

UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
FACULDADE DE DIREITO



Luiza Quites Antoniazzi

**Reflexos jurídicos da ausência de previsão legal nas relações paterno-  
filiais decorrentes das uniões de pessoas do mesmo sexo numa  
perspectiva luso-brasileira**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização: Direito Civil – Direito de Família/Menção: Ciências Jurídico-Civilísticas

Orientador Senhor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho

**Coimbra, 2014**

## **Agradecimentos**

Aos meus pais, que com amor ilimitado sempre me apoiaram, assim como toda a minha família, especialmente os meus irmãos, Alfredo e Isabel e, minhas primas, Juliana e Laura. Que com paciência e amor, cada um a sua maneira e ao seu tempo, proporcionaram com que tudo isso se tornasse possível.

À Doutora Raquel Marly Cabeleira Alvarez Schuch, que foi também responsável por eu poder estar aqui hoje, com todos os seus ensinamentos jurídicos, incentivo e apoio emocional.

À família luso-brasileira, especialmente à querida amiga Letícia Walter por todo apoio nesses dois anos de vida intensa em Portugal, assim como a querida Lauren Fresinghelli, que juntas tornaram ainda mais inesquecível esta temporada de estudos.

Às minhas queridas colegas de mestrado que no decorrer desta jornada foram muito importantes para que eu conseguisse chegar até aqui, especialmente à Thaís Luna, minha companheira de estudos.

À Marianna Chaves que com atenção disponibilizou um pouco do seu tempo em me auxiliar com algumas reflexões e, especialmente, dando um contributo bibliográfico precioso.

A todos os meus amigos, portugueses e brasileiros, que de alguma forma contribuíram para que tudo isso fosse possível, com uma reflexão sobre o tema, ajuda com o próprio trabalho, ou com um gesto de carinho incentivador.

Ao professor orientador, Professor Doutor Francisco Manuel de Britto Pereira Coelho pela paciência e atenciosa orientação.

## RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise sobre os aspectos jurídicos nas relações paterno-filiais decorrentes de uniões homoafetivas, dentro do panorama luso-brasileiro, especialmente em relação às consequências jurídicas para os filhos destes casais. Pois, muito embora já sejam recorrentes formações familiares com dois pais ou duas mães, inexistente legislação regulamentando estas situações. É reconhecido o casamento de pessoas do mesmo sexo em Portugal e, no Brasil, há o reconhecimento da união estável para *gays* e *lésbicas*. Logo, procuramos analisar como tem sido gerida esta situação para garantir à criança a inserção formal e legal junto a seus pais/mães no momento que já existe o reconhecimento da formação familiar com pares do mesmo sexo. Para isso fizemos uma análise da legislação dos dois países (Brasil e Portugal) com as matérias relacionadas à homossexualidade e filiação, com a divisão em três capítulos. No primeiro, será abordado brevemente a história da homossexualidade, com a verificação da aplicabilidade do princípio da igualdade, seu viés na família e filiação. No segundo, temos a apuração das formas que podem concretizar o projeto parental homossexual (adoção e reprodução medicamente assistida). E, por fim, no terceiro capítulo, a verificação das consequências jurídicas para as crianças que estão inseridas nestas famílias, com destaque para a preservação do melhor interesse da criança. Assim, fazemos uma proposta para a reflexão acerca da inclusão das relações paterno-filiais nas normas infraconstitucionais existentes, ou, por outro lado, uma criação legislativa própria para legalizar estas situações.

**Palavras-chave:** Família. Filiação. Homossexualidade.

## ABSTRACT

Herein is presented an analysis on the legal aspects of the father-child relationship from homosexual unions on the luso-brazilian scene, especially considering the legal consequences for their children. Even though there are familiar bases with both parents of the same sex, the legislation regulating these situations does not exist. The marriage of two people of the same sex is recognized in Portugal, however in Brazil, only the social stability is recognized for couples of the same sex, such as gays and lesbians. We tried to analyze how this situation is managed to assure the children's legal and formal rights with their same-sex parents, since the social stability already exists for same-sex couples, centering in the children's best benefits. For this, it has been analyzed the legislation of the two countries (Brazil and Portugal) in relation to homosexuality and parenthood in three chapters. First, the history of homosexuality, verifying equality principle. Secondly, it is presented options to assure the same-sex parenthood (adoption and assisted reproduction). Finally, legal consequences for children in these families. Thus, it has been proposed to reflect about the inclusion of paternal-filial relationship to existing legislation, or create a proper legislation to regulate these questions.

**Key words:** Family. Parenthood. Childhood. Homosexuality.

## LISTA DE ABREVIATURAS

CC – Código Civil Português

CCB – Código Civil Brasileiro

CFM – Conselho Federal de Medicina (Brasileiro)

CFB – Constituição Federal Brasileira

CRP – Constituição da República Portuguesa

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente Brasileiro (Lei 8069 de 13 de julho de 1990)

FIV – Fertilização *in vitro*

IA – Inseminação artificial

IAH – Inseminação artificial homóloga

ICSI – Injeção intracitoplasmática de espermatozoide

LPMA – Lei da procriação medicamente assistida (32/2006 de 26 de Julho)

RA – Reprodução assistida

PMA – Procriação medicamente assistida

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>CAPÍTULO 1: BREVE ENQUADRAMENTO CONCEITUAL/HISTÓRICO ACERCA DA TEMÁTICA</b> .....	13
1.1. Algumas noções evolutivas sobre os direitos dos homossexuais .....	13
1.2. Direito à igualdade dentro da temática apresentada .....	19
1.3. Regulamentação do casamento entre pessoas do mesmo sexo.....	28
1.3.1. No Brasil.....	29
1.3.2. Em Portugal .....	33
1.4. Família e homoparentalidade.....	36
1.5. Abordagens acerca do direito de filiação e reprodução <i>versus</i> direito a constituir família .....	40
<b>CAPÍTULO 2: FORMAS DE ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO POSSÍVEIS PARA CASAIS HOMOSSEXUAIS</b> .....	43
2.1. Tecnologias reprodutivas: Lei portuguesa 32/2006 de 26 de Julho e no sistema jurídico brasileiro .....	43
2.1.1. Breve conceituação das técnicas de procriação medicamente assistida.....	46
2.1.2. Legitimados à utilização das técnicas.....	49
2.1.3. Inseminação <i>post mortem</i> .....	52
2.1.4. Procedimentos .....	53
2.2. Adoção .....	56
2.2.1. Breve visão legislativa acerca da adoção .....	56

2.2.2. No âmbito português .....	56
2.2.3. No âmbito brasileiro .....	56
2.2.4. Adoção: conceito e natureza jurídica .....	58
2.2.5. Modalidades, requisitos e efeitos da adoção .....	61
2.3. Instituto português denominado apadrinhamento civil.....	68

**CAPÍTULO 3: REFLEXOS JURÍDICOS DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NO TOCANTE ÀS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS DE CASAS HOMOSSEXUAIS NO PANORAMA LUSO-BRASILEIRO.....** 71

3.1. Breve definição dos deveres e direitos acerca do poder familiar/responsabilidades parentais .....	75
3.2. Formas de estabelecimento da relação homoparental – formalidade <i>versus</i> realidade ..	79
3.3. Vínculos jurídicos que são estabelecidos entre dois pais e duas mães e seus filhos .....	83
3.4. Regulamentação da tutela, guarda e visitas em caso de morte e/ou separação .....	85
3.5. Dever de alimentos .....	90
3.6. Estabelecimento da linha sucessória.....	93
3.7. Relações homoparentais e o princípio do melhor interesse da criança.....	95
3.8. Análise da jurisprudência brasileira, portuguesa e do TEDH sobre a matéria .....	100

**CONCLUSÃO.....** 106

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....** 108

## INTRODUÇÃO

O crescimento do reconhecimento das famílias homossexuais hodiernamente faz surgir diversas questões e/ou questionamentos jurídicos acerca do seu enquadramento enquanto família, na medida em que, embora genuinamente constituídas, mantêm-se na clandestinidade, pois não possuem pacificados os seus anseios quanto à constituição da filiação.

Neste sentido, o maior questionamento que podemos fazer é acerca de por que não se estabelecer regularmente a constituição das relações paterno-filiais destas novas formações familiares, se já existe a legítima possibilidade jurídica de um casal homossexual constituir família, quando já há no Brasil voz majoritária na jurisprudência com o reconhecimento das uniões de casais do mesmo sexo e, em Portugal, já se tem a legalização do casamento de casais homoafetivos, tendo em vista que em Portugal é, de certa forma, vedada a adoção por casais homossexuais, assim como a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida e, no Brasil, há uma total ausência de regulamentação legal nesse sentido.

Outrossim, destaca-se que, embora ausente a regulamentação das relações paterno-filiais, estas famílias não deixam de existir e, a ausência dessa regularização efetiva implica, sem dúvida, prejuízos para as crianças que fazem parte destas famílias, pois ficam sem qualquer segurança jurídica quando de eventual falta de um dos seus pais ou mães. Dificuldade que pode aparecer, por exemplo, quando do estabelecimento de guarda, da regulamentação de visitas, fixação de alimentos e, ainda, questões sucessórias destes filhos que estão clandestinamente aos cuidados de famílias homoparentais.

Considerando que já está, de certa forma, superada e pacificada a questão do reconhecimento de uniões homoafetivas como família, o desafio é contemporizar o que se busca em uma relação familiar homoafetiva e as consequências que decorrem desse reconhecimento. O que inicialmente se poderia pensar como um problema, sequer deve ser levado em consideração, pois se não houvesse o reconhecimento destas uniões entre pessoas do mesmo sexo como família, não estaríamos discutindo sobre a consequência, visto que estes núcleos familiares já existiam há muito tempo, antes mesmo de serem



ventiladas estas possibilidades legais de reconhecimento destes agrupamentos familiares. Logo, se deve considerar esta problematização como algo muito positivo, na medida em que vários direitos já foram reconhecidos aos homossexuais, já havendo, desde o século passado, uma grande evolução com a quebra de diversos paradigmas da sociedade em relação à temática. No entanto, como toda evolução, esta não ocorre bruscamente, de modo que ainda existe muito a ser enfrentado e superado no tocante às questões que envolvem a homossexualidade.

Destarte, a questão que deve ser destacada, por ora, ante a ausência de legislação, é que quando se fica à mercê do poder Judiciário para o caso concreto, as pessoas ficam vulneráveis à instabilidade do julgador, o qual muitas vezes poderá ainda não estar preparado para a análise questões sensíveis como a que estamos expondo, quando ausente legislação a respaldar. E, por outro lado, em alguns casos poderão não conseguir ficar sem levar para o julgamento a sua carga pessoal e, por vezes, preconceituosa que permeia esse tipo de enfrentamento, o que gera total insegurança jurídica. Quando, além de não se ter qualquer ideia do que pode acontecer, ainda se tem que esperar anos para assegurar regularização de uma guarda, estabelecimentos de visitas, dentre outros aspectos já mencionados. Sendo que o tempo das crianças não é o tempo dos adultos.

Para se chegar às discussões acima expostas a presente pesquisa irá se dividir em três partes: no primeiro capítulo, faremos um breve enquadramento acerca do tema e as dificuldades evolutivas no tocante ao reconhecimento das famílias homossexuais e a constituição das relações homoparentais, com uma breve análise histórica da legalização. Além disso, detalharemos como ocorreu a concretização e o reconhecimento das uniões homossexuais no Brasil e em Portugal, para após, fixada esta possibilidade, realizarmos um apanhado sobre a questão da reprodução e constituição da filiação por parte deste viés familiar. Abordaremos como é que estas famílias homossexuais, legítimas, deverão ou poderão fazer para colocar em prática o seu direito constitucional de filiação, em face da precária ou total ausência de regulamentação legal destas questões levantadas.

No segundo capítulo verificaremos quais os possíveis meios de constituir a filiação para casais homossexuais com a abordagem das leis de procriação medicamente assistida, da adoção e prováveis repercussões que decorrem da utilização destes institutos

jurídicos para a satisfação do anseio das famílias homossexuais em constituírem/exercerem, legitimamente, seu direito de procriação e/ou constituição da filiação; especialmente, as consequências jurídicas do que vem ocorrendo com a legalização das uniões homoafetivas e seus objetivos legais.

Analisaremos a questão das técnicas de procriação medicamente assistida, voltadas para a reprodução humana, em face das novas situações jurídicas sobre os enquadramentos legais dos respectivos acontecimentos científicos, pois, por certo, as descobertas e avanços científicos tem um determinado reflexo social que exigem, do campo do Direito, determinadas concepções técnico-jurídicas que, porventura, na ausência dos acontecimentos, não seriam exploradas e sequer fariam sentido.

Dizemos isso para referir que nem sempre as questões jurídicas acompanham as descobertas científicas, ou melhor, quase nunca acontece desta maneira, visto que, como já referido e, é notória, a velocidade como os acontecimentos médicos-científicos ocorrem são muito mais ágeis que os jurídicos. Tal fato, de certa forma, é natural quando se está no campo das leis: primeiro os fatos se sistematizam perante a sociedade para depois serem inseridos dentro de um ordenamento jurídico como norma legal. O que não poderia ser diferente com os acontecimentos médicos-científicos.

Dessa forma no terceiro capítulo, analisaremos como fica neste íterim. Pois diante desta margem há uma flagrante insegurança jurídica que, no presente trabalho abordaremos de forma mais pormenorizada, no que diz respeito as relações homoparentais. Especialmente por já estar demasiadamente moroso esse percurso entre o que a sociedade já está vivenciando e o que as normas não estão acompanhando.

Com efeito, falaremos sobre como as técnicas de reprodução medicamente assistidas repercutem na família homoafetiva. A referida análise será feita nos termos das disposições legais que regulamentam a procriação medicamente assistida em Portugal, Lei 32/2006 de 26 de Julho. E no Brasil, através da regulamentação esparsa, a qual sequer é feita através de leis. Por outro lado, considerando a legislação existente e, com a modernização de técnicas reprodutivas laboratoriais e avanço de suas aplicações, fazendo com que cada vez mais pessoas tenham acesso, tal problemática tem se feito mais presente, sendo importante o seu amadurecimento e análise diante do enfoque que se

busca. Pois, mesmo que não haja regulamentação destas técnicas, o acesso acaba sendo possível àqueles que pretendem ver o seu direito e anseio de reprodução atendido.

