certas ou erradas⁶⁶.

Assim, não se há como admitir que alguém que viva com outra pessoa, dividindo as alegrias e os dissabores da vida, não encontre, no ordenamento, proteção a seu afeto, unicamente porque o legislador nacional não teve a ousadia de se opor a padrões religiosos não mais plenamente vigentes.

Na ausência de dispositivo legal a prever a hipótese versada, está-se frente, portanto, a uma lacuna.

Não lacuna da lei.

Está-se em face, isto sim, de uma **lacuna do Direito**.

Com **LÊNIO**, convencido estou que **pode-se afirmar que uma lei considerada como justa pelo intérprete ou aplicador aparece sempre como um texto normativo claro. Por outro lado, um dispositivo de uma lei, entendido como injusto, aparece sempre aos olhos do intérprete ou do aplicador como obscuro e, às vezes, a questão é enquadrada como um caso de ausência legislativa, enfim, uma lacuna. Numa palavra: a lei é clara – e portanto, está-se diante de uma ausência de lacuna – somente e quando nos colocamos de acordo com o seu sentido!**⁶⁷

Para adequada análise da situação entelada, em momento posterior à plena aplicação da Constituição, mister se construa **argumentação com suporte no critério exegético analógico**, a fim de que se alcance solução que, perpassando a aplicação silogística e simplória do direito legislado, alcance solução adequada à preservação/efetivação da dignidade das pessoas envolvidas na espécie⁶⁸, sem que, por certo, exista impossibilidade técnica de seu aplicar⁶⁹.

66 – ‘Dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma única interpretação correta (*exata*) da *Sexta Sinfonia* de Beethoven: a *Pastoral* regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da *Pastoral* regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlin. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas. Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso um resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe. O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira [Zagrebelsky].’ **GRAU, Eros Roberto**. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36.

67 – **STRECK, Lênio Luiz**. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 105.

68 – ‘...na analogia, emprega-se um processo de pensamento valorativo e não, unicamente, de uma operação mental lógico-formal’. **DANTAS, Aldemiro** et alii. *Lacunae do ordenamento jurídico*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 164.

69 – ‘No tocante aos limites da analogia, a doutrina refere-se à inadmissibilidade de seu emprego basicamente em duas circunstâncias: no caso de leis de caráter criminal, exceto se for para beneficiar o réu, e nas hipóteses de *ius singulare*, cujo caráter excepcional, conforme a *communis opinio singulare*, não pode comportar a decisão de semelhante a semelhante’. **DANTAS, Aldemiro** et alii. *Lacunae do ordenamento jurídico*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 167.

Acerca do meio de interpretação extratextual, a lição de **BOBBIO** atrai reprodução:

A jurisprudência tradicional havia conservado sua tarefa: tornar claro o conteúdo das normas jurídicas postas pelo legislador, e integrar o ordenamento jurídico no caso em que este apresentasse lacunas. Vimos (cf. § 54) que o positivismo jurídico admite a existência das lacunas compreendidas em certo sentido como formulação incompleta da vontade do legislador. Assim ele admite, além da interpretação em sentido estrito, a integração do direito por parte da jurisprudência, destacando, no entanto, que tal integração não é uma atividade *qualitativamente* diferente da interpretação (não é, portanto, uma atividade criativa), mas, ao contrário, é uma *species* particular do *genus* interpretação. Neste sentido se fala de *interpretação integrativa*, para indicar que a integração ocorre no interior do ordenamento, com meios predispostos pelo próprio ordenamento (*auto-integração*).

Com a interpretação integrativa estende-se a casos não expressamente previstos a mesma disciplina estabelecida por uma norma que prevê casos similares.⁷⁰

Finalizo com **PAULO LÔBO**⁷¹:

União homoafetiva é tutelada por regime jurídico próprio, como entidade familiar autônoma. A ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 da Constituição são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação. Não há necessidade de equipará-las à união estável, que é entidade familiar completamente distinta. As uniões homossexuais ou homoafetivas são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua natureza própria. Como a legislação ainda não disciplinou seus efeitos jurídicos, como analogia (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), em virtude de ser a entidade familiar com maior aproximação de estrutura, nomeadamente quanto às relações pessoais, de lealdade, respeito e assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos. O efeito prático é o mesmo, mas preservando-se suas autonomias e singularidades.

70 – **BOBBIO, Norberto**. *O positivismo jurídico: lições de filosofia*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 215.

71 – **LÔBO, Paulo Luiz Netto**. *A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais*. IN **MADALENO, Rolf e PEREIRA, Rodrigo da Cunha**. (coords.). *Direito de Família – Processo, Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 104.

Assim, forte na circunstância de que a Constituição banuiu o casamento como a exclusiva moldura de família⁷² - ⁷³, bem como escudado no entendimento de o que se cuida de família hoje, tendo como base normativa a principiologia constitucional da liberdade (inclusive de orientação sexual), da não-discriminação, da igualdade⁷⁴ e da solidariedade⁷⁵, mister é reconhecer que a relação formada por C. M. S. e C. S. representa entidade familiar⁷⁶.

Assim, viabilizada, em tese, sua alocação no pólo ativo da ação de adoção.

Avanço, avaliando se o melhor interesse de J. V. será atendido com o rearranjo de sua (legal) filiação (já que a afetiva está posta no **Mundo dos Fatos**, aguardando somente ser catapultada ao **Mundo do Direito**).

72 – “A Carta Constitucional, ao romper com o monopólio do casamento tido como uma única fonte legítima de constituição da família, abriu o sistema jurídico para recepcionar outras formas de organização familiar, porque calcadas no afeto e na solidariedade, e não na lei, estiveram historicamente excluídas e marginalizadas.