Também consideramos importantíssimo destacar o instituto da adoção, o qual vem sofrendo, nas últimas décadas, diversas mudanças evolutivas, tanto no Brasil, como em Portugal. A evolução vem também no sentido de que, para além de novas famílias para crianças abandonadas e/ou em vulnerabilidade social, ou, ainda, para eventuais suprimentos de vontades de casais que não podem ter filhos naturais (leia-se biológicos), modernamente se busca com o instituto da adoção um objetivo muito mais afetivo para o adotando do que qualquer outro escopo jurídico ou social que porventura já existiu. Busca-se atingir o melhor interesse da criança acima de qualquer outro objetivo, tendo em vista que a criança é sujeito de direitos e não objeto destes.

No entanto, em relação ao tema da adoção por casais homossexuais, percebemos que ainda se trata de um tema muito polêmico e sem qualquer legislação expressa, de forma que se possa admitir que crianças sejam adotadas por casais do mesmo sexo, embora já existam, timidamente, casos concretos que estão dando um grande contributo para o crescimento destas situações. Já existe quem tenha interpretado a Nova Lei da Adoção Brasileira, Lei 12010/2009, no sentido de entender que é possível uma interpretação extensiva e/ou analógica, a fim de prever e legitimar a adoção por casais homossexuais, assegurando a validade do instituto para toda e qualquer pessoa independente da sua opção sexual.

Assim, considerando a já crescente existência de crianças que são colocadas sob a responsabilidade de casais homossexuais, ou então vivem com casais do mesmo sexo, constituindo uma família, optar-se-á por abordar a análise da possibilidade e viabilidade de adoção por casais homossexuais, se fazendo, por consequência, uma indispensável análise do instituto da adoção, na sua forma já existente, seus requisitos, modalidades e efeitos, a fim de poder se fazer uma espécie de comparativo entre as formas de adoção já estabelecidas e a que se pode estabelecer com casais homossexuais.

Também é relevante fazermos um paralelo do que implica esta ausência de regulamentação para a constituição da genuína família homoparental, contemplando, no último capítulo uma abordagem sistemático-prática um pouco mais pormenorizada sobre

os reflexos às relações jurídicas paterno-filiais homoafetivas, com um apanhando de tudo o que foi exposto para a análise do que tem implicado às crianças esta ausência legislativa e como isso se reflete no desenvolvimento e crescimento dos infantes.

No desenvolver da presente dissertação os termos “homossexual” e “homoafetivo” serão referidos no decorrer do trabalho para descrever as pessoas que são atraídas sexualmente e afetivamente por pessoas do mesmo sexo e, quando se fizer necessário, será efetuada uma explicação pormenorizada, caso seja utilizado outro termo. Também, de forma recorrente, inclusive já utilizada nestas notas introdutórias, será contemplado o termo “homoparentalidade”, para referir a existência de dois pais ou duas mães (na forma de um casal do mesmo sexo) que exercem a parentalidade de forma conjunta<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ao explicar a origem da palavra homoparentalidade, Mariana e Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi, referem que o termo foi criado na França, em 1996, pela Associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicos (APGL). No entanto, o termo não é muito utilizado nos países cuja língua materna seja o inglês, cuja denominação por estes utilizada é a *lesbian and gay families* ou de *lesbian and gay parenthood*. Mencionam ainda que pode ocorrer a confusão do termo homoparentalidade com a associação à sexualidade. p. 67/68. FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais sob o olhar da psicologia jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.

## **CAPÍTULO 1: BREVE ENQUADRAMENTO CONCEITUAL/HISTÓRICO ACERCA DA TEMÁTICA**

### **1.1. Algumas noções evolutivas sobre os direitos dos homossexuais**

Para se adentrar e tecer breves considerações acerca da evolução dos direitos dos homossexuais, essencial se fazer uma rápida exposição sobre a história da própria homossexualidade dentro da humanidade, para que se tenha uma visão mais enquadrada da temática e do conceito/preconceito do que será abordado. O cerne da pesquisa não está diretamente relacionado com o histórico da homossexualidade, mas consideramos importante fazer uma breve análise acerca da evolução das relações homossexuais e como eram tidas, para se obter uma visão ampla e, ao mesmo tempo, consistente acerca desta temática. Sua repercussão e evolução são importantes para fundamentar o que será se abordado posteriormente. Dessa forma, poderemos entender melhor a dinâmica dos casais homossexuais, e termos em mente como agem e como constituem a sua própria família.

No início dos tempos, antes mesmo da era Cristã, falar em homossexualidade era tido como algo natural, tão natural quanto a heterossexualidade, havendo, dependendo da sociedade em que as pessoas estivessem inseridas, tratamento diferenciado em face da cultura existente à época. Alguns povos valorizavam esse comportamento e outros rejeitaram a conduta que consistia no envolvimento entre pessoas do mesmo sexo<sup>2</sup>. Os povos que excluíam e marginalizavam esses comportamentos, por certo, deram uma grande contribuição para a origem do desenvolvimento do preconceito acerca do envolvimento entre pessoas do mesmo sexo o qual se tenta analisar e, ao mesmo tempo, desmistificar. Pois, como se verá, a opção sexual da pessoa em nada afeta a sua personalidade como ser humano dotado de direitos e deveres.

---

<sup>2</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008. p. 40.

A homossexualidade, como consabido, faz parte da história da humanidade desde os seus primórdios. Existem relatos de que já ocorriam relações homoafetivas em 2400 a.C., de modo que se tem a clara percepção de que não estamos diante de uma novidade mas, sim, de algo que sempre fez parte das relações interpessoais.

O envolvimento entre homens mais velhos e jovens da mesma orientação sexual era prática natural dentro dos agrupamentos sociais primários. Consideravam que o homem mais velho estaria proporcionando um ensinamento ao mais novo em relação ao descobrimento da própria masculinidade, de forma que estes jovens faziam contatos sexuais tão somente com outros homens, para que tivesse a exata noção dos costumes masculinos do seu povo. No entanto, embora fosse uma prática tradicional na iniciação da vida sexual masculina, haviam aqueles homens que, efetivamente, se sentiam atraídos realmente e, exclusivamente, por outros homens. Mesmo mantendo um envolvimento com mulheres, muitas vezes, este relacionamento existia para fins exclusivos de procriação e perpetuação da espécie humana.<sup>3</sup> Neste caso não podemos esquecer que estamos falando de uma época em que a expectativa de vida era em torno dos 30 anos, ou menos; logo, tais relatos já demonstram a existência do afeto nas relações entre pessoas do mesmo sexo.

No evoluído império Babilônico, não se fazia distinções em relação a sexualidade dos cidadãos, se homossexual, heterossexual ou bissexual, o que era considerado importante era o *status* destes para com as pessoas com as quais se relacionavam. O único dado relevante em relação a atividade sexual era se, quando homossexual, comportava-se como “ativo” ou “passivo”, de modo que a passividade<sup>4</sup> era tida como feminilidade e, conseqüentemente inferioridade, o que poderia ensejar desprezo e desrespeito político.

---

<sup>3</sup> Idem, p.41

<sup>4</sup> “(...) a Grécia Clássica e o Império Romano valorizavam aquilo que se entendia como sexualidade masculina, que era aquela que se relacionava ao parceiro sexual ativo. A conduta do homem passivo era repudiada, por ser vista como uma conduta feminina e não um como um desprestígio homoafetivo. Como a mulher era tida como ‘cidadã de segunda classe’, o machismo existente na época equiparava os homens adultos que se mantinham passivos na relação sexual a elas, no que tange a direitos, sendo apenas isto o que se pode dizer da sexualidade desse período da história humana. Ou seja, *o machismo é a origem remota da homofobia, ou seja, do preconceito e da discriminação contra homossexuais*. Mas, se o homem passivo era amplamente respeitado por outras atitudes suas (como Júlio César, nos campos de batalha), então se fazia vista grossa quanto à questão da sua sexualidade.” Idem, p. 46-47

A homossexualidade na Grécia é relatada através de mitos, lendas, histórias dos Deuses, reis e heróis da época. Era enfrentada com naturalidade, tanto que nos jogos olímpicos os atletas competiam nus e, era proibida a presença de mulheres nestes locais, pois eram impedidas de apreciar a beleza masculina<sup>5</sup>, o que também demonstra o envolvimento que existia entre os homens. Destacando-se que nos exércitos Espartanos era incentivada a participação de homens homossexuais, pois eram mais eficientes em batalha, o que era justificado pela sua proteção ao amado.<sup>6</sup>

Igualmente, na Roma antiga, a homossexualidade era amplamente tolerada, a qual era denominada de sodomia<sup>7</sup>, pois não existia o termo homossexualidade. Tinha-se conhecimento da existência destas relações tanto quanto as relações entre casais heterossexuais, assim como das relações entre homens e escravos e relações extraconjugais. O preconceito era sobre aquele que se submetia a relações passivas, como anteriormente já referido (no Império Babilônico), o que não era tolerado. Associava-se à fraqueza política e de poder. Somente os escravos poderiam, sem qualquer preconceito, desempenhar a posição passiva da relação sexual, em face da sua condição já pré-concebida de inferioridade perante a sociedade.

Tendo em vista que a presente exposição histórica se dará aos saltos, visto que somente é pertinente relatar e demonstrar as características mais relevantes de cada época para a descrição e enfrentamento da temática, passa-se, desde já, a uma breve análise, já considerando a homossexualidade na Idade Média.

Logo, destaca-se, na Idade Média, uma flagrante clandestinidade sobre as relações homoafetivas, pois não se era mais tolerado, tampouco se via como algo natural. O prazer sexual era repudiado e somente admitido quando se punha em causa a reprodução. Nessa fase, a Igreja Católica assume um papel muito importante no que diz respeito à criminalização e repúdio destas relações, nomeadamente em face da Santa Inquisição.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 35.

<sup>6</sup> VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti, op. Cit. Pg. 44.

<sup>7</sup> "sodomia" é a prática sexual em que há penetração do ânus com o pênis. In Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/sodomia>, acesso em 12/05/2014.

<sup>8</sup> Sobre este aspecto ver mais em DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4ªed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

Algumas das justificativas que permeavam as atitudes da Igreja perante a homossexualidade, já que era a grande dominadora da época, é que após as grandes epidemias que atingiram a Europa, como a peste bubônica, por exemplo, houve uma enorme diminuição populacional, se fazendo necessário um incentivo à reprodução. Logo, tais incentivos não eram compatíveis com o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, visto que casais do mesmo sexo não se reproduzem naturalmente. Deste modo, tendo em vista que, na visão da Igreja, tais relacionamentos comprometeriam a manutenção e sobrevivência da raça humana, incentivou-se a já existente criminalização das relações homoafetivas, incluindo a pena de morte<sup>9</sup>. Com o receio de que as pessoas não reproduzissem e houvesse a possibilidade de extinção da raça humana, a Igreja tomou tal atitude.

Outrossim, tais resoluções da Igreja, aliadas aos povos que possuíam aversão aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo como, por exemplo, reis e imperadores totalmente homofóbicos; implementou-se com sucesso, durante o passar dos séculos, a aversão ao comportamento homossexual. Criou-se, então a ideia de ser algo imoral, criminoso e doentio.

Ademais, com o fortalecimento do modelo capitalista, já na Idade Moderna e Pós-Moderna, estereotipou-se que as famílias heterossexuais seriam grandes consumidoras dos produtos que estariam surgindo no mercado, o que também pode ser atribuído ao fato de que as famílias heterossexuais possuem, naturalmente, filhos. Consequentemente, consumiriam mais produtos para suprir suas necessidades, logo, estas famílias heterossexuais seriam mais atrativas economicamente e, assim, mais “incentivadas”. Este é mais um contributo para o decréscimo do reconhecimento das famílias homoafetivas.

Entretanto, a partir do momento em que a homossexualidade deixou de ser considerada doença<sup>10</sup>, cuja classificação era tida como “transtorno mental de

---

<sup>9</sup> GUIMARÃES. Anibal. **Sexualidade heterodiscordante no mundo antigo. *Diversidade sexual e Direito homoafetivo***. Coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 27/35.

<sup>10</sup> Muito desta concepção, de que a homossexualidade era considerada uma doença, está atribuído ao que defendia Freud: “A posição de Freud, que em muito influenciou nas concepções sobre a homossexualidade, é confusa em decorrência de uma contradição entre o início e o final de sua obra. A princípio, através de seu consagrado “complexo de Édipo”, Freud classificou o amor por pessoas do mesmo sexo como uma desordem no desenvolvimento da sexualidade humana, no sentido de que a ausência paterna durante a



comportamento”, deixando, de igual sorte, de constar no Catálogo Mundial das Doenças<sup>11</sup>, é que passou a ser mais respeitado o sujeito que tinha esta característica.

Também, no final do século passado, no ano de 1974, a Associação Americana de Psiquiatria afirmava que a homossexualidade deixava de ser considerada uma doença, da ordem de “perturbação mental”, o que igualmente motivou sua retirada na Classificação Internacional das Doenças, CID 10, no ano de 1993. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, no ano de 1985 e o Conselho Federal de Psicologia, no recente ano de 1999, afirmam que a homossexualidade não se trata de uma doença, sequer um desvio psicológico, tampouco uma perversão, o que ensejou a Resolução 01/1999<sup>12</sup>. Levando também a alteração da própria denominação, com a mudança do sufixo “ismo”, que significa doença para o sufixo “dade”, que significa modo de ser<sup>13</sup>.

Em Portugal, também recentemente, dadas as notas históricas, no ano de 2009, o Colégio de Especialidade de Psiquiatria da Ordem dos Médicos manifestou-se, oficialmente, no sentido de expor o consenso entre os psiquiatras do país, para argumentar que a homossexualidade não seria passível de tratamento, visto que sequer trata-se de uma doença.<sup>14</sup>

Nesse sentido, com as novas convenções médicas sobre a homossexualidade, passa-se, de forma muito sutil, a um caminhar lento para o reconhecimento destes relacionamentos, com uma visão menos preconceituosa. Muito embora ainda exista, nos dias atuais, principalmente naqueles países em que há o predomínio da religião islâmica,

---

*infância e a violência repressiva do pai ensejariam, respectivamente, as homossexualidades masculina e feminina. Disso se vê de onde surgiu a ideia de que todo o ser humano nasceria bissexual e com o tempo teria a sua sexualidade definida (ainda que permanecesse bissexual), sendo socialmente aceita apenas a variação heterossexual.”* VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2008. p. 60.

<sup>11</sup> RIOS. Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.

<sup>12</sup> Acesso em 05/05/2014: [http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999\\_1.pdf](http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf)

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual – aspectos sociais e jurídicos**. <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30790-33002-1-PB.pdf>, acesso em 16/06/2014.