Com o reconhecimento da pluralidade de formas de organização e constituição da família, desnudam-se as circunstâncias de como nascem os direitos e as normas jurídicas, como também evidenciam-se espaços de não-direito do modelo de sistema jurídico adotado pelo Estado brasileiro.

Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que a Constituição adotou um “sistema aberto”, pois, ainda que tenha abarcado novas formas de famílias, não o fez de forma a incluir todas as uniões afetivas possíveis e já constadas no cenário social. Especificadamente no capítulo destinado à família, deixou de considerar expressamente as uniões formadas por pares homossexuais, como também não declarou uma tutela típica para outros arranjos familiares, tais como os constituídos por avós e netos, irmãos entre si, pelo direito positivado, deixando para a jurisprudência e legislação infraconstitucional a incumbência de construí-lo pela concretização dos princípios constitucionais e da aplicação dos direitos fundamentais.”

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34.

73 – “A partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 assegurou a proteção jurídica e *status* familiar às comunidades formadas por um dos pais e filhos, de forma implícita acabou reconhecendo que todas as pessoas podem realizar-se como pais independentemente da constituição prévia de um casamento ou união afetiva permanente. Assim, com o reconhecimento das famílias monoparentais, ocorreu a completa dissociação do estatuto jurídico do casamento e da união estável do estatuto da filiação, pois, classicamente, para o ordenamento legal, este último seria decorrência imperativa dos primeiros.” **GIRARDI, Viviane.** *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 90.

74 – “Olhando a questão da homossexualidade pelo prisma do princípio da igualdade da lei, não há como se negar a quem possui identidade homossexual os mesmos direitos concedidos aos heterossexuais, unicamente por causa da orientação sexual daqueles. De fato, o princípio da igualdade será violado sempre que o fator diferencial utilizado para embasar o tratamento diferenciado for única e exclusivamente a orientação sexual do indivíduo. Ou seja, quando este fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamento jurídico dispensado, estar-se-á diante de uma arbitrariedade, e não de um tratamento legitimamente diferenciado. O princípio isonômico em relação aos homossexuais estará violado quando a homossexualidade for utilizada como um critério discriminatório, sem justificativas racionais, as quais encontram sua base nos valores estabelecidos na ordem constitucional, especialmente nos direitos fundamentais.” **GIRARDI, Viviane.** *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80/81.

75 – ‘A solidariedade e a dignidade da pessoa humana são os dois hemisférios indissociáveis do núcleo essencial irreduzível da organização social, política e cultural e do ordenamento jurídico brasileiros. De um lado, o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, nomeadamente do grupo familiar; de outro lado, os deveres de cada pessoa humana com as demais, na construção harmônica de suas dignidades. O princípio da solidariedade é o grande marco paradigmático que caracteriza a transformação do Estado liberal e individualista, do século XIX, em Estado democrático e social, com suas vicissitudes e desafios, que o conturbado século XX nos legou. É superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos’. **LÔBO, Paulo Luiz Neto.** *A função social dos direitos*, entrevista veiculada no Boletim do IBDFAM, ed. 46, disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?boletim&artigo=181>, acesso em 24.11.07.

76 – ‘A igualdade é o vínculo mais sólido do amor’ (*Gleichheit ist immer das festeste Band der Leibe*). **G.E. LESSING** (filósofo alemão, 1729-1781), *Minna Von Barnhelm*, V, 5.

II – CASO CONCRETO E EXAME DA HOMOPARENTALIDADE: MITOS, MEDOS, DÚVIDAS E (IN)CERTEZAS

Formou-se o processo com ampla prova – direta e emprestada.

E toda a verdade formada^{77 - 78} no feito aponta à senda de que é junto à Família dos Autores que J. V. encontra solo fértil a um crescimento hígido.

Vejamos.

Por primeiro, evidentemente, a manifestação da **equipe técnica**⁷⁹⁻⁸⁰ deste Juizado, iniciando-se por o **estudo social** efetivado na residência dos adotantes (fls. 108-9), do qual extraio:

(...)

Chama os autores de pai e demonstra ser bem afetivo com eles.

Os autores vivem em união estável (sic) há 14 anos e há 02 anos que registram esta união. (...) Querem regularizar a situação do menino para colocá-lo como dependente em planos de saúde. (...) A Sra. Delourdes, mãe do padrinho, chorou contando como o menino estava na oportunidade que fora entregue à família. Demonstra ter muito amor para com o infante.

(...)

O infante demonstra bem adaptado com a família que o acolheu. Nosso parecer é de a adoção trará reais vantagens para o infante.

Não percorre outra trilha a **avaliação psicológica** efetivada na espécie (fls. 110-1).

Destaco:

77 – 'Os fatos serão analisados da maneira como forem apresentados ao Juiz, frequentemente deformados ao longo da instrução do processo, revestidos de ressentimentos, expectativas, esperanças, ansiedades e ilusões'. **TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 188.

78 – 'Por mais que um cliente transmita a seus advogados suas necessidades, passará sempre um conhecimento de segunda mão. Muitas vezes, no calor dos acontecimentos não consegue informar o que realmente lhe interessa no processo. Além disso, quando o advogado recebe as informações desenha-as com seus próprios conceitos e direciona, à sua maneira, as reais necessidades de seus clientes. Muito frequentemente as pessoas se indispõem com seus advogados e atribuem sua insatisfação à falta de qualificações ou atributos de seu representante e nunca à maratona distorcida da comunicação de seus interesses'. **SERPA, Maria de Nazareth. Mediação de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.49.