<sup>14</sup> A íntegra do parecer do Colégio da Especialidade de Psiquiatria da Ordem dos Médicos Portugueses, encontra-se disponível em: <https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=15d4e891d784977cacbfcb00c48f133&id=6449f44a102fde848669bdd9eb6b76fa>, acesso em 09/05/2014.

a criminalização das pessoas que manifestam (a sua homossexualidade) uma vez que a maioria dos muçulmanos são profundamente homofóbicos<sup>15</sup>.

Entretanto, como já colocado, no início das civilizações, não havia qualquer tratamento diferenciado frente àqueles que se relacionavam com pessoas do mesmo sexo, ao contrário, verificou-se que até eram incentivadas as relações entre homens mais velhos e jovens. Inclusive, era honroso para o jovem ser escolhido por um homem mais velho para lhes serem transmitidas as tradições masculinas. Com a evolução dos tempos, a inserção e o crescimento da religiosidade, mais precisamente, na Idade Média, o relacionamento homossexual passa a ser visto de uma outra forma e podemos ver passagens bíblicas onde há menção sobre a criminalidade do contato homossexual. Logo, sendo criminalizado o envolvimento sexual entre pessoas do mesmo sexo, a clandestinidade passou a ser uma regra dentre aqueles que mantinham essa opção, a qual por certo, não deixou de existir, em face do repúdio político-religioso.

Nas últimas décadas, já se pode afirmar que há um tímido e crescente reconhecimento dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, o que tem ensejado maior publicidade destes. Aliado a isto, já podem utilizar-se do reconhecimentos de alguns direitos, deveres e garantias.

Logo, considerando a evolução histórica das relações homossexuais, mesmo que de forma breve, pode-se ter em mente que houve uma oscilação entre o reconhecimento do envolvimento afetivo homossexual para, após, haver um longo período de repúdio às relações homoafetivas, para, somente agora, neste último século, estarmos caminhando para uma consciência de que devemos tratar de forma igualitária todas as pessoas, independentemente da sua opção sexual.

Um caso curioso, no tocante aos registros históricos sobre a homossexualidade, é o fato de que, na sua maioria, são relatos sobre relações entre homens, e não sobre as relações homossexuais femininas. Elas existiam, mas não eram consideradas para fins de

---

<sup>15</sup> Homofobia: Repulsa ou preconceito contra a homossexualidade ou os homossexuais. in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/homofobia> consultado em 26-05-2014.

estudo e registro, dessa forma, se extrai também a maneira preconceituosa como, desde os primórdios, a mulher é tratada. Tal questão reflete, também, hodiernamente no enfrentamento das relações homoafetivas. Menciono somente a título de curiosidade, pois adentrar neste aspecto da questão acerca da homossexualidade feminina e preconceito em face da mulher estaríamos a sair do foco e haveria muito o que se analisar.

Dito isto, imperioso mencionar que, embora a história da humanidade, em relação aos homossexuais, seja arraigada de preconceito, é inegável e visível que as relações homoafetivas sempre foram fulcradas no afeto e no desejo íntimo do bem-estar com o outro. Independentemente da pessoa com quem se está relacionando, são pessoas que procuram estar bem afetuosamente com o seu parceiro ou sua parceira.

Desta feita, falaremos, a seguir, a partir destes reconhecimentos sobre a constituição e reconhecimento familiar homoparental, como têm sido recepcionadas estas questões, tanto no Brasil como em Portugal. Analisadas as relações homossexuais masculinas e femininas, de forma indiscriminada, iniciaremos pela aplicabilidade do princípio da igualdade.

## **1.2. Direito à igualdade dentro da temática apresentada**

A análise acerca da igualdade, como direito fundamental, e a norma constitucional que a consagra, será feita dentro da perspectiva da relação intersubjetiva (como origem da igualdade). Após, consideraremos o direito à igualdade dentro do contexto das relações entre pessoas do mesmo sexo e a sua aplicabilidade, inserida nas relações homoparentais, perante o sistema jurídico, que se inserem.

Os homens são seres essencialmente sociais. Eles sentem a necessidade de agruparem-se comunitariamente, conviver uns com os outros, ou seja, os indivíduos dependem da convivência para se comunicarem entre si e, assim, fazerem-se compreender enquanto indivíduos ou individualidades.

Nesse contexto, os indivíduos que formam determinado grupo estabelecem entre si relações intersubjetivas nas quais se identificam, mutuamente, direitos, mas que, eventualmente, podem ser conflituosas. O conflito se dá pelo desrespeito da esfera de

direitos do outro, ou seja, uma conduta desarmônica com o comportamento aceitável em certo contexto social invade, rompe, desrespeita a individualidade do semelhante.

Acreditamos que nessas relações, em que os indivíduos são iguais enquanto seres humanos, esse desrespeito fere um direito que compõe a própria condição de ser humano, ou seja, a dignidade da pessoa humana<sup>16</sup>. Desse modo, a igualdade é um direito que compõe a esfera de direitos do ser humano e que se concentram, aparentemente, na noção da dignidade da pessoa. Podemos afirmar que a dignidade, enquanto uma condição natural de todo ser humano, consagra a necessidade de reconhecer a igualdade como direito de qualquer indivíduo.<sup>17</sup>

A dignidade, bem como a igualdade, referem-se, portanto, a uma esfera mínima de direitos inerentes à própria condição humana, à condição de ser dotado de inteligência, liberdade e capacidade de distinguir e escolher suas próprias opções de acordo com a sua íntima convicção.

Além disso, não podemos deixar de ressaltar que o Estado brasileiro é fundado no valor<sup>18</sup> dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o art. 1.º, inciso III da Constituição Federal Brasileira, de forma que o respeito por essa dignidade, de todo e qualquer homem, quaisquer que sejam as suas particulares convicções e modos de vida, é uma consequência

---

<sup>16</sup> Direcionando para o Direito de Família, o princípio da dignidade da pessoa humana, nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira é um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Não é mais possível pensar em direitos desatrelados da ideia e conceito de dignidade. Embora esta noção esteja vinculada à história do Direito Privado, ela tornou-se também um dos pilares do Direito Público, na medida em que é o fundamento primeiro da ordem constitucional e, portanto, o vértice do Estado de Direito. A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. São, portanto, uma coleção de princípios éticos. (...) a noção de direitos humanos só pôde ser desenvolvida porque sua base de sustentação está a dignidade de todo e qualquer ser humano, ou seja, na ideia dos Direitos Humanos está a certeza de que determinados direitos devem ser atribuídos às pessoas por uma mesma causa universal e acima de qualquer arbítrio humano. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.98.

<sup>17</sup> Neste sentido expõe Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) verifica-se que o dispositivo constitucional (texto) no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (...), contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, normas(s) definidoras(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais.” SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *op cit*, p. 71.

<sup>18</sup> Por isso, afirma Nicola Abbagnano, que o princípio da dignidade deve ser entendido como exigência imperativa, um valor que é absoluto por ser simplesmente intrínseco ao ser humano. (ABBAGNANO, Nicola, *Dicionário de filosofia*, Tradução de Alfredo Bosi, 2.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 276).

lógica. É partindo dessa perspectiva que a dignidade da pessoa humana exige o respeito à igualdade entre todos os homens.

Não é outro o sentido e tratamento dado ao valor dignidade da pessoa humana dentro do Estado português, como pode ser percebido também, já no artigo primeiro da Constituição da República Portuguesa.<sup>19</sup>

Assim, consagrada a dignidade como um valor, tanto no Estado brasileiro, como no português, pode-se afirmar, conforme ensinamento de Canotilho e Vital Moreira, que a base da igualdade é *“a igual dignidade social de todos os cidadãos – que, aliás, não é mais do que um corolário da igual dignidade humana de todas as pessoas(...) –, cujo sentido imediato consiste na proclamação de idêntica validade “validade cívica” de todos os cidadãos, independentemente da sua inserção econômica, social, cultural e política, proibindo desde logo formas de tratamento ou de consideração social discriminatórias.”*<sup>20</sup>

Concluem, os referidos autores, que a igualdade regula não só as relações entre os cidadãos e o Estado, mas também se configura em norma de estatuto social dos próprios cidadãos, dando *status* social ao cidadão perante a coletividade.<sup>21</sup> Donde se extrai que as relações privadas devem de igual sorte, serem assentadas na igualdade de tratamento.

Dito isso, destacamos a consagração da igualdade como norma-princípio para podermos fixar a ideia de que a igualdade é inerente à própria condição humana, o que, por si só, já justifica a sua qualificação como direito fundamental de todo homem. Porém, a doutrina tem sustentado que a qualificação do direito em fundamental se dá com a sua positivação. Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que direitos e garantias fundamentais são *“aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”*.<sup>22</sup>

Nesse contexto, a igualdade consagrada e concretizada em norma constitucional, portanto, positivada na lei maior dos sistemas jurídicos, assegura a isonomia entre os

---

<sup>19</sup> Artigo 1.º República Portuguesa: Portugal é uma República soberana, **baseada na dignidade da pessoa humana** e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Consulta on line <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, acesso em 26/05/2014, grifo nosso.

<sup>20</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *op cit*, p. 126.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> SILVA, Afonso José da. *op cit*, p.178.

indivíduos enquanto direito fundamental de qualquer cidadão. Além disso, especificamente quanto ao direito à igualdade podemos identificá-lo como direito de primeira dimensão ou geração<sup>23</sup>. Nesse sentido, o autor referido cita, como exemplos desse rol de direitos inerentes ao ser humano, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Caracterizada a igualdade como um direito fundamental de primeira geração, devemos observar que espécie de norma consagra tal valor, pois, como já abordado anteriormente, as normas constitucionais sempre possuem um significado importante no contexto sistemático.

A melhor doutrina costuma afirmar que a igualdade é um direito fundamental consagrada por uma norma-princípio. Como norma-princípio configura-se em mandamento central do sistema, disposição fundamental que se reflete nas demais normas do ordenamento, por ser um limite definidor da lógica e da racionalidade do sistema normativo, por isso, propicia e auxilia a inteligência das diferentes partes componentes de todo sistema jurídico positivo.<sup>24</sup>

O princípio da igualdade, valor indispensável para a estruturação do ordenamento jurídico, é um dos pilares dos fundamentos constitucionais e, assim, inerente ao conceito e concepção de Estado Democrático de Direito, inseridos nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal, os quais estão expressos em suas cartas magnas. Pois ambos os países tem por escopo utilizar os direitos fundamentais, principalmente o direito fundamental da igualdade, para alcançar a todos os indivíduos uma participação dentro do Estado, a fim de

---

<sup>23</sup> Nesse sentido, Ingo afirma que os direitos fundamentais assim classificados são: “*o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”* SARLET, Ingo Wolfgang. *op cit*, p. 56.

<sup>24</sup> CUNHA, Elke Mendes Cunha; FRISONI, Vera Bolcioni. **Igualdade: Extensão Constitucional**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 4, nº 16, julho – setembro de 1996, p. 249.

que todos os cidadãos tenham uma participação efetiva na estruturação política, econômica e social.<sup>25</sup>

Para além de princípio estruturante, a igualdade deve configurar-se em meta a ser atingida pelo próprio Estado em toda a sua atuação.<sup>26</sup> Dessa maneira, em relação ao que preconiza Joaquim Canotilho e Vital Moreira, podemos afirmar que o princípio da igualdade é norma definidora de sua imposição ao direito, garantindo a participação dos cidadãos na política do Estado e nas exigências da eliminação das desigualdades existentes.<sup>27</sup>

Sendo a norma dos direitos fundamentais utilizada como instrumento para realizar a homogenia entre as pessoas, de modo que se coaduna mais com a conceituação de princípio, da espécie princípio-garantia<sup>28</sup> porque visa instituir direta e imediatamente uma garantia aos cidadãos, um direito de primeira geração<sup>29</sup>, com característica de autêntica norma jurídica com força determinante, positiva e negativa. A norma instituidora dos direitos fundamentais não é uma regra, pois não exige, proíbe ou permite algo em termos

---

<sup>25</sup> Neste sentido, explica Joaquim Canotilho: “ *O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialecticamente a dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social. Na sua dimensão liberal, o princípio da igualdade consubstancia a idéia de igual posição de todos os cidadãos, independentemente do seu status, perante a lei geral e abstracta, considerada subjectivamente universal em virtude da sua impessoalidade e da indefinida repetibilidade na aplicação. A dimensão democrática exige a explícita proibição de discriminações (positivas e negativas) na participação no exercício do poder político, seja no acesso a ele (sufrágio censitário, etc), seja na relevância dele (desigualdade de voto), bem como no acesso a cargos públicos (...). A dimensão social acentua a função social do princípio da igualdade, impondo a eliminação das desigualdades fácticas (econômicas, sociais e culturais), de forma a atingir-se a igualdade real entre os portugueses*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *op cit*, p. 125-126.

<sup>26</sup> Parece ser por isso que César de Moraes Sabbag afirma: “Reais promessas de igualdade material podem exsurgir dos comandos, ainda que essencialmente programáticos, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais reduzir as desigualdades sociais (...), a repulsa a qualquer forma de discriminação (...), a universalidade da seguridade social(...)” Idem, p. 90.

<sup>27</sup> “(...) o princípio da igualdade é estruturante do Estado de direito democrático e social, dado que: a) impõe a igualdade na aplicação do direito, fundamentalmente assegurada pela tendencial universalidade da lei e pela proibição de diferenciação de cidadãos com base em condições meramente subjectivas (igualdade de Estado de direito liberal); b) garante a igualdade de participação na vida política da colectividade e de acesso aos cargos públicos e funções políticas (igualdade de Estado democrático); c) exige a eliminação das desigualdade de facto para se assegurar uma igualdade material no plano econômica, social e cultural (igualdade de Estado de direito social)” Idem.

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op cit*, p. 1041.

<sup>29</sup> Utilizando-nos das palavras de Canotilho “A primeira seria a dos direitos de liberdade, os direitos das revoluções francesas e americana; a segunda seria a dos direitos democráticos de participação política; a terceira seria a dos direitos sociais dos trabalhadores; a quarta dos *direitos dos povos*” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op cit*, p. 384.

definitivos sem exceção. De tal sorte, os princípios não só apontam valores de forma explícita, como também instituem espécies próprias de comportamento em sociedade. Portanto, as normas estão vinculadas a uma exegese principiológica a fim de que possamos compreender com efetividade a normatividade do sistema.

Desta feita, aliado ao novo comportamento contemporâneo da sociedade e sua evolução, devemos considerar a aplicabilidade desta norma-princípio, leia-se direito da igualdade, como acima destacado, para, impreterivelmente e indiscriminadamente, ser aplicada de modo a promover aos cidadãos que optam por ter uma orientação sexual diferente do dito padrão<sup>30</sup>, um tratamento igualitário tanto formal quanto material, com a inclusão de casais homoafetivos a questões voltadas a constituição da filiação de forma legítima e ausente de qualquer espécie de preconceito.