79 – 'A compreensão do fenômeno decisório não pode prescindir da escuta do não-dito.

Perceber o latente implica a necessária ampliação das relações entre a psicologia, o direito e a justiça. As ilusões não precisam ser necessariamente falsas'. **TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 56.

80 – 'Para o profissional da seara do Direito de Família, o encontro com a Psicologia é um divisor de águas em seu oceano laborativo, haja vista que de mero observador e estrategista, ele passa a agir e interferir nas questões ocultas do impasse jurídico, que são as emoções, dando ouvido às reais necessidades da parte'. **ALMEIDA, Maria Christina de; FERRAZ, Eliane Marise. A união estável entre o direito e a psicologia.** Revista Brasileira de Direito de Família, Volume 04, p. 48.

O menino chama o padrinho e o companheiro de pai. Aparentemente não apresenta conflito com relação à diferente configuração familiar. Mostra-se uma criança educada, velando grande vínculo afetivo com os padrinhos.

(...)

O garoto está aos cuidados dos padrinhos há longa data. A mãe é pouco presente na vida de J. V. Não foi localizada para comparecer à entrevista. As outras duas filhas estão na guarda da tia paterna.

Os padrinhos tem oportunizado a J. V. condições emocionais e materiais para um bom desenvolvimento, sendo eles seu modelo paterno.

Opina-se favoravelmente à destituição do poder familiar da mãe e da adoção do menino pelo Sr. C. M. S. (observe que, à época da realização da avaliação, a emenda à inicial, com inclusão do companheiro do padrinho C. M. S. no pólo ativo, C. S. , não fora ainda recebida, não sendo, pois, de ciência da profissional a – adequada - cumulação subjetiva ativa efetivada na espécie).

A **prova documental** ratifica os estudos técnicos.

A Diretora da Escola em que J. V. estuda (fl. 148) ressalta ser o guri **uma criança alegre, extrovertida e de fácil relacionamento com colegas e professora**, tratando-se de **uma criança segura, que provem de um lar cercado de harmonia, respeito e amor, fato este percebido pela conduta de J. na escola.**

Seus pais, C. S. e C. M. S. , estão sempre presentes em todos os acontecimentos da escola, o que transmite a J. segurança e uma aprendizagem tranquila (...).

Por todos esses pequenos detalhes, mas fundamentais para um bom desenvolvimento infantil em todos os aspectos: psicológico, cognitivo, afetivo, J. é uma criança feliz !

Sua Professora C. documenta que, na hora do sono, J. V. chama o pai, reafirmando o vínculo presente (fl. 161).

Ainda que não professe o subscritor a doutrina católica – mas que respeito, por coerência e filosofia -, propiciam os autores formação espiritual ao menino (fl. 166), com, inclusive, padrinho e madrinha⁸¹.

Ademais, a farta documentação acostada dá conta dos iterativos cuidados com a saúde da criança – medicação contínua, internações e atenção diferenciada (f. 174, e.g., dentre tantas) -, o que corrobora o abandono promovido por sua genitora.

A **prova testemunhal** dá igualmente guarida à pretensão.

G. A., pedagoga e Diretora da Escola Borges de Medeiros, nas fls. 193-196, ratifica e amplia o que antes firmara, confirmando o que é sabido, ou seja, que **é na escola que que a criança, (...) às vezes revela o que tá acontecendo dentro do lar. Hiperatividade, agressividade, vários tipos de coisas que a criança vem a mostrar dentro da escola, e o**

81 – O que possibilita, aliada à avó que habita as fotografias colacionadas, a presença de figura feminina no crescimento do infante.

J. V. é uma criança super tranquila, nunca teve problema nenhum. Uma criança normal como qualquer outra, sabe? Muito tranquila mesmo, que dá para perceber que existe uma estrutura maravilhosa familiar.

Deu conta, ainda, que a criança, desde que ingressou na escola, ***sempre teve uma parceria muito grande da família, dos pais, porque nem todas as crianças a gente tem essa parceria, mas ele teve.***

Narrou, em relação à comunidade escolar, C. S. e C. M. S. são vistos ***muito bem (...), sempre participam de todas as festas que a gente tem (...) eles participam sempre, de tudo, e não existe preconceito ou qualquer tipo de comentários nenhum, muito pelo contrário, tem pessoas que chegam a dizer assim, “meu Deus”, porque (...) existe família que tem pai e a mãe certinha ali e não é tão bem estruturada como o C. S. e o C. M. S.***

Por fim, informou – dando suporte ao abandono a que submetida a criança por aquela que o gerou - que a mãe nunca esteve na escola.

E. F., vizinha dos autores, testemunhou (fls. 196-198v) que eles são vistos, na comunidade, ***como uma família***, junto com J. V., bem como que ***são respeitados***.

O. B., nas fls. 198v a 201v, testemunhou que a criança, quando chegou à casa dos autores, estava ***doente, muito doente***, confirmando a prova emprestada trazida ao feito.

Apontou, outrossim, que C. M. S., C. S. e J. V. são reconhecidos como uma família e ***são muito respeitados, muito queridos***.

Demonstrou, ao pontuar que o guri ***estuda na escolinha com a minha netinha, são muito amigos os dois, estão sempre juntos e a gente até, eu disse pra minha neta “ganhei um futuro neto agora”***, que o mito de que pais homossexuais formem pequenos homossexuais⁸² não é, a par de nada científico, por todos cultivado – e Dona O. conta sessenta anos, observo.