Pois, ao afirmar que o direito da igualdade é uma norma-princípio, considerando a sua flexibilização e amplitude de aplicabilidade, vê-se que, não há qualquer regra, norma, ou princípio, que determine a aplicabilidade distinta de certas leis a certos tipos de pessoas. Não existe justificativa jurídica plausível para a existência de qualquer forma de discriminação, não se pode invocar a igualdade material para sustentar uma ausência de normas que identifiquem e permitam ao cidadão a garantia da sua igualdade formal. A legitimidade da diferenciação das pessoas somente pode se pautada nas diretrizes constitucionais, ou seja, deve estar justificado o tratamento desigual, ponderado este em um raciocínio lógico-racional amparado nas diretrizes constitucionais asseguradas.<sup>31</sup>

Ao mencionarmos a aplicação do princípio da igualdade àqueles que optam por relacionarem-se com pessoas do mesmo sexo, via de regra, e de forma natural em nada deveria ser diferenciado daqueles que possuem a orientação sexual heterossexual, tendo em

---

<sup>30</sup> Diz-se padrão, para mencionar, diante de todo o contexto histórico, que é o comportamento sexual adotado pela maioria da sociedade, ao menos de forma expressa. Se assim considerarmos a heterossexualidade como padrão.

<sup>31</sup> Nesse sentido vale mencionar as disposições de Raupp Rios “(...) a dimensão material do principio da igualdade torna inconstitucional qualquer discriminação que utilize preconceitos ou lance mão de juízos mal fundamentados a respeito da homossexualidade. Vale dizer, em cada uma das questões onde surgir a indagação sobre a possibilidade da equiparação ou da diferenciação em função da orientação sexual, é de rigor a igualdade de tratamento, a não ser que fundamentos racionais possam demonstrar suficientemente a necessidade de tratamento desigual, cujo ônus de argumentação será tanto maior quanto mais intensa for a distinção examinada”. RIOS. Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 135-136.



vista, primordialmente que, antes de qualquer outra questão a ser levantada, são todos seres humanos, sendo todos abrangidos pelo manto da igualdade e da dignidade da pessoa humana, direitos e normas constitucionalmente previstas, que a todos são assegurados.<sup>32</sup>

Outrossim, não obstante as já existentes garantias constitucionais, tendo em vista que estas não têm sido suficientes para o alcance do previsto constitucionalmente no que toca o tratamento igualitário nas famílias homoparentais, há proposta de Emenda à Constituição Brasileira, para que seja incluído no texto constitucional, de forma expressa, os termos que permitam o tratamento igualitário a qualquer pessoa independentemente da sua opção sexual<sup>33</sup>. Bem como, dentro desta perspectiva para assegurar a plena aplicabilidade destes direitos, tenta-se a aprovação de um Estatuto denominado Estatuto da Diversidade Sexual, o qual visa regulamentar a maior parte das situações em que possa haver discriminação em relação a esta diversidade.

---

<sup>32</sup> Importante destacar que: “...o princípio da igualdade é não apenas um princípio de Estado Democrático de direito mas também um princípio de Estado social. Independentemente do problema da distinção entre «igualdade fática» e «igualdade jurídica» e dos problemas econômicos e políticos ligados à primeira (ex.: políticas e teorias da distribuição e redistribuição de rendimentos), o princípio da igualdade sob o ponto de vista jurídico-constitucional, assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidade (Equality of opportunity) e de condições reais de vida. Garantir a «liberdade real» ou «liberdade igual» (gleiche Freiheit) é o propósito de numerosas normas e princípios consagrados na Constituição...Esta igualdade conexas-se, por um lado, com uma política de «justiça social» e com concretizações das imposições constitucionais tendentes à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais. Por outro lado, ela é inerente à própria ideia de igual dignidade social (e de igual dignidade da pessoa humana) consagrada no artigo 13.º/2 que, desse modo, funciona não apenas com fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, objectivas e subjectivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e com o princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalmente por omissão)” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª. Ed. Editora Livraria Almedina, p. 392-393.

<sup>33</sup> Alguns defendem a diferenciação entre o conceito de pessoas do mesmo sexo e as pessoas do mesmo género sexual, pois ante a análise biológica e fisiológica pode dizer que um casal homossexual é constituído por pessoas do mesmo sexo, no entanto, sociologicamente, podemos dizer que esse mesmo casal de pessoas do mesmo sexo é composto por pessoas de géneros sexuais diferentes, tanto que no cenário atual europeu estão abrangidos pela tutela da violência ante a diferença de géneros os casais do mesmo sexo. Pois, nesta ideia sociologia, embora se esteja diante de um casal do mesmo sexo, cada um exercerá dentro do seu contexto familiar o seu respectivo papel, o que se coaduna com a diferença de género que se defende. O que se encaixa na atual e dinâmica orientação familiar. Justificando também que seja, desta forma englobadas toda e qualquer expressão que possa identificar preconceitos em relação a opção sexual. Ainda, nesse sentido, importante referir que o conceito de Sexo pertence ao domínio da biologia e traduz o conjunto de características biológicas e fisiológicas que distinguem os homens e as mulheres. Por oposição, o conceito de Género é um conceito social que remete para as diferenças existentes entre homens e mulheres, diferenças essas não de carácter biológico, mas resultantes do processo de socialização. O conceito de género descreve assim o conjunto de qualidades e de comportamentos que as sociedades esperam dos homens e das mulheres, formando a sua identidade social. Conceitos retirados [http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/caritas/CadernoCaritas\\_Fasciculo\\_I.pdf](http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/caritas/CadernoCaritas_Fasciculo_I.pdf), acesso em 16/06/2014.

Aliado a estes mecanismos, existe no âmbito europeu a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e também um Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação, diretrizes que orientam os países da União Europeia, no qual faz parte Portugal, a tomarem atitudes jurídicas não discriminatórias. Sendo que este manual foi elaborado em face de que o Tratado de Lisboa conferiu força jurídica vinculativa ao primeiro, prevendo a adesão da união Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>34</sup>.

Dito isto, a contrário *sensu* do que já foi abordado acima, para destacar o princípio da igualdade, dentro da concepção apresentada, far-se-á uma análise das formas de discriminação que as pessoas que optam por uma relação afetiva com pessoas do mesmo sexo sofrem, pois, conforme referido supra, as normas constitucionais não tem sido suficientes para assegurar a aplicação igualitária de direitos, sendo necessário a confecção de normas ordinárias, manuais, diretrizes e tratados para reforçar e forçar o reconhecimento destes direitos. O que se vê é que na parcela da população que opta por se relacionar com pessoas do mesmo sexo, o seu direito a igualdade de tratamento não tem sido observado, tampouco formalmente, na medida em que, embora existam projetos, não se estabelecem diretrizes legais vigentes para assegurarem o seu direito a constituir a família, nomeadamente em ter filhos, o que é constitucionalmente garantido a todos, homo ou heterossexuais.

Outrossim, embora seja essa a interpretação natural e sistemática que dever-se-ia ser aplicada, infelizmente não é o que ocorre. Pois é consabido que a sociedade é preconceituosa e despreparada para o enfretamento das diferenças, razão pela qual se faz necessário evidenciar que a todos devem ser aplicados estes princípios. Ademais, somente se fazem necessárias leis infraconstitucionais deste viés, quando há ferimento destes princípios que devem ser corolários de qualquer relação humana, a fim de possibilitar

---

<sup>34</sup> Encontra-se na íntegra o referido manual em [http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_non\\_discr\\_law\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_law_POR.pdf), e a Carta dos direitos fundamentais da união europeia em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF> acesso em 10/07/2014.

orientações e posicionamentos não discriminatórios, para que todas as pessoas sejam tratadas de forma igualitária.

Referimos isso porque os homossexuais estão buscando, cada vez mais, o seu legítimo espaço na sociedade e, mesmo com uma certa dificuldade de enquadramento e equiparação, têm buscado e alcançado este lugar como pessoas humanas que são, independente da sua orientação sexual, tendo em vista que são pessoas que trabalham, vivem, constituem suas famílias com seus filhos e querem o melhor para os seus filhos<sup>35</sup>.

Lembramos que o princípio da igualdade é considerado o parâmetro de aplicação da justiça. Como pensar em justiça quando não há aplicação do princípio da igualdade para toda e qualquer pessoa de forma isonômica?

O que se pretende com o enfrentamento dos direitos dos homossexuais como seres humanos, como qualquer outro, é apenas a aplicabilidade dos direitos e garantias que lhes são inerentes. Não se pretende mudar ou tentar convencer as pessoas sobre suas íntimas e próprias convicções sobre a homossexualidade. Visto que, a íntima convicção sobre determinados conceitos é plenamente respeitável e imutável à medida que isso não interfira na plenitude dos direitos e garantias do outro. A igualdade não deve estar atrelada às íntimas convicções de cada pessoa, pois isso insere-se na liberdade de pensamento de cada um. Entretanto, deve-se respeitar o próximo no sentido da aplicabilidade da isonomia como dever absoluto para que não exista uma da desigualdade material desproporcional.

O Direito à igualdade prega que as pessoas devem ser livres para optarem sobre qual será o seu modo de vida, sem que isso implique, em determinada forma, um tratamento desigual. Os seres humanos devem ser tratados sem qualquer distinção, dado que podemos também atribuir ao direito fundamental e personalíssimo de escolha da sua própria orientação sexual.

---

<sup>35</sup> Tanto que neste sentido, recentemente no ano de 2004, ocorreu uma alteração na Constituição Portuguesa que acrescentou ao final do número 2 do artigo 13, em que trata do princípio da igualdade que ninguém deve ter tratamento diferenciado em face da sua opção sexual, nos termos da Lei 1/2004 de 24 de julho. Artigo 13 da Constituição da República Portuguesa: 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

A realidade contemporânea busca uma construção e reconstrução do que podem ser relacionamentos afetivos entre pessoas a partir do respeito à diferença, especialmente daquela em que a orientação sexual é a homossexual. Se todos fossem iguais e tivessem as mesmas escolhas, não era necessária esta incansável e interminável busca pela aplicação da igualdade entre as pessoas, no sentido de dignificar as relações humanas intersubjetivas. Trata-se, na realidade, de uma profunda quebra de paradigmas. Sendo que as transformações sociais exigem do ordenamento jurídico uma adequada interpretação da norma, sob pena da inaplicabilidade ou da errônea aplicabilidade dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, consubstanciado na igualdade dos cidadãos e na dignidade da pessoa humana<sup>36</sup>.

O que se pretende, - depois de assimilada a concreção do que é e como se aplica o direito, norma-princípio da igualdade-, no caso dos homossexuais é, antes de mais, a aplicação do princípio da igualdade dentro da formalidade existente. Respeitadas as diferenças com a aplicação da igualdade material, busca-se, na realidade, a igualdade de tratamento estabelecida para todo e qualquer ser humano, ou seja, se quer que as regras existentes a todos aqueles que pretendem ter filhos e pretendem constituir família sejam iguais, independentemente da sua opção sexual. As regras e normas infraconstitucionais para a formação destas relações intersubjetivas já existem, devem é ser aplicadas a todos, sem qualquer distinção.

Feita uma abordagem histórica acerca da homossexualidade, bem como, sobre a incidência do direito da igualdade nestas relações, tendo claro que estas relações sempre existiram e que merecem o tratamento igualitário estabelecidos nas cartas constitucionais, faremos, a análise legal de como as leis infraconstitucionais do Brasil e de Portugal têm regulado as uniões entre casais do mesmo sexo.

### **1.3. Regulamentação do casamento entre pessoas do mesmo sexo**

---

<sup>36</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2005, p. 141.

### 1.3.1. No Brasil

Embora seja cada vez mais crescente, nos Tribunais do Brasil, quem argumente no sentido da possibilidade jurídica de uniões civis de casais do mesmo sexo, ainda não há qualquer legislação regulamentando estas situações. O que existe é a jurisprudência tomando as vezes de legislativo que, a partir do caso concreto, tem lançado parâmetros de decisão e orientações jurisprudenciais no sentido de legitimar aqueles que pretendem viver juntos perante a lei, sem qualquer inibição ou distinção por serem do mesmo sexo. O reconhecimento tem sido em relação às uniões estáveis (em Portugal denominadas Uniões de Facto) e, mais recentemente, o STJ julgou procedente um recurso especial para deferir a habilitação de um casal de lésbicas para o casamento.<sup>37</sup> Esta decisão do Superior

---

<sup>37</sup> Consiste a Emenda da Decisão do Recurso especial proferido pelo STJ, disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico em 01/02/2012: “DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Trib2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família .

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento- diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve

Tribunal de Justiça Brasileiro levou em consideração outras duas decisões do Supremo Tribunal Federal (guardião da Constituição) que foram um “divisor de águas” de forma a pacificar os anseios de quem pretende regularizar as suas uniões perante o Estado, e com isso passar a ter os seus direitos e deveres regulamentados perante o direito de família, como toda e qualquer família, já que reconhecidos como entidades familiares. Tais reconhecimentos foram decididos pela Corte Suprema do Brasil nos recursos ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) n°. 132/RJ e da ADI (Ação Direita de Inconstitucionalidade) n°. 4.277/DF.

No entanto, imperioso mencionar que o poder vinculante destas decisões é discutível, de modo que nem sempre se tem uma uniformização imediata das decisões.

---

facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família . 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença . Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela

forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido. Acesso em 02/06/2014: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel\\_Geral/Registros\\_Publicos/Jurisprudencia\\_registros/STJ-%20REsp%201183378-casamento%20homoafetivo.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/Registros_Publicos/Jurisprudencia_registros/STJ-%20REsp%201183378-casamento%20homoafetivo.pdf)

Logo, embora a dominante jurisprudência esteja decidindo desta forma, quando não existe legislação amparando, permanecem as inseguranças jurídicas. Pois, somente a partir do caso concreto é que se poderá ter algum tipo de solução jurídica.<sup>38</sup>

O projeto de Lei 1.151/95 que ainda está em tramitação perante o Congresso Nacional Brasileiro acerca da união de pessoas do mesmo sexo, busca regulamentar o direito à herança, sucessão, benefícios previdenciários, seguro saúde conjunto, declaração conjunta do imposto de renda e o direito à nacionalidade no caso de estrangeiros. O referido projeto, não denomina as uniões como casamento, mas sim como uma união civil. A autora do projeto (deputada Marta Suplicy) buscou destacar a diferença entre uniões de pessoas do mesmo sexo, uniões estáveis entre heterossexuais e o casamento.