82 – “No que concerne à questão relacionada à homossexualidade e à constituição de uma família com crianças, um corpo grande de pesquisas representado pela Associação Americana de Psicologia conclui, em 1995, que “não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e de lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo em relação às crianças de pais heterossexuais. Realmente, as evidências sugerem que o ambiente doméstico promovido por pais heterossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento “psicológico das crianças”. A maioria das crianças em todos os estudos, funcionou bem intelectual e “não demonstrou comportamentos ego-destrutivos prejudiciais à comunidade. Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, auto-estima, habilidade de liderança, ego-confiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstram diferenças daqueles encontrados com seus pais heterossexuais.

(...) nenhuma pesquisa médica ou psicológica obteve êxito em comprovar que a heterossexualidade dos pais é fator suficiente o bastante para determinar a sexualidade dos filhos. Isso se torna bastante evidente no fato de serem os adultos homossexuais, na sua grande maioria, filhos de pais heterossexuais, tendo convivido desde tenra idade em ambiente familiar e social onde imperavam os modelos de relacionamentos heterossexuais. Essa constatação empírica conforma um indicativo forte que afasta a hipótese de ser a sexualidade dos pais, por si só, motivo suficiente para determinar a sexualidade dos filhos.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 143 e 152.

E, aqui, enfrento e afasto esse **mito** – matéria igualmente de defesa, como se vê da manifestação final de fl. 230 -, com a transcrição de balizada doutrina espanhola⁸³:

“É fundamental ou necessário ter um pai ou uma mãe para adquirir a identidade sexual de forma correta? A resposta é “não”. Vejamos alguns argumentos:

Os estudos sobre os meninos e meninas que são criados por pais homossexuais não encontraram esse tipo de problema. Esses meninos ou essas meninas sabem que são meninos e meninas, sem dúvida nenhuma, independentemente do sexo de seus pais. Isso assim ocorre porque a identidade social é um conceito mental sobre o cérebro a que está ligada, a partir do conhecimento de que existem dois tipos ou classes de pessoas: homens e mulheres, meninos e outras meninas. Dessa forma, se um menino é criado por duas mulheres, não significa que não saiba que ele é distinto, que é um menino, que tem “pinto”, que será homem. Certamente que o conhecimento de outros meninos e meninas, outras mulheres e outros homens lhe dará a oportunidade de fazer um juízo adequado.

Entretanto há outra prova que todos podem entender: os filhos de mães solteiras, os que foram criados desde muito pequenos por sua mãe viúva ou pai viúvo, os criados por avó ou os adotados por mães solteiras. Eles tampouco têm um pai e uma mãe, mas sim uma mãe ou um pai apenas (às vezes são criados entre várias mulheres; por exemplo, a mãe, a avó), e então teriam um problema na aquisição da identidade de fosse correto esse temor. Todos sabem que isso não é certo, porque muitas crianças receberam esse tipo de criação ao longo dos anos. (...)

Prossegue **SÁNCHEZ**, com a visão que tenho como irretocável:

... parece-nos muito mais importante que, independentemente do sexo dos pais ou das mães, possam se identificar com eles enquanto pessoas valiosas e admiráveis. Dito de outra forma, os adultos precisam que as crianças encontrem neles modelos de valores humanos fundamentais:

Meus pais ou minhas mães, ou meu pai e minha mãe, são pessoas que me amam e que eu amo, são valiosas; elas me ensinam que vale a pena viver, trabalhar, ser honesto, defender minha dignidade e a dos outros, ser justo, defender a liberdade, amar. (...)

... aqueles que utilizam o argumento do processo de identificação para se negar a aceitar os casais homossexuais ou a adoção por parte deles, devem levar em conta que:

Sua postura deveria os levar a criticar toda a estrutura familiar na qual não houvesse um pai e uma mãe (mães solteiras, viúvas, viúvos, etc.) e tudo que isso significasse em nossa sociedade.

83 – **SÁNCHEZ, Félix López** *Homossexualidade e família : novas estruturas*. Tradução **Carlos Henrique Lucas Lima**. Porto Alegre : Artmed, 2009. p. 113/114.

Também teriam que se opor à adoção por parte de pessoas solteiras.

Teriam que oferecer dados científicos que provassem para a sociedade que para se socializar é fundamental ou imprescindível ter pai e mãe (tais dados inexistem). (...)

Verdade é que a estrutura convencional (um pai e uma mãe, especialmente com estreitas relações com toda a família) é muito adequada. Todavia, não é menos verdade que o núcleo essencial e imprescindível de uma estrutura familiar que permite um desenvolvimento adequado é a relação estabelecida entre o adulto que cuida de maneira eficaz e a criança cuidada, destacando-se o vínculo que essa criança firma com o adulto. (...)

Uma outra forma de fundamentar o quarto argumento é recorrer àqueles tipos de temores a respeito de supostos problemas emocionais ou sociais que teriam os filhos de famílias homoparentais.

Os estudos realizados até hoje apontam que temores dessa ordem também são infundados.

Apesar de muitos desses estudos não terem sido feitos sobre um número suficientes de indivíduos (isto é, poucos casos estudados) ou sobre grupos de famílias homoparentais suficientes, podemos, sim, dizer que é possível se desenvolver bem tanto emocional quanto socialmente em uma família homoparental.

Verdade é que essas investigações científicas nem sempre estão livres de preconceito de uma ou de outra ordem, mas, ainda assim, os dados são tranquilizadores: a partir deles não podemos justificar que os homossexuais não possam ter ou adotar crianças.

Os estudos parecem indicar que as crianças criadas por famílias com pais ou mães homossexuais têm um desenvolvimento emocional e social semelhante ao do resto da população. Portanto, se assim ocorre nos casos estudados (sejam eles mais ou menos representativos), significa que é possível uma socialização adequada dessas crianças, e que não é inerente às famílias homossexuais provocar danos emocionais e sociais relevantes. (...)

Devemos fazer distinções: fato é que existem homossexuais aos quais não se deveria confiar crianças em adoção pelo motivo de não serem idôneos ou por alguma outra razão, critério que deve ser adotado para todo o restante da população. Por exemplo, se sofrerem de desequilíbrios mentais ou de algum outro transtorno, isso seria motivo para negar a adoção, mas não pelo fato de “serem homossexuais”. Essa desqualificação significaria que teríamos de fazer o possível e o impossível para evitar que os homossexuais conseguissem cuidar de crianças por qualquer meio.

ZAMBRANO⁸⁴ percorre mesma linha:

A ausência de pais dos dois sexos não parece ter nenhuma influência sobre o desenvolvimento da identidade sexual e o desenvolvimento psicológico geral das crianças, pois o modelo de identidade, tanto para um sexo quanto para o outro, está dado pela presença de outros adultos significativos (avós, professores, amigos dos pais/mães) e pela própria cultura (Flaks et al., 1995; Chan et al., 1998; Brewaeys et al., 1997; Kirkpatrick et al., 1981; Golombok et al., 1997; Stacey, Biblarz, 2001). As diferenças mais marcantes foram encontradas entre famílias bi-parentais — onde a criança é criada pelos dois pais/mães — e famílias monoparentais — onde a criação se dá por apenas um pai/mãe —, apontando para o fato de que, independente da orientação sexual ou sexo dos pais, é melhor para o desenvolvimento da criança que ela seja criada por mais de uma pessoa (Patterson, 1996; Golombok et al., 2002⁸⁵).

Ainda⁸⁶:

Em relação à identidade/orientação sexual das crianças, o estudo de Bailey et al. (1995⁸⁷) mostra que mais de 90% dos filhos adultos de pais gays se consideravam heterossexuais. Os autores concluem não haver evidência disponível com base empírica para que haja impedimento da custódia da criança para pais gays e mães lésbicas, usando como justificativa os efeitos na orientação sexual dos filhos já que a taxa de homossexualidade é a mesma das famílias heterossexuais (Stacey, Biblarz, 2001). O temor de que a orientação sexual dos filhos de homossexuais seja, também, homossexual, além de não encontrar suporte nos resultados das pesquisas, demonstra que essa questão é, em si mesma, preconceituosa.

Vejamos outros **medos e mitos** que a genitora verbalizou – diretamente, à Magistrada (fl. 121), à Psicóloga Judiciária (fl. 134) e via seu combativo Defensor (fl. 230).

Recusou-se a dar consentimento à adoção pois que **J. V. não é nada do C. M. S., nada, nada, entendeu ? O J. V. é meu filho, registrado somente no meu nome.**

84 – **ZAMBRANO, Elizabeth.** *Adoção por homossexuais*, in *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade. II Simpósio Sul-Brasileiro de Direito de Família, jun. 2006, Gramado, Rio Grande do Sul, Brasil – Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2007*, p. 146.

85 – GOLOMBOK, Susan. **Adoption by Lesbian Couples.** *BMJ*, v. 321, June, 2002. p. 1407-1408. Disponível em: <<http://www.hrc.org>>. [Acesso em: 29 out. 2004].

86 – **ZAMBRANO, Elizabeth.** *Adoção por homossexuais*, in *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade. II Simpósio Sul-Brasileiro de Direito de Família, jun. 2006, Gramado, Rio Grande do Sul, Brasil – Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2007*, p. 148.

87 – BAILEY, J. Michel. Sexual orientation of adult sons of gay fathers. **Developmental Psychology**, v.31, n.1. 1995. p. 124-129. Disponível em: <<http://www.france.qrd.org/assocs/apgl/>>. Acesso em: 29 set. 2004.

Ainda, afirmou à Psicóloga Judiciária que, **se a Justiça entender que no momento ela não apresenta condições, tem uma tia no estado de Santa Catarina, que poderá assumir provisoriamente os cuidados do menino.**

Respeita-se a dicção de V., porque humana.

Apartada, entretanto, da visão moderna de parentesco.

Apartada da visão atual das funções de pai e mãe.

Apartada do sistema constitucional, que deu prevalência ao afeto em detrimento do sangue.

Quanto à afirmação de que J. V. não é nada de C. M. S., não é essa a verdade de seu filho.

O desejo da mãe não pode apagar uma realidade: os autores já são pais de J. V.⁸⁸.

A paternidade socioafetiva já se acha consolidada.

A construção da paternidade socioafetiva é explanada por **FACHIN**⁸⁹, quando afirma que **a verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética, que deveria pressupor aquela e serem coincidentes.**

Apresenta-se então a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, “reside antes no serviço e amor que na procriação”.

E, emocionalmente, mostra-se deveras clara a paternidade exercida pelos autores.

No que diz com a pretensão da genitora de entrega do que trata como objeto (... **o J. V. é meu filho, registrado somente no meu nome**), basta se responda a – nada retórica - retórica questão:

O que prevalece?

O sangue⁹⁰⁻⁹¹?