Assim como o projeto referido, há o Estatuto da diversidade sexual, já mencionado, que de igual forma também busca regulamentar todas as questões controversas no que tange o direito de família e regularização das relações homoafetivas, inclusive as relações paterno-filiais.

Entretanto, o que se vê, passados tantos anos do projeto inicialmente referido, que sequer foi devidamente votado dentro dos trâmites legislativos regulares e que, tampouco entrou em vigor, é que está já obsoleto e em desacordo com o que vem decidindo a maioria dos Tribunais Superiores, ao equiparar sem qualquer distinção, uniões estáveis e casamentos homo e heterossexuais. Sendo desta forma o projeto deficitário no tocante a muitas questões, nomeadamente no que diz respeito à filiação, tanto que já foi elaborado um novo e mais recente projeto de lei, denominado Estatuto da Diversidade Sexual, que procurou abranger as questões que já estavam obsoletas.

A ideia anterior e, ainda atual para alguns doutrinadores e julgadores no Brasil, é que a união homoafetiva deve ser considerada como mera união de fato, para remeter eventual discussão ao direito das Obrigações, deixando-os à margem da proteção do manto do Direito de Família, repudiando a ideia legítima de entidade familiar constituída por estas pessoas. Nesta linha, a relação entre conviventes homoafetivos era tida por uma pessoa que era o sujeito passivo, devedor da obrigação e o sujeito ativo, credor,

---

<sup>38</sup> Embora não haja legislação regulamentando as uniões homoafetivas, o CNJ, Conselho Nacional de Justiça, emitiu Portaria (com cunho administrativo) para vincular decisões dos cartórios para que aceitassem habilitações de casamento de casais homoafetivos.

perfectibilizando a chamada relação obrigacional. Tal ideia é a mesma que se enfrentou antes do reconhecimento constitucional das uniões estáveis, antes da Constituição de 1988, em que não eram consideradas como entidades familiares, logo, não eram tratadas como tal, e eram albergadas somente pelo direito das obrigações. Entretanto, com o reconhecimento constitucional destas entidades familiares, passou-se a reconhecê-las como famílias, estando então amparadas por todos os deveres e garantias do Direito de Família, uma vez que tratam-se de relações mais sensíveis que os Direitos de Crédito, merecendo diferenciado tratamento, o que deve de igual forma se dar com as relações homoafetivas<sup>39</sup>.

Aqueles que mencionam a existência da impossibilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>40</sup> usam o argumento que, tanto na Constituição como na Lei ordinária, quando se define casamento, usa-se a união civil entre duas pessoas, homem e mulher, como se vê no artigo 1514 do Código Civil Brasileiro<sup>41</sup>, entretanto, cumpre-se mencionar que quando foram elaboradas, tanto a Constituição como o Código Civil, não se levantavam, com o fervor atual, estas questões das uniões homoafetivas. Donde torna compreensível que usassem as expressões homem e mulher para conceituar casamento.

---

<sup>39</sup> Explica também esta linha de raciocínio Mário Júlio de Almeida Costa ao referir que: “*as relações familiares possuem natureza duradoura, geram «estado de família» (o estado de casado, o estado de divorciado, o estado de filho, etc.), enquanto as relações obrigacionais são em regra transitórias; os direitos e os negócios familiares encontram-se taxativamente previstos e disciplinados na lei, quer dizer, impera o princípio do «numerus clausus» (ou da tipologia taxativa) e o princípio da taxatividade (ou da taxatividade de conteúdo) dos direitos de família, contra o que se passa nos direitos de crédito.*” COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12ª ed. ver. e act. (Manuais universitários). Editora Livraria Almedina. 2009. p. 125-126.

<sup>40</sup> Sobre a invialidade do casamento homossexual, menciona Vecchiatti *op. cit.*, p. 272-273: “*Apesar de ser clara, em uma visão estritamente jurídica da questão, a possibilidade do casamento homoafetivo, a grande problemática consiste no fato de que, historicamente, o casamento (civil e especialmente religioso) ter sido realizado basicamente entre pessoas de sexo diverso. Os opositores do reconhecimento da possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo utilizam como um de seus ‘fundamentos’, o fato de que o matrimônio sempre foi realizado por heterossexuais, donde entendem que somente a união heteroafetiva poderia ser consagrada pela lei. Como se vê, os defensores dessa tese também entendem que o casamento civil seria uma ‘instituição’, algo imutável mesmo com a evolução do pensamento social. Nessa seara, entra-se na célebre discussão acerca da natureza jurídica do casamento: se seria um contrato, uma instituição ou um misto entre contrato e instituição. Mesmo sem adentrar nessa polemica discussão, que divide juristas até hoje, um aspecto que deve ser ressaltado de plano é o que, a partir do momento em que uma ‘instituição’ é inserida em um ordenamento jurídico, deve ela respeitar obrigatoriamente os princípios que regem a ordem jurídica em questão. Não importa a origem desta, se religiosa, cultural ou qualquer outra: deve ela obrigatoriamente obedecer aos ditames legais que regem o Direito que a consagra, mesmo que isso venha eventualmente a alterar parte do seu conteúdo histórico ‘pré-jurídico’.*”

<sup>41</sup> Artigo 1.514 do Código Civil Brasileiro: O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.



Entretanto, a evolução faz parte da sociedade e a mudança é imperiosa e possível, como bem fez Portugal.

Desta feita, mais vale fazer como fez o Estado Português que, como veremos adiante, alterou a Lei Ordinária, para incluir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que parece ser a forma que melhor atende e preserva os interesses dos envolvidos, mantendo a isonomia constitucional. Na confecção de uma lei específica para um determinado tipo de união, no caso, as uniões homossexuais, corre-se o risco de ensejar diversas omissões e desigualdades, é o que se vê no referido projeto brasileiro que pretende regulamentar as uniões homoafetivas.

### **1.3.2. Em Portugal**

Fazendo parte da vanguarda dos países que regulamentaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo, Portugal, mediante uma lei ordinária que apenas suprimiu as palavras que faziam referência aos contratantes (nubentes), sendo que estes deveriam ser pessoas de sexo diferente, regulamenta o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, nos termos da Lei 9/2010. Foram alteradas, de forma sutil, as disposições do CC que regulamentam os casamentos, no tocante à distinção do sexo dos nubentes, donde se extrai que os deveres e obrigações decorrentes dos casamentos, tanto de pessoas de sexo diferente como de pessoas do mesmo sexo são iguais. Mantendo-se a isonomia que se tanto quer alcançar. Com isso, a nova norma passou a englobar as uniões de pessoas, sem qualquer distinção acerca do sexo destas, principalmente, quanto à formalidade do instituto do casamento civil, para as pessoas que optam casar e são do mesmo sexo ou de sexos diferentes.

Embora possam ter sido ventiladas as questões religiosas<sup>42</sup> acerca da constituição do casamento de pessoas do mesmo sexo, não há qualquer distinção no tocante ao

---

<sup>42</sup> Embora conste na Lei a definição legal do casamento, destaca-se que: *“Realmente todos temos ideia do que casamento é, mas não se torna fácil resumir os seus caracteres essenciais. De resto, um conceito que quisesse abarcar todas as formas matrimoniais seria meramente formal e destituído de interesse, pois a noção de casamento não é comum a todos os direitos e a todas as épocas históricas. Mas se não há um conceito*

estabelecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. De acordo com o artigo 1577 do Código Civil Português, casamento é *o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código*. Ou seja, pode-se dizer que o casamento trata-se de um instituto formal, cujo carácter negocial de sua constituição se estabelece no momento da declaração de vontade de ambos os contraentes (nubentes), através dos efeitos jurídicos que são definidos pela autonomia de vontade destes para o fim da constituição da família<sup>43</sup>. Logo, tratando-se o casamento de um instituto formal (com forma previamente definida em lei) de carácter negocial, refere a doutrina que o casamento é um contrato e um ato solene<sup>44</sup>, cujas formalidades estão estabelecidas no Código de Registro Civil e devem ser rigorosamente atendidas.

---

*universal de casamento, já será possível descobrir uma ideia comum aos sistemas jurídicos que se inserem no mesmo espaço cultural do nosso: a ideia de casamento como acordo entre um homem e uma mulher feito segundo as determinações da lei e dirigindo ao estabelecimento de uma plena comunhão de vida entre eles. Se, considerando agora o casamento como estado, acrescentamos que esta comunhão de vida deve ser exclusiva, isto é, que nenhum cônjuge pode fazer igual acordo com terceira pessoa enquanto o anterior vigorar, e tendencialmente perpétua, ou seja, indissolúvel ou pelo menos não livremente dissolúvel, teremos apontadas as características fundamentais do casamento em vasto numero de sistemas jurídicos a que subjaz o mesmo ou idêntico substrato cultural.”* COELHO, Francisco Pereira. OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito de Família**. Volume I. Introdução ao direito matrimonial. 4ª edição. Com a colaboração de Rui Moura Ramos. Coimbra Editora, 2008, p.166-167.

<sup>43</sup> Artigo 1.º

Objecto

A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Artigo 2.º

Alterações ao regime do casamento

Os artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção:

«Artigo 1577.º [...] Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.

Artigo 1591.º [...] O contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no artigo 1594.º, mesmo quando resultantes de cláusula penal.

Artigo 1690.º [...] 1 — Qualquer dos cônjuges tem legitimidade para contrair dívidas sem o consentimento do outro. 2 — ..... »

<sup>44</sup> É o casamento, com efeito, um daqueles negócios em que a vontade dos contraentes não pode manifestar-se ou exprimir de qualquer modo – de acordo com o princípio geral da liberdade de forma, ou consensualidade –, mas só *através de certa forma*, determinada pela lei. Simplesmente, ainda sobre este aspecto o casamento apresenta características particulares. Enquanto forma exigida para os outros negócios solenes consiste no *documento* escrito a que as respectivas declarações de vontade devem ser reduzidas, a forma requerida para a validade do casamento consiste na *cerimônia* da celebração do acto. As formalidades da celebração do casamento católico são regidas pelo direito canónico e não reveste de interesse o seu estudo. (idem, p. 209.)

Os efeitos pessoais aos cônjuges após a celebração do casamento são, objetivamente, a constituição da família, conforme já mencionando inicialmente no conceito legal de casamento, a assunção de determinados deveres (um cônjuge perante o outro, repercutindo na nacionalidade e nome de ambos, assim como em questões patrimoniais), administração dos bens do casal e consequências inerentes à instituição do contrato de casamento.

Quanto aos deveres decorrentes da celebração do casamento, estes estão elencados no artigo 1672 do Código Civil Português. São os deveres respectivamente de *respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência*. Cuidam-se de deveres que devem ser observados por ambos os cônjuges, tendo em vista o princípio da igualdade entre os cônjuges<sup>45</sup>. Sendo que tais deveres não podem ser excluídos pelos cônjuges aleatoriamente do contrato de casamento, pois são deveres imperativos. O que poderá ocorrer, no entanto, de forma a flexibilizar o cumprimento dos deveres conjugais, é alterar a forma com a qual eles serão cumpridos, o que vai depender, por óbvio, do modo de vida de cada casal.

Não obstante, a pretensão para a manutenção da isonomia entre as uniões e casamentos de pessoas do mesmo sexo e as de sexos diferentes, quando se fala nas consequências destas uniões civis, já não podem contar com os mesmos ditames legais isonômicos. Nas leis que regulamentam a adoção e a procriação medicamente assistida, foram feitas ressalvas expressas para vetar que casais do mesmo sexo, embora casados

---

<sup>45</sup> Neste sentido há referência expressa na exposição de motivos do projecto de Lei 509/X, mencionando que a igualdade entre os cônjuges está diretamente ligada a evolução legislativa do casamento e do divórcio: “(...) A afirmação da igualdade entre homens e mulheres é outro sinal da individualização que se reflecte de forma directa no casamento e o transforma numa ligação entre iguais. Maior liberdade na vida privada, mais margem de manobra individual quanto à condução da vida conjugal e familiar, maior afirmação dos direitos individuais numa relação entre pares centrada fundamentalmente nas lógicas afectivas, são adquiridos da modernidade. É claro que o novo modelo traz também problemas novos. A maior ocorrência do divórcio é um deles, mas também se pode falar de forma genérica de aumento do risco, da incerteza, das tensões ou dos conflitos de lealdade. São as contrapartidas cujos efeitos importa atenuar, sobretudo quando as partes em conflito estão em situações de clara assimetria. Vários são os indicadores revelando que as transformações referidas, designadamente os processos de sentimentalização e de individualização, ocorrem também na sociedade portuguesa. (...)”:  
<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=33847>, acesso em 15/06/2013.

civilmente, pudessem ser contemplados com a norma em vigor. Este tema será contemplado, de forma pormenorizada, no próximo capítulo.

#### 1.4. Família e homoparentalidade

A família tem assumido conceitos diversos de acordo com o período histórico em que está inserida, tendo, no decorrer dos séculos, diversas modelagens<sup>46</sup>. Passou-se de um aspecto patrimonializado, hierarquizado, matrimonializado, para somente a partir do último século assumir uma característica plurifacetada, sem qualquer rigidez em relação a existência de matrimônio ou qualquer relação de subordinação. Embora ainda haja atualmente, de acordo com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), um conceito limitado acerca de “família”, ao referir que se trata de um agrupamento de pessoas ligadas por um laço de parentesco, com dependência econômica e que comungam da mesma unidade domiciliar.<sup>47</sup> Esta conceituação nos remete ao estereótipo tradicional de família, que já não faz mais sentido nos moldes da sociedade atual. Pai, mãe e filhos morando em uma residência, sendo ambos os pais provedores econômicos do núcleo. Entendemos que esse conceito coaduna-se com a família do século passado, em que somente era legítima aquela família constituída por marido, esposa e filhos.

Entretanto, embora ainda existam famílias constituídas neste modelo tradicional, a família dita contemporânea assumiu uma forma dinâmica e desvinculada do conceito acima, o que se deve, especialmente, à nova abertura constitucional proporcionada pela

---

<sup>46</sup> Tanto que, conforme leciona Marta Costa, os juízes TEDH têm-se recusado a dar, em abstrato, uma noção de família, não obstante terem já considerado um vasto leque de situações, de grande diversidade, como constitutivas de tal. COSTA, Marta. **Convivência More Uxorio na Perspectiva de Harmonização do Direito de Família Europeu: Uniões homossexuais**. Coimbra: Editora S.A, Março de 2011, p. 139.

<sup>47</sup> De acordo com o IBGE, “Família” é o conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência, residente na mesma unidade domiciliar, ou pessoa que mora só em uma unidade domiciliar. Entende-se por dependência doméstica a relação estabelecida entre a pessoa de referência e os empregados domésticos e agregados da família, e por normas de convivência, as regras estabelecidas para o convívio de pessoas que moram juntas, sem estarem ligadas por laços de parentesco ou dependência doméstica. Consideram-se como famílias conviventes as constituídas de, no mínimo, duas pessoas cada uma, que residam na mesma unidade domiciliar (domicílio particular ou unidade de habitação em domicílio coletivo) (PNAD 1992, 1993, 1995, 1996). Acesso em 06/06/2014 - <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm>

Constituição de 1988, no Brasil e, de 1976, em Portugal. E, antes disso, também impulsionado pelas diretrizes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, como já mencionado nesta dissertação.

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 226, garante à família especial proteção do Estado, estabelecendo que a família é a base da sociedade. Também caracteriza as formações familiares através do casamento, união estável entre homem e mulher e qualquer grupo formado pelos pais e seus dependentes, as chamadas famílias monoparentais. Entretanto, como já imensamente discutido na melhor doutrina, as indicações de entidades familiares contidas na Constituição são meramente exemplificativas, pois há uma imensa pluralidade de formas de grupamento de pessoas que podem ser formadoras de famílias de forma genuína, fundando-se no princípio constitucional da pluralidade das formas de família, sendo um dos argumentos utilizados para incluir as uniões estáveis homoafetivas<sup>48</sup>. Isto vem se refletindo no entendimento das cortes supremas brasileiras, pois, embora constem expressamente os termos “homem” e “mulher” para descrever união estável, como já referido, não sendo um rol taxativo, a doutrina e jurisprudência estão adequando-se às vicissitudes da sociedade para considerar as uniões homoafetivas como unidades familiares autênticas.

Para alguns, a dificuldade em reconhecer esta multifacetada forma de constituição familiar, é o receio que a família tradicional deixe de existir, já sendo denominado por alguns juristas como “crise da família”. No entanto, entendemos que o fato de estarem sendo reconhecidas, não quer dizer que já não existissem, ou que as denominadas famílias tradicionais deixem de existir.

Na doutrina portuguesa existem diversas interpretações acerca do direito de constituir família. Há o entendimento de que casar-se implica constituir família. Logo, a família é tida como a consequência do casamento, entretanto, também há quem se manifeste de forma diferente que não se afigura razoável a referida interpretação, uma vez

---

<sup>48</sup> Complementa esse raciocínio Rodrigo da Cunha Pereira ao dizer que: “Se a família encontra-se dissociada do casamento e da procriação, e a união homoafetiva contém respeito, consideração mútua, assistência moral e material recíprocas, não se justifica deixar ao desabrigo essa entidade familiar sob as normas de ordem moral ou por não se tratar de diversidade de sexos, sobretudo diante da liberdade de opção sexual consubstanciada no direito a privacidade.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 172-173

que constituir família engloba diversas outras características, causas e consequências, não se devendo atribuir a simplista interpretação de que o direito em constituir família é tão somente daqueles que contraem o matrimônio. Mormente por serem institutos distintos, o casamento e a família.

Neste sentido, se tem a interpretação do artigo 36 da Constituição Portuguesa<sup>49</sup>, n.º 1, dada por Gomes Canotilho e Vital Moreira, onde mencionam que a primeira parte do dispositivo legal visa, fundamentalmente, a união de fato: *Conjugando, naturalmente, o direito de constituir família com o de contrair casamento, a Constituição não admite todavia a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, isto é, à família “matrimonializada”. Para isso apontam, não apenas a clara distinção das duas noções no texto (“constituir família” e “contrair casamento”), mas também o preceito do n.º4 sobre a igualdade dos filhos, nascidos dentro ou “fora do casamento” (e não: “fora da família”). O conceito constitucional de família não abrange, portanto, apenas a “família jurídica”, havendo assim uma abertura constitucional – se não mesmo uma obrigação – para conferir o devido revelo jurídico às uniões familiares “de facto”. Constitucionalmente, o casal nascido de uma união de facto também é família e, ainda que os seus membros não tenham o estatuto de cônjuges, seguramente que não há distinções às relações de filiação daí decorrentes.*<sup>50</sup>

Ainda, de acordo com entendimento de Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, este dispositivo constitucional não reduz o conceito de família e casamento à união conjugal, pois também se cuidam de relevante perspectiva familiar àqueles que

---

<sup>49</sup> Artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa (Família, casamento e filiação)

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.
2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.
3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.
4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.
5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.
6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.

<sup>50</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. VITAL, Moreira. **Constituição da Republica Portuguesa anotada**. 4ª Ed. 2007, p. 561.

vivem em união de facto. Além disso, pode-se ainda falar em família *conjugal*, família *natural* e família *adotiva*<sup>51</sup>, pois para além daqueles que constituem família através do matrimônio, existem as famílias que se originam de uniões de fato, famílias monoparentais, famílias reconstituídas, entre outras formas alternativas de constituir família. Muito embora com outra abordagem, vê-se que não é outro o entendimento da doutrina portuguesa, voltada a ampliar o conceito de família, para além daquelas constituídas através do matrimônio.

Deparamo-nos com uma moderna composição familiar, quando não estão previamente delimitados e amalgamados os papéis de cada membro da família, podendo o pai assumir o papel doméstico e a mãe o papel de provedora econômica, e vice-versa, sem que isso desestruture a família, inclusive podendo tais “papéis” serem dinâmicos, ora um assumindo determinado papel, ora outro. Diante da estrutura socioeconômica mundial, isto é totalmente plausível e compreensível; logo, há uma complementaridade de papéis e nada impede que estes sejam exercidos por duas mulheres ou dois homens. Não que casais homossexuais não possam ter os seus papéis delimitados dentro do âmbito familiar íntimo, a referência é para que se possa compreender melhor a dinâmica atual da sociedade familiar.

Assim, de forma simplificada, mas não menos precisa, podemos conceituar que família é um modelo de agrupamento de pessoas as quais se reúnem essencialmente pela afetividade<sup>52</sup>, não importando o sexo ou opção sexual de pais ou filhos, se constituídos por dois pais ou duas mães, se por um pai e sua prole, mãe e sua prole, ou qualquer colateral ou descendente que, por motivos afetivos<sup>53</sup> queiram manter-se estruturados conjuntamente

---

<sup>51</sup> COELHO, Francisco Pereira. OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito de Família**. Volume I. Introdução ao direito matrimonial. 4.<sup>a</sup> edição. Com a colaboração de Rui Moura Ramos. Coimbra Editora, 2008. p. 117.

<sup>52</sup> Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira: “A família passou a ser, predominantemente, *locus* de afeto, de comunhão do amor, em que toda a forma de discriminação afronta o princípio basilar do Direito de Família. Com a personalização dos membros do direito de família eles passaram a ser respeitados em sua esfera mais íntima, na medida em que disto depende a própria sobrevivência da família (...) É na busca da felicidade que o indivíduo viu-se livre dos padrões estáticos para constituir sua família.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 167.

<sup>53</sup> Também em defesa do afeto na constituição das relações familiares, Renata Hessel, em sua Dissertação de Mestrado, p. 135, refere: “Assim se o afeto tornou-se um princípio norteador de todas as relações jurídicas do direito das famílias, e se ele pode estar presente também nas relações conjugais hétero ou homossexuais,

através de seus laços de parentesco, os quais podem ser tanto jurídicos, biológicos ou sociais. Amigos, embora nutridos de afeto, não ensejam a formação de entidade familiar nos termos do Direito de Família. Embora o vínculo afetivo seja um dos pilares da construção familiar, não podemos nos olvidar dos direitos e obrigações gerados e que devem ser, em equilíbrio, respeitados. Mesmo sem laços de parentesco genuínos, entendemos que algumas famílias possam se formar apenas com laços de afetividade, e se aproximam juridicamente de um parentesco jurídico, no intuito de constituir uma família<sup>54</sup>.

### **1.5. Abordagens acerca do direito de filiação e reprodução versus direito a constituir família**

Ainda que se possa analisar o direito de filiação como consequência do próprio direito de constituir família, o que poderia ter sido abordado no item supra, optamos por uma abordagem pormenorizada, o que implicou certo fracionamento da análise, para buscarmos o destaque pretendido. Para podermos discutir acerca da filiação e o acesso de

---

*é de perguntar o porquê da resistência em se admitir que as famílias formadas por casais homossexuais não possam constituir suas famílias, baseadas no amor e no afeto, já que biologicamente isto lhe está vedado.*”

<sup>54</sup> Explicam ainda sobre estes aspectos, Cecília MacDowell Santos, Ana Cristina Santos, Madalena Duarte, Teresa Maneca Lima: “A noção de ‘vida familiar’ foi sendo afastada do casamento, uma vez que, se em 1950 a forma de vida familiar privilegiada pelos autores da CEDH assentava na figura do casamento, o que reflectia a tradição das ordens jurídicas internas dos Estados membros, gradualmente foram-se desenhando outras formas de convivência afectiva constitutivas de laços familiares. Assim, na interpretação do art. 8.º da CEDH, o TEDH tem feito coexistir a definição tradicional de família, fundada no casamento, com os laços familiares factuais que unem uma família. Aliás, só esta interpretação se releva consoante com a expressão “qualquer pessoa” contida no art. 8.º, bem como com a proibição de discriminação fundada no art. 14.º da CEDH. É neste contexto que, por exemplo no Acórdão Keegan c. Irlanda, de 26 de Maio de 1994, o TEDH acentua que a noção de família subjacente ao art. 8.º não se confina às relações fundadas no casamento, podendo compreender outros laços familiares de facto, decorrentes da circunstância de as pessoas viverem juntas fora do casamento. O TEDH tem ainda aliado o critério de efectividade de laços interpessoais ao critério de aparência de família, para averiguar a existência de vida familiar entre pessoas sem ligação de parentesco, casamento ou adopção. E foi este o critério usado pelo TEDH para reconhecer a existência de vida familiar no Acórdão X, Y e Z c. Reino Unido, de 22 de Abril de 1997. O TEDH reconheceu que a relação existente entre X, transexual submetido a cirurgia de reconversão, Y, sua companheira, e Z, criança que Y havia dado à luz após a realização de inseminação artificial com doador, não se distinguia da noção tradicional de “vida familiar” SANTOS, Cecília MacDowell. SANTOS, Ana Cristina. DUARTE, Madalena. LIMA, Teresa Maneca. **Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.** Disponível em [http://www.ces.uc.pt/cesfct/md/RCCS\\_87\\_CMDS,\\_ACS,\\_MD,\\_TML.pdf](http://www.ces.uc.pt/cesfct/md/RCCS_87_CMDS,_ACS,_MD,_TML.pdf), acesso em 22/08/2014



pares do mesmo sexo às técnicas de procriação medicamente assistidas, em razão da inviabilidade fisiológica/natural em procriar e ausência de regulamentação legal destas, se faz imperioso o debate acerca da filiação e procriação, para perceber da viabilidade de se constituírem as famílias homoparentais.

Para casais serem considerados uma entidade familiar não é essencial a existência de filhos, pois sabemos que existem inúmeros casais, tanto heterossexuais, como homossexuais que optam por íntima convicção de não terem filhos e nem por isso deixarão de serem considerados uma família na sua ampla e total essência. Entretanto, pertinente se faz a análise daqueles casais que incluem no seu projeto familiar a existência de filhos.

De toda a sorte, seguindo a linha de entendimento dos doutrinadores Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, inicialmente já referida, essencialmente, pode ser tido o direito de constituir família como direito de procriar, o qual é conferido a todas as pessoas. Para além de ser um direito de procriar, cuida-se ainda de um *direito a estabelecer as correspondentes relações de paternidade e maternidade*. Acrescentando, nesta discussão, que as garantias para se estabelecerem as consequentes relações maternas e paternas devem ser independentemente da opção sexual que porventura possam ter, tendo em vista que antes de mais são seres humanos dotados de direitos e deveres como todos os outros.

Podemos considerar que o direito reprodutivo atualmente insere-se no direito que as pessoas têm de constituir uma família, o qual está estabelecido constitucionalmente, pois embora não conste expressamente na referida norma o termo direito reprodutivo, podemos considerar que o direito a constituir família não se refere somente em relação ao matrimônio, como já referido, mas também ao direito de procriar. Assim, vincula-se diretamente à possibilidade do estabelecimento da filiação, já que a filiação é, de longe e, sem dúvida, a mais importante relação de parentesco, sendo um dos pilares fundamentais das relações familiares, muito embora para ser considerada uma família, não seja imperiosa a existência de filhos, como já referido.

Entretanto, a possibilidade de ter filhos viabiliza à pessoa a oportunidade de deixar descendentes, os quais podem ser consanguíneos (que no caso de casais do mesmo sexo,

dar-se-ia, através da reprodução medicamente assistida), ou então, não menos importantes, os filhos adotivos/afetivos<sup>55</sup> (que embora não tenham a mesma carga genética dos pais, têm perpetuada a sua linhagem familiar).

Ainda, cumpre referir que a interpretação da norma, segundo Vera Lucia Raposo, tem que necessariamente ser uma tarefa dinâmica, sob pena de a Constituição se tornar obsoleta e desadequada ao alucinante ritmo dos tempos<sup>56</sup>.