88 – 'O fato de qualquer adulto vir a ser o pai ou a mãe psicológicos de uma criança se baseia na interação cotidiana, no companheirismo de cada dia e na partilha de experiências. O papel pode ser exercido seja por pais biológicos, adotivos ou por qualquer outro adulto que tenha a responsabilidade de cuidar da criança – mas nunca por um adulto ausente, inativo, seja qual for seu relacionamento com a criança, biológico ou legal'. **GOLDSTEIN Joseph, FREUD Anna, SOLNIT Albert J.** *No interesse da criança?* Tradução: Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 13.

89 – **FACHIN, Luiz Edson.** *Da Paternidade: Relação biológica e afetiva.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 37.

90 – '... não devemos esquecer que o direito de família brasileiro não pode mais ser lido e interpretado pelo nosso majestoso mas envelhecido e ultrapassado Código. O direito civil, nas suas formulações fundamentais, está inserido, essencialmente, na Constituição de 1988. O civilista tem de ser um constitucionalista, ou civilista não é. E nossa Carta Magna, logo no art. 1º, reza que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, tendo como fundamentos, dentre outros valores, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. No art. 227, edita que 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. No mesmo diapasão, o art. 229 prevê: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

(...) A verdade que a Justiça tem de proclamar não é a que decorre do sangue, que corre nas veias, mas dos sentimentos, dos brados da alma, dos apelos do coração'. **VELOSO, Zeno.** *Negatória de Paternidade – Vício de Consentimento.* Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 03, p. 75.

91 – 'Como diz Gerard Cornu, a verdade biológica não reina absoluta sobre o direito da filiação, porque esta

Ou o afeto⁹²?

Alio-me, sem pestanejar, ao afeto⁹³.

Com o sistema constitucional, **prepondero a afetividade**⁹⁴.

E esta já está construída na nova Família que abraçou, acolheu, **aninhou J. V.**

Sangue, neste momento, não é nada para a criança⁹⁵:

incorpora, necessariamente, um conjunto de outros interesses e valores. Para ele, confundir verdade real da filiação com verdade biológica é um entendimento “reducionista, cego, demagógico e decepcionante”, engendrando “um direito biológico totalitário, além de um pseudodireito subjetivo ilusório e nefasto” (CORNU, Gerad. Droit Civil: *La Famille*. 8e. edition. Paris, Montchrestien, 2003, pp. 324-6)'. **LÔBO, Paulo Luiz Netto**. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária*. In **FARIAS, Cristiano Chaves de. (Coord.) Temas atuais de Direito e Processo de Família – Primeira Série**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 339.

92 – 'O afeto no direito de família não é só um valor digno de tutela, mas o sentido irreversível que garante a identidade das organizações familiares como unidade de diferenças. Só o afeto permite distinguir as organizações familiares das outras formas de organização da sociedade. O sentido sociológico da afetividade é problemático para o direito porque ele está ligado a sentidos de amor, solidariedade, afabilidade, amizade, desejo e “enquanto houver desejo, ele sempre escapará ao normatizável” (Pereira, 2003, p. 30). A sensibilidade requerida pela afetividade nas decisões jurídicas sobre direitos de família, contudo, não precisa necessariamente ser sentimental. O direito de família pode observar a afetividade como uma realidade jurídica autoconstruída e a sensibilidade, nesse contexto, é sinônimo de potência.

Assim, o direito de família pode potencializar as relações de afeto, sejam elas formalizadas ou não, oportunizando decisões jurídicas coerentes com a dinâmica da sociedade contemporânea. Qualquer um pode dizer que a lei deve punir afetividades exteriorizadas através de meios exteriores aos *numerus clausus* do direito de família. Fora dos *numerus clausus* não há nada e exatamente por não ser nada é que podem ser tudo. Então, a sociedade até pode se dar ao luxo de se manifestar contra ou a favor a isso. Mas, como observado, trata-se de um processo irreversível que não depende só do direito, da política ou da própria sociedade, mas da coincidência de expectativas sociais normativas geradas a partir da experiência da diferença entre satisfação e frustração de expectativas em nível global'. **ALDROVANDI, Andréa. SIMIONI, Rafael Lazzarotto**. *O Direito de Família no Contexto de Organizações Socioafetivas: Dinâmica, Instabilidade e Polifamiliaridade*. Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 34, p. 27.

93 – 'A filiação socioafetiva é a real paternidade do afeto e da solidariedade; são gestos de amor que registraram a colidência de interesse entre o filho registral e o seu pai de afeto. Paulo Lôbo acrescenta que “a Constituição não elegeu a origem biológica como fundadora da família. Ao contrário, dispensou-a, para fixar-se na relação construída no afeto e na convivência familiar, tendo ou não consangüinidade [...]. O reconhecimento do genitor biológico não pode prevalecer sobre a paternidade construída na convivência familiar, que freqüentemente ocorre entre a mãe que registrou o filho e outro homem, com quem casou ou estabeleceu união estável, e que assumiu os encargos da paternidade”'. **MADALENO, Rolf**. *Paternidade alimentar*. Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 37, p. 138.

94 – '... não constitui exagero algum se dizer que, no direito civil brasileiro contemporâneo, vige mesmo a prevalência do paradigma da socioafetividade, como regra geral do sistema.

Esta a opinião, por exemplo, de Paulo Lôbo, para quem houve uma clara opção da ordem jurídica brasileira pela família socioafetiva; neste contexto, a própria filiação de ordem biológica se legitima e se consolida pelo afeto, na medida em que “o filho biológico é também adotado pelos pais, no cotidiano de suas vidas” (LÔBO, 2003a, p. 144). Reconhece-se, pois, que o parentesco psicológico “prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal” (DIAS, 2004, p. 66).