Nesse sentido podemos e devemos inserir, para além do conceito tradicional e natural de procriação, as técnicas atuais de procriação medicamente assistidas. As quais podem possibilitar a casais ou pessoas que, por questões biológicas naturais, estariam impossibilitados de exercerem o seu direito à procriação e consequentemente a constituir

---

<sup>55</sup> Sobre afeto e filhos adotivos, refere Ana Cláudia Bortolozzi Maia: “No Brasil, desde 1988, com a Constituição Federal, extingui-se a distinção que havia entre a filiação legítima e a filiação adotiva, garantido a todos os filhos os mesmos direitos e o mesmo tratamento legal. Conjuntamente com a Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil legitimaram a filiação adotiva ao anular o registro de origem da criança, criando um novo registro de nascimento com os nomes dos pais adotivos, integrando, assim, legalmente a criança à nova família. Apensar dessa integração legal, isso não significa que a criança já esteja profundamente socializada e integrada afetivamente com a família. Na adoção, como não há um elo de ligação sanguíneo, a ligação construída por meio das relações de afetividade vivenciadas na família.” MAIA, Ana Cláudia. *Op Cit.* pág. 96

<sup>56</sup> Importante destacar, nas palavras de Guilherme de Oliveira e Francisco Pereira Coelho, no tocante ao direito de procriar, quando referem-se: *...seriam inconstitucionais, por violarem o primeiro destes direitos, normas que, por exemplo, impusessem a esterilização de pessoas portadoras de determinadas doenças, penalizassem as pessoas não casadas que tivessem filhos, estabelecessem, em execução de uma política demográfica malthusianista, o número máximo de filhos que os casais poderiam ter e sancionassem as pessoas, casadas ou não casadas, que tivessem filhos em número superior a esse, etc.; por outro lado, e violarem o segundo dos aludidos direitos, seriam do mesmo modo inconstitucionais, designadamente, as normas que proibissem ao pai perfiilhar ou à mãe declarar a maternidade de filho adulterino ou incestuoso.*

***Decerto que também seriam inconstitucionais as normas que, inversamente, proibissem ao filho nascido fora do casamento estabelecer a sua filiação intentando acção de investigação de paternidade, ou condicionassem esta acção, formulando, como na legislação anterior à Reforma de 1977, exigências não justificadas pela diversidade de condições de nascimento do filho; mas a inconstitucionalidade de tais normas resultaria mais claramente do art. 36.º, n.º4, da Constituição da República.***

*Resta advertir que apesar da formulação maximalista do art. 36.º n.º1, que a todos concede “em condições de plena igualdade” o direito de constituir família, admitimos que a atribuição deste direito conheça limitações ou restrições na lei ordinária, as quais poderão até ser impostas por outros princípios constitucionais do direito de família.*

*Assim, por exemplo, não é inconstitucional o art. 6.º, n.º1, da Lei n.º 32/2006, segundo o qual só as pessoas casadas e não separadas de pessoas e bens ou de facto, e as que, sendo de sexo diferente, vivam em união de facto há pelo menos dois anos, podem recorrer a técnicas de procriação medicamente assistidas, ficando pois vedado a outras pessoas o recurso a essas técnicas. A solução até pode ser imposta pelo princípio constitucional da “proteção da infância” (art. 69.º) que não consentirá a criação deliberada de famílias monoparentais. Idem. p. 119-120.*

uma família, assistindo-se, destes métodos e técnicas médicas de reprodução hoje disponíveis para constituírem a sua família.

Desta feita, já abordados os conceitos acerca do direito reprodutivo, para inseri-los naqueles que pretendem constituir família a partir destas técnicas reprodutivas artificiais, passa-se à verificação das formas de estabelecimento da filiação possíveis para casais homossexuais, a fim de assimilar a concretização da família através do seu direito de procriar.

## **CAPÍTULO 2: FORMAS DE ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO POSSÍVEIS PARA CASAIS HOMOSSEXUAIS**

Na análise das formas possíveis para o estabelecimento da filiação para casais homossexuais, far-se-á uma divisão. Primeiro será verificada e analisada a viabilidade de constituição da filiação com a manutenção do vínculo genético entre pais e filhos, mesmo sendo estes pais do mesmo sexo, o que poderá, na teoria, ser efetuado com a utilização de técnicas de reprodução assistida, para, após, serem verificadas as possibilidades jurídicas da filiação afetiva e vinculação e formação das famílias homoparentais através da adoção. E, ainda, por derradeiro o instituto jurídico português, denominado apadrinhamento civil, o qual, como se verá, embora não crie laços próprios de filiação, é outra forma de estabelecer laços afetivos com menores.

### **2.1. Tecnologias reprodutivas: Lei portuguesa 32/2006 de 26 de Julho e no sistema jurídico brasileiro**

O surgimento das técnicas de procriação medicamente assistidas ocorreram, inicialmente, para o tratamento alternativo da infertilidade humana (a qual era atribuída normalmente à mulher) a partir da década de oitenta. Sempre com a intenção de manter o modelo patriarcal e matrimonializado da família tradicional heterossexual que, por infertilidade, em tese feminina, não possuía condições biológicas de procriar. No entanto,

com o passar do tempo, elas foram sendo utilizadas de forma mais abrangente e também com outros objetivos, adequando-se aos anseios e necessidades de todos.

Entendemos que as técnicas reprodutivas começaram a ser utilizadas de forma mais ampla com o escopo de também satisfazer a vontade daquelas pessoas que são ou estão impossibilitadas de procriar naturalmente, para além da manutenção da família tradicional, o que as popularizou, podendo esta vontade de utilizar as técnicas, entretanto, não ser por motivo de total impossibilidade bio/fisiológica ou infertilidade, como ocorre nos casos de casais homossexuais, pois, via de regra, as pessoas que se relacionam com pessoas do mesmo sexo podem até ser férteis, no entanto, inviável a reprodução entre os mesmos, por incompatibilidade fisiológica<sup>57</sup>.

Estas técnicas surgiram na medicina reprodutiva, sendo que a procriação medicamente assistida é o gênero do qual emanam diversas espécies de técnicas conceptivas que permitem a manipulação, seleção e congelamento de gametas a fim de satisfazer o objetivo de que haja sucesso na procriação medicamente assistida.

Assim, dá-se a possibilidade às pessoas de administrarem a ausência indesejada de descendentes de forma racional e programada. As técnicas de reprodução, como referido acima, possibilitam aqueles que não poderiam procriar de forma natural a procriarem artificialmente com o auxílio das técnicas, substituindo, desta forma, a reprodução biológica através da via sexual, mas viabilizando-a pela fecundação realizada através de um procedimento médico, a qual poderá realizar-se no interior do corpo humano ou não. O que irá determinar é a técnica utilizada, a qual, normalmente, é definida através de critérios médicos para que seja a mais adequada para o caso em concreto.

O sistema jurídico português também encontra-se mais evoluído legislativamente em comparação com o sistema brasileiro acerca da regulamentação das tecnologias reprodutivas, havendo, com exclusividade, em Portugal, uma lei regulamentando os procedimentos, técnicas, requisitos, e legitimados dentre outros aspectos formais e

---

<sup>57</sup> Existente a discussão acerca do que pode ser considerado infertilidade, para poder-se incluir os homossexuais e com isso abrir uma possibilidade de os encaixar nas que estariam habilitados a utilizarem as técnicas, entretanto não é esta a interpretação que se tem feito perante as legislações de técnicas de PMA.

materiais acerca da utilização destes citados métodos de reprodução, os quais estão expressos na Lei 32/2006 de 26 de julho.

No Brasil, o que existe é apenas uma resolução do Conselho Federal de Medicina, n.º 2013/2013<sup>58</sup>, que sofreu recentes atualizações, revogando a anterior resolução também do CFM n.º 1957/2010, contudo sem qualquer cunho normativo, que serve apenas como diretriz para a orientação dos médicos e técnicos da saúde quando da utilização das técnicas de reprodução assistida disponibilizadas, sem qualquer caráter vinculativo de lei.

Destaca-se que, em relação à existência de lei específica em Portugal para regulamentar as questões relacionadas com a reprodução medicamente assistida, é que trás à população maior segurança jurídica em “como” e “por quem” devem ser utilizados os métodos, o que já não ocorre no Brasil. Entretanto, sempre há o bônus e o ônus desta ausência ou presença de regulamentação. O ônus é que a lei restringe e engessa a utilização por parte da população e o bônus é que se sabe previamente “como” e “por quem” devem ser utilizados de forma legítima. Sendo que, se efetuada nos moldes da lei, seguramente terá os benefícios e garantias desta, a contrário *sensu*, se efetuado fora dos termos da lei, não há qualquer proteção legal específica para o que venha a efetuar, como é lógico.

A questão social ainda pode ser apontada como um dos pontos negativos da ausência de regulamentação legal. Como se tratam de técnicas altamente dispendiosas, acabam por restringir socioeconomicamente quem poderá ter acesso. Somente quem possui condições econômicas privilegiadas terá, em tese, acesso aos métodos de reprodução assistida, pois não há previsão nenhuma de ser subsidiado, pelo governo quando se tratarem de pessoas que sejam economicamente hipossuficientes.

---

<sup>58</sup> Trata-se de uma norma administrativa que elenca alguns princípios básicos, inspirados em legislações estrangeiras para a praticada reprodução assistida. Esta resolução tem como critério de acessibilidade a indicação terapêutica do uso das técnicas de reprodução assistida. Para melhor descrever a resolução citada, procurar os dizeres em SIMIONI, Fabiane. **Monoparentalidade e Tecnologias Reprodutivas. Direito à Reprodução e à Sexualidade: Uma Questão de Ética e Justiça**. Organizadoras: Samantha Buglione e Miriam Ventura. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2010, p. 297.

É neste aspecto que centra esta pesquisa, quando e como esta ausência de legislação será benéfica à população homossexual e como se tem feito para driblar legitimamente estas situações, tanto na ausência como na presença de legislação, quando o que se pretende é a constituição familiar homoparental<sup>59</sup>.

Efetuada estas notas, serão expostas, no próximo item, quais as técnicas que existem dentro dos ordenamentos de forma abrangente e sem qualquer cunho médico-científico, tendo em vista que o escopo é o mero conhecimento das técnicas que podem ser utilizadas para a formação das famílias homoparentais.

### 2.1.1 Breve conceituação das técnicas de procriação medicamente assistida

Embora não exista no ordenamento jurídico brasileiro qualquer legislação regulamentando quais as técnicas reprodutivas que são permitidas, vamos levar em consideração a legislação Portuguesa para descrevê-las de forma breve, tendo em vista que, por tratarem-se de técnicas científicas, salvo algum pormenor referente à nomenclatura, são praticamente as mesmas e com os mesmos procedimentos nos dois países. De modo que se farão as descrições de acordo com a Lei 32/2006 de 26 de julho, por ser mais organizado.

---

<sup>59</sup> Sobre a não legitimidade de casais homossexuais a utilizarem as referidas técnicas importante mencionar o referido por Vera Lúcia Raposo e André Dias Pereira no artigo: **Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente assistida (Lei.º 32/2006, de 26 de julho)** em que referem, p. 94 “*Excluídos ficam os casais homossexuais, bem como as pessoas singulares, sejam elas homens ou mulheres. É em relação a estas últimas que se suscitam os mais controversos problemas, dado que a sua legitimidade enquanto receptoras das técnicas é incontestável em vários outros ordenamentos jurídicos, inclusive na vizinha Espanha (art. 6.º, n.º1, da Lei n.º 14/2006, de 26 de maio). Caso se entenda que a reprodução configura um direito fundamental da pessoa, mais propriamente um direito de quarta geração – inclusive com assento constitucional, por via do direito a constituir família (art. 36.º da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP), ou ainda, mas em termos longínquos, do direito à saúde (art. 64º da CRP) – podemos deparar-nos aqui com uma violação inconstitucional de um direito fundamental (embora sempre se possa argumentar que a ratificação do direito não implica o seu reconhecimento a todos os sujeitos ou, pelo menos, o seu reconhecimento nos mesmos termos e com os mesmos limites). Embora tenha alargado o conceito tradicional de família, baseado na união matrimonial, o legislador português ainda não harmonizou as suas opções com as “novas famílias”, compostas por vários pais, várias mães, ou apenas um dos progenitores.*”

As principais técnicas reprodutivas são: a Inseminação artificial (IA), a fertilização *in vitro* (FIV) e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI).

Em Portugal as técnicas de procriação medicamente assistidas estão regulamentadas, como já referido, na LPMA, artigo 2º, mais especificamente, sobre as quais se passa, ligeiramente, a tecer breves considerações.

- a) Inseminação artificial – que é a mais clássica, antiga e simples dentre as técnicas. Consiste na técnica em que após a ovulação da mulher esta é inseminada, por um médico especialista, com esperma do marido, companheiro (nos casos de união de fato) ou de terceiro. Substituindo a relação sexual como meio de fecundação e, após os espermatozoides serem colocados em contato com o óvulo e este o fecunde, acaba por transcorrer o restante da gestação de modo natural.

Conforme a procedência do sêmen utilizado, poderá a inseminação artificial ter uma classificação diferente. No caso de pessoas casadas, sendo o esperma do marido ou companheiro, chamar-se-á de inseminação artificial homóloga e, no caso do esperma ser de terceiro doador, denominar-se-á de inseminação artificial heteróloga. A escolha entre os tipos de inseminação ocorrerá com base na fertilidade do esperma do marido ou companheiro da mulher, pois, de acordo com legislação portuguesa é sempre dada prioridade à inseminação artificial homóloga. Entretanto, tem-se que mencionar que, para casais homossexuais femininos, inevitavelmente, a opção será pela inseminação artificial heteróloga, já que dependem de um terceiro doador de sêmen para concretizar a fecundação.

- b) Fertilização *in vitro* (FIV) – neste caso, tal como na inseminação, se procede a recolha e tratamento dos espermatozoides, mas desta feita, o processo de fertilização não ocorre no interior do corpo da mulher, mas dentro de um tubo de ensaio (o que explica a denominação da técnica). Após a obtenção do embrião e atingida uma determinada fase (blastocisto) é que será transferido para o corpo que irá gestar, que pode ser o da própria mãe biológica ou não. O referido procedimento é o recomendado às mulheres cujas trompas tenham sido

irreversivelmente obstruídas, portadoras de endometriose, ou outros distúrbios referentes a ovulação, ou ainda por causas não identificadas de infertilidade masculina. A título de curiosidade, o primeiro bebê de proveta é datado de 1978, o nascimento ocorreu em Bristol/UK. Este método é utilizado tanto por casais homossexuais femininos como masculinos. No caso dos pares do mesmo sexo femininos o que comumente ocorre é que o óvulo é de uma das mulheres do casal, fecundado com espermatozoide de doador e gestado no corpo da outra componente do casal. E no caso dos casais masculinos se concretiza com o útero de substituição.

- c) Injeção intracitoplasmática de espermatozoides – é uma técnica de fertilização *in vitro* mais recente, que consiste na injeção de um único espermatozoide no óvulo, o que evita a fecundação por mais de um gameta masculino. Cuida-se de uma técnica muito sofisticada que requer instrumentos específicos e a atuação de profissionais altamente qualificados;
- d) Transferência de embriões, gametas ou zigotos – são as técnicas denominadas intermediárias entre a inseminação artificial e a fecundação *in vitro*. Ainda que seja mais próxima da fecundação *in vitro*, não pressupõe fecundação fora do corpo feminino. Consistem na extração de embriões, gametas ou zigotos, os quais são induzidos à estimulações e, após a seleção dos mais aptos à fecundação, estes são transferidos com os espermatozoides para uma das trompas uterinas, necessitando, por consequência, que pelo menos uma das trompas uterinas seja saudável e apta para dar continuação ao processo evolutivo de fecundação atingindo útero;
- e) Diagnóstico genético pré-implantação – é o tratamento utilizado antes da implementação das técnicas acima descritas, ou seja, será pré-natal e tem por objetivo prevenir a transferência de embriões portadores de graves doenças genéticas. Para isso são obtidas células no terceiro dia do desenvolvimento para, posteriormente, ser realizada biópsia e ser detectado o diagnóstico esperado;
- f) Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária ou equivalentes ou subsidiárias.