Deve ser fixada a linha evolutiva: quando da consolidação do sistema de filiação típico do direito civil tradicional, vivia-se quase que sob a exclusividade do paradigma do biologismo, ressalvado apenas o papel da adoção, tornado secundário pelo fato de ter o filho adotivo, antes das reformas no direito de família, um status prejudicado e menos direitos que o filho consangüíneo dito legítimo; em seguida, já como uma manifestação do direito civil contemporâneo, estabelece-se um novo paradigma, o da socioafetividade, convivendo lado a lado com o parentesco biológico; e, por fim, no estágio atual, chega-se à prevalência do paradigma socioafetivo, como meio de privilegiar as diretrizes constitucionais principiológicas que regem o direito de família, notadamente a afetividade, o melhor interesse da criança, a liberdade e a igualdade'. **ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de**. *A Filiação Socioafetiva no Direito Brasileiro e a Impossibilidade de Sua Desconstituição Posterior*. Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 39, p. 62.

95 – **GOLDSTEIN Joseph, FREUD Anna, SOLNIT Albert J**. *No interesse da criança?* Tradução: Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 09.

Ao contrário dos adultos, as crianças só têm uma certa concepção psicológica de relacionamentos por laços de sangue bem mais tarde em seu desenvolvimento. Para os pais biológicos, o fato de terem gerado, concebido ou dado à luz uma criança produz um compreensível senso de propriedade e posse. Estas considerações nada representam para as crianças que, emocionalmente, não têm consciência dos acontecimentos que levaram a seu nascimento, o que se registra em suas mentes são os intercâmbios do dia-a-dia com os adultos que cuidam delas e que, em sua força, se tornam figuras de pai e mãe a quem estão ligadas.

Assim não fosse, as regras de **estabilidade, previsibilidade**⁹⁶ e **continuidade na manutenção de rotinas e vínculos de infantes**⁹⁷, só por si, não recomendariam sua ida para Santa Catarina, lar da tia da genitora, sede do precioso sangue familiar⁹⁸ – na leitura da mãe biológica -, sendo estas, ademais, outras diretrizes que recomendam a procedência das pretensões.

E, conduzindo-me ao fecho da presente decisão, abordo a dúvida exposta em sede de defesa: e o presente arranjo parental não trará problemas futuros a J. V. ?

Ora, e quem poderá dizer?

E quem poderá assegurar o futuro de J. V. ?

O que é possível afirmar é que **as crianças podem desenvolver-se bem mesmo em contextos com alguns problemas. Não é o ideal, mas faz parte do curso da vida suportar certos problemas e dificuldades, resistir às suas influências perniciosas e viver com razoável bem-estar: os filhos de classes sociais baixas, os filhos de famílias com dificuldades de uma ou de outra ordem, etc. A vida perfeita e a família perfeita não existem.**

96 – 'Aliada à necessidade de continuidade dos vínculos, mencionamos a diretriz de previsibilidade, segundo a qual, quanto menor a criança maior sua necessidade de ter previsão sobre o que vai lhe acontecer.

Tal como dissemos em outro lugar a diretriz que determina a necessidade de previsibilidade "está relacionada com o princípio da necessidade de continuidade na vida da criança. Refere-se à necessidade de previsibilidade, à possibilidade de antecipação, de planejamento, de preparo psicológico e, portanto, de elaboração interna que vai muito além da possibilidade de organização das atividades concretas".' **MOTTA, Maria Antonieta Pisano.** *Busca e apreensão de filho: uma medida de proteção?* Revista Brasileira de Direito de Família, vol, 02, pp. 152-3.

97 – 'Para as crianças em idade escolar, as interrupções em seus relacionamentos com seus pais psicológicos afetam sobretudo as conquistas que se baseiam na identificação com as exigências, proibições e idéias sociais dos pais. Tais identificações somente se desenvolvem quando as ligações são estáveis e tendem a ser deixadas de lado pela criança quando esta se sente abandonada pelos mencionados adultos. Desta maneira, quando as crianças são levadas a vagar de um ambiente para outro, podem deixar de se identificar com quaisquer pais substitutos. O ressentimento com os adultos que as decepcionaram no passado as faz adotarem a atitude de não ligar para ninguém; ou de fazerem os novos pais de bodes expiatórios dos erros dos primeiros. De qualquer forma, as múltiplas colocações nessa idade fazem com que muitas crianças fiquem fora do alcance da influência educacional e vêm a ser a causa direta de comportamentos que as escolas consideram indisciplina e os tribunais classificam como marginais, delinquentes, ou mesmo criminosos'. **GOLDSTEIN Joseph, FREUD Anna, SOLNIT Albert J.** *No interesse da criança?* Tradução: Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 24.

98 – 'Família é quem você escolhe pra viver

Família é quem você escolhe pra você

Não precisa ter conta sanguínea

É preciso ter sempre um pouco mais de sintonia!.

O Rappa. *Não perca as crianças de vista.*

A vida sempre está ameaçada em algum nível e, lamentavelmente, é bastante comum passar por acontecimentos estressantes⁹⁹.

É evidente que tal contexto familiar demanda atenção¹⁰⁰.

Mas isso parece já estar sendo enfrentado seja pela rede social¹⁰¹, seja pela escola – vide a prova oral nesse senso.

O que é certo é que, no que diz com o futuro de nossas crianças, não há certezas.

Não há garantias.

A vida não tem air-bag, já poetizava **MARTHA MEDEIROS**.

Até a idealização da tradicional família nuclear é questionada por especialistas¹⁰².

O mito da insubstituibilidade de pai e mãe merece desconstrução.

Insubstituível é o amor.

Com **GLEY COSTA**¹⁰³:

A biologia não é suficiente para estabelecer um vínculo de amor entre a mãe e seu filho, o mesmo valendo para o pai. Da mesma forma, não é o sexo que capacita os pais para exercerem as funções indispensáveis ao desenvolvimento de uma criança. Uma terceira pessoa, independentemente do sexo, poderá substituir os pais nessa tarefa. Os pais, evidentemente, são fundamentais para o desenvolvimento e a formação dos filhos, mas a idéia de que são insubstituíveis constitui outro mito. **Insubstituível é o amor, venha de onde vier. Este sim não pode faltar para uma criança sob pena de ela se tornar um corpo desabitado, um ser sem alma.**

99 – **SÁNCHEZ, Félix López** *Homossexualidade e família : novas estruturas*. Tradução **Carlos Henrique Lucas Lima**. Porto Alegre : Artmed, 2009, p. 130.

100 – “Aceitar e defender esse tipo de família, inclusive a adoção por parte delas, não significa que não devamos estar atentos a possíveis problemas específicos (mães solteiras, mães viúvas, pais viúvos, solteiras que adotam, pais separados, divorciados ou famílias reconstituídas), por isso não se trata de desqualificar as famílias homossexuais, mas sim de sermos realistas e saber em que sociedade estamos e qual história tiveram muitos homossexuais hoje adultos.” **SÁNCHEZ, Félix López** *Homossexualidade e família : novas estruturas*. Tradução **Carlos Henrique Lucas Lima**. Porto Alegre : Artmed, 2009. p. 116.

101 – “Espera-se que a rede de amigos e de amigas dos pais tenha se formado com o conhecimento da homossexualidade destes; sendo assim, espera-se que sejam verdadeiros amigos e amigas e que ofereçam apoio e não problemas. Assim agindo, essa rede será um maravilhoso recurso para os pais e seus filhos.” **SÁNCHEZ, Félix López** *Homossexualidade e família : novas estruturas*. Tradução **Carlos Henrique Lucas Lima**. Porto Alegre : Artmed, 2009. p. 122.

102 – ‘Há um mito socialmente compartilhado de que a família nuclear, com pai e mãe juntos, é a melhor forma de criar filhos sadios. Isso não é validado por grande parte dos especialistas, que mostram que muitos filhos de pais separados crescem fortalecidos por terem vivenciado situações de crise com adequada resolução. Muitas vezes, essas crises resolvidas com sensatez levam a um amadurecimento de todos os envolvidos no processo, possibilitando-lhes mais confiança para enfrentar as imprevisibilidades da vida’. **GONÇALVES, Nair Teresinha**. *O ritual do divórcio – uma vivência de grupo com profissionais da área do direito*, in Aspectos psicológicos na prática jurídica. Organizadores: **Zimmerman, David; Coltro, Antonio Carlos Mathias**. Campinas: Millennium, 2002. p.538.

103 – **COSTA, Gley P.** *O amor e seus labirintos*. Porto Alegre: Artmed, 2007. p. 137.

Das poucas certezas, uma delas é que uma infância plena de afeto supera os riscos de uma infância esvaziada por ausências – e a ausência da genitora de J. V. há de ser pronunciada.

Via de consequência, a juridicização do afeto construído nesse lar clama por funcionalização¹⁰⁴.

O reconhecimento oficial dessa Família urge seja proclamado.

Insta a inclusão social da Família formada por M., C. S. e J. V. – como mínimo que se espera de um Judiciário engajado e comprometido¹⁰⁵.

As pretensões, enfim, merecem albergio.

Isso posto, julgo procedentes os pedidos, para o fim de:

- a) decretar a perda do poder familiar de V. M. T. em face de J. V. M. T.;*
- b) deferir a adoção do infante aos requerentes, determinando o cancelamento do registro original e a abertura de um novo, neste constando que o infante é filho de C. M. S. e C. S., sem menção de pai e mãe. Da mesma forma, a relação com os avós, no registro civil, não explicitará a condição materna ou paterna, constando como avós D. M. S. e W. T. S., e O. P. S. e A. T. S.; e*
- c) ordenar que a criança passará a se chamar **J. V. M. S. S.***

Sem o proclamar de sucumbência - ECA141.

Registre-se. Intimem-se.

Com o trânsito, mandado ao Registro.

Nesta Santa Maria da Boca do Monte, lua crescente, vinte e nove de julho de dois mil e nove.

Rafael Pagnon Cunha,

Juiz de Direito Substituto.

104 – ‘A afetividade é construção cultural, que se dá pela convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela medição concretizadora do intérprete, ante cada situação real’. **LÔBO, Paulo Luiz Netto**. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do número clausus*. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 12, jan-fev-mar.2002, p. 47.

105 – ‘Do ponto de vista dos operadores jurídicos, trata-se de afirmar que o jurista, especialmente o juiz, deve firmemente orientar sua atividade jurisdicional – quer quando julga litígios de natureza pública, quer quando decide conflitos intersubjetivos de natureza privada – no sentido do horizonte traçado pela Constituição, qual seja, repita-se, a edificação de uma sociedade mais justa, livre e solidária, construída sobre o fundamentalíssimo pilar da dignidade de todos os seus cidadãos. Isso significa, necessariamente, que a magistratura necessariamente deve ser co-partícipe de uma política de inclusão social, não podendo aplicar acriticamente institutos que possam representar formas excludentes de cidadania’. **FACCHINI NETO, Eugênio**. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. Publicado na obra coletiva *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 55.