Como se vê, das técnicas descritas, as que são mais compatíveis com a formação familiar homoparental são a IA e o FIV pois, em ambos os casos, poderá com pelo menos um dos membros do casal ser mantido o seu vínculo genético com o filho. No caso das mulheres, pode uma doar o material genético e a outra gestar o filho, o que de certa forma cria um vínculo com as duas mães. Já no caso dos homens, ainda não existem formas científicas de compatibilizar, como no caso feminino, que ambos os pais contribuam para a formação do filho.

### **2.1.2 Legitimados à utilização das técnicas**

Feito o panorama sobre as técnicas de procriação medicamente assistidas e regulamentadas, as quais foram descritas com base na legislação portuguesa, importante destacar quem são os legitimados à utilização destas técnicas. Sendo que é neste aspecto em que há maior divergência no tocante a quem estará legitimado para a utilização destas técnicas no Brasil e em Portugal.

Vejamos, inicialmente, de acordo com a legislação portuguesa. Com a publicação da LPMA, já se encontra determinado e regulamentado no artigo 4 n.º2, quem pode utilizar as técnicas de procriação e quais os casos, atinentes: de infertilidade ou ainda em que haja risco de transmissão de doenças de origem genética ou infecciosas que possam causar risco à sua descendência. Os legitimados de acordo com a Lei Portuguesa, estão elencados no artigo 6º da LPMA e serão os beneficiários:

1 – Somente as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens<sup>60</sup> ou separadas de fato ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos. Lembrando que, embora não haja menção na LPMA, em face da cronologia das próprias leis, por analogia pode se interpretar que não estão habilitados os homossexuais casados perante o regime da Lei

---

<sup>60</sup> Corresponde à Separação Judicial no Brasil, mas que também podem ser realizada, assim como em Portugal, extrajudicialmente, preenchidos os requisitos legais.

9/2010, que regulamentou em Portugal o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Por serem pessoas do mesmo sexo, mesmo casadas, é expressamente vedada a sua legitimidade em utilizar as referidas técnicas de PMA;

2 – As técnicas podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica. Estão habilitados somente casais que forem diagnosticados como inférteis ou ainda, que a PMA seja necessária para tratamento de doença grave ou com risco de transmissão de doenças de origem infecciosas (ou outras), já que as técnicas são métodos subsidiários e não alternativos de reprodução, de acordo com a legislação.

No tocante à expressa subsidiariedade da utilização dos métodos de procriação medicamente assistida, já existe um projeto de lei, perante a Assembleia da República Portuguesa, que pretende a alteração legal, no sentido de alargar o âmbito dos beneficiários a utilizarem estas técnicas. Há menção de que as condições estabelecidas para quem deve ser legitimado à utilização das referidas técnicas são de natureza discriminatória, portandose como uma limitação à liberdade individual de cada casal no seu projeto parental, violando, conseqüentemente, a autonomia de vontade. Conforme se verifica na exposição de motivos do projeto de Lei 137/XII que propõe a segunda alteração à Lei 32/2006 de 26 de junho, referindo: *Conseqüentemente, a presente iniciativa legislativa altera o paradigma da lei no que concerne à definição das técnicas de PMA enquanto meramente subsidiárias, passando a defini-las como técnicas complementares de procriação, e elimina os requisitos que condicionavam o acesso em função do Estado civil e da orientação sexual dos casais, passando a exigir apenas a maioridade, a ausência de interdição ou inabilitação por anomalia psíquica e a prestação de consentimento informado.*

Ademais se tem também a ideia de que poderíamos estar diante de uma inconstitucionalidade ou ilegalidade da referida Lei, ao passo que se poderia limitar a liberdade individual das pessoas em querer procriar, como já referido. No entanto tal questão foi submetida ao Tribunal Constitucional, que entendeu pela constitucionalidade

e legalidade da Lei 32/2006 de 26 de Julho<sup>61</sup>. Sendo sanada eventual dúvida acerca da constitucionalidade da referida lei.

No Brasil, a legitimidade é muito mais ampla, possibilitando, de acordo com o artigo II n° 1 que *“Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente”*. Incluindo, a possibilidade de tais técnicas reprodutivas serem utilizadas por casais homoafetivos, o que foi autorizado pela recente atualização da resolução do CFM 2013/2013 para constar de forma expressa no II, n°.2 onde: *“É permitido o uso das técnicas de reprodução assistida para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico”*. A referida medida baseia-se nos termos das decisões já referidas pelos Tribunais Superiores Brasileiros, que incluíram as relações homoafetivas como famílias, lhes garantindo todos os direitos e deveres inerentes ao instituto.

Assim, como nas questões relativas ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, há no Brasil, também em relação à regulamentação destas técnicas de reprodução assistida, projeto de Lei visando estabelecer todas as questões que suscitam mais dúvidas e polémica, mormente por hoje, na ausência de lei, remeter sempre tais questões à Autorização do Conselho Regional de Medicina, sem qualquer respaldo legal. Bem como transfere, em muitos casos, para o bom senso do médico a utilização ou não da referida técnica legitimando as suas íntimas convicções para a realização do procedimento.

---

<sup>61</sup> Acórdão n.º 101/2009, Processo n.º 963/06 do TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Diário da República, 2.ª série — N.º 64 — 1 de Abril de 2009, disponível em [http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao\\_AcordaoTC\\_101\\_2009.pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_AcordaoTC_101_2009.pdf), acesso em 23/072013.

### 2.1.3 Inseminação *Post Mortem*

Em relação a utilização dos procedimentos após a morte do marido ou companheiro da mulher a ser inseminada, a regra geral, no ordenamento jurídico Português é da vedação, nos termos do artigo 22 da LPMA<sup>62</sup>, ainda que este tenha consentido a realização da inseminação.

No entanto, há uma exceção à utilização de sêmen de pessoa já falecida: no caso de já ter havido expressa manifestação, em vida no sentido de permitir a transferência do embrião para a realização de um claro projeto parental previamente estabelecido, e tenha sido deixado por escrito pelo falecido, nos termos do número três do artigo acima referido. Neste mesmo sentido é a orientação do CFM para os casos de inseminação *post mortem*, ou seja, serão permitidos os procedimentos, desde que haja prévia e expressa autorização do *de cuius* para a utilização do seu material genético. Outrossim, respeitada a legislação vigente, tendo em vista, especialmente, que trata-se de uma resolução.

No caso da resolução que norteia os procedimentos no Brasil, é permissiva a inseminação após a morte, desde que haja autorização prévia e específica do falecido para o uso do seu material biológico criopreservado, sempre ressalvando que deve ser observada a legislação vigente.

---

<sup>62</sup> Artigo 22.º da Lei portuguesa 32/2006

Inseminação *post mortem*

1 - Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sêmen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação.

2 - O sêmen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sêmen.

3 - É, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

#### 2.1.4 Procedimentos

A análise procedimental far-se-á com base no que a legislação e no que a resolução prevê, sendo que se pretende referir como as técnicas se concretizam e são utilizadas. Irá se descrever considerando que os utilizadores das referidas técnicas são, inicialmente, casais de sexo diferentes, de acordo com a legislação Portuguesa, para após, fazer-se um comparativo dos meios procedimentais disponibilizados pela resolução do CFM do Brasil. Em termos procedimentais, também se encontram muitas diferenças.

Verificada a necessidade e a viabilidade da realização da procriação medicamente assistida, ela ocorrerá da seguinte forma (partindo da técnica mais clássica que é a Inseminação artificial): após a doação do material genético (do marido ou companheiro da mulher ou de terceiro) e com a realização da inseminação, a gestação ocorrerá no ventre da própria mulher, que é o caso mais típico de IA homóloga já que, na verdade, há diversos motivos que podem fazer com que a gestação não ocorra da forma biológica tradicional.

No entanto, considerando o acima referido, para viabilizar a IA, por vezes, se faz necessária a chamada maternidade de substituição (vedada em Portugal), a qual se entende que seja, segundo artigo 8º da LPMA, qualquer situação que a mulher se disponha a suportar a gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. Outrossim, segundo o nº3 do artigo 8º, do diploma legal citado, menciona que a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.

A Maternidade de substituição se trata de um tema que enseja diversas questões polémicas em ambos países, dentre elas a questão da renúncia antecipada do consentimento. Entretanto, no Brasil, é viável, conforme a resolução do CFM, que a gestação seja efetuada no corpo de terceira pessoa, nos termos do nº VII, mesmo que com vários requisitos<sup>63</sup>. Tal ação, viabiliza que os casais homoafetivos consigam concretizar o

---

<sup>63</sup> Número VII da Resolução 2013/2013 do CFM SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

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

seu projeto parental através da reprodução assistida, sem que seja necessário sair do país, pois é possível a realização da maternidade de substituição.

No tocante à confidencialidade que consta da LPMA, acerca da identidade do doador de sêmen, é facultado às pessoas nascidas em consequência de processos de PMA, a obtenção de informações (junto aos serviços de saúde). Entretanto, são informações apenas de natureza genética, excluindo a identificação do doador, bem como informações acerca de impedimento legal a eventual casamento, igualmente sem qualquer identificação do doador, salvo se este expressamente consentir.

Em casos cujas razões sejam ponderosas e reconhecidas por sentença judicial, podem ser obtidas informações acerca da identidade do doador. Lembrando que o doador de sêmen não pode ser considerado como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela, diferentemente da relação jurídica de filiação.<sup>64</sup>

---

1 – As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

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

3 – Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente: – Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado.

Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;

– relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;

– descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;

– contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

– os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;

– os riscos inerentes à maternidade;

– a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;

– a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

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

– se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

<sup>64</sup> Nesse sentido a precisa a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo. [...] *O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a*

No Brasil, também será sigilosa a identidade dos doadores de embriões ou gametas e dos seus receptores de igual forma. Somente poderá ser fornecida, por motivação médica e para os médicos, informações que se mostrem relevantes, contudo, sem qualquer rompimento do sigilo da identidade do doador. Já havendo manifestação, por parte da jurisprudência, embora com pouca expressão, no sentido de, no caso concreto deve prevalecer o sigilo, muito embora deva-se sempre analisar a casuística.

Desta feita, diante das questões levantadas pela LPMA, para além de ser expressamente defeso a utilização por casais homoafetivos em Portugal e por pessoas singulares, ainda se extrai a inviabilidade de tentar driblar a restrição, visto que para as mulheres é inviável a utilização da técnica de forma singular para tentar viabilizar o seu projeto parental e para os homens, com a proibição da maternidade de substituição. Meios que eventualmente poderiam fazer com que os casais homoafetivos tivessem filhos.

Embora proibido em Portugal, assim como a reprodução medicamente assistida, a adoção é a forma com a qual os casais homoafetivos poderão, na teoria, concretizar o seu projeto parental, ainda que sem vínculos genéticos. A adoção poderia ser uma opção para a realização destes projetos. Para isso, no próximo item se fará uma análise de todo o instituto da adoção tanto no Brasil como em Portugal.

---

*segunda de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram. Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por dador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. São exemplos como esses que demonstram o equívoco em que laboram decisões que confundem investigação da paternidade com direito à origem genética. Em contrapartida, toda pessoa humana tem direito inalienável ao estado de filiação, quando não o tenha. Apenas nessa hipótese, a origem biológica desempenha papel relevante no campo do direito de família, como fundamento do reconhecimento da paternidade ou da maternidade, cujos laços não se tenham constituído de outro modo (adoção, inseminação artificial heteróloga ou posse de estado). É inadmissível que sirva de base para vindicar novo estado de filiação, contrariando o já existente. [...]".Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética. DireitodaFamília.net. Disponível em <http://www.direitodafamilia.net>. Acesso em 17/04/2006.*

## **2.2. Adoção**

### **2.2.1. Breve visão legislativa acerca da adoção**

### **2.2.2. No âmbito português**

Antes da última reforma do Código Civil Português, de 1977, a adoção era pouco utilizada de forma regularizada, pois para sua efetivação lhe eram exigidos muitos requisitos. No entanto, após a referida reforma estes requisitos foram flexibilizados a ponto de tornar mais acessível o instituto, tais como: a redução da idade mínima para adotar, a diminuição do tempo de duração do casamento dos adotantes. Deixou de existir a exigência de que o casal adotante não possuísse filhos biológicos, bem como, passou-se a permitir que também a pessoa não casada pudesse adotar.

Com efeito, as referidas alterações dos requisitos e do próprio instituto se deram nos Decretos - Lei nº 185/93, de 22 de maio, após, no nº 120/98, de 8 de maio e, por fim, na Lei 135/99 de 28 de agosto. Estas alterações legislativas permitiram que casais que vivem em união de fato também pudessem adotar, desde que respeitado e atendido o melhor interesse da criança, o que também foi destacado dentro desta evolução legislativa que ocorreu a partir da década de setenta. Logo, as atuais previsões do Código Civil Português, inseridas pelos Decretos e Lei passaram a promover de forma mais afetiva e ampla a adoção, o que, por certo, motivou o crescimento do instituto de forma legal.

### **2.2.3. No âmbito brasileiro**

O antigo Código Civil de 1916 chamava tanto a adoção de menores como de maiores de simples adoção e somente poderia adotar quem não tivesse filhos. A adoção ocorria mediante escritura pública e somente vinculava parentalidade entre adotante e adotado, sem qualquer vínculo com a família estendida, avós, irmãos, tios, etc.

Em 1965, foi editada uma lei que admitia uma nova modalidade de adoção, a qual se denominou de legitimação adotiva. Dependia de decisão judicial, era irrevogável e



rompia os vínculos de parentesco com a família biológica, o que já se aproximou com a atual adoção que existe no Brasil.

Após, no ano de 1979, foi criado o já revogado Código de Menores, o qual instituiu a adoção plena em substituição a anterior legitimação adotiva, no entanto, os efeitos e requisitos permaneceram os mesmos. Outrossim, passou-se a poder acrescentar à certidão de nascimento do adotando os nomes dos avós, sem que fosse necessário o consentimento expresso destes, tendo em vista que, a extensão do parentesco deixou de ser apenas em relação ao(s) adotante(s), passando a vincular o adotando a toda a família adotante.

Em 1988 foi promulgada a nova Constituição Brasileira, já mencionada no primeiro capítulo, a qual previu expressamente que não pode haver diferenciação entre os filhos, de modo que não podem ser discriminados, previsão que está em seu artigo 227, §6º<sup>65</sup>. Assim, a partir deste importante marco legislativo, não há que se falar mais em distinção entre filhos adotivos e biológicos, os quais eram chamados de legítimos conforme anterior legislação, em face da previsão legal da isonomia.

Logo, com o intuito de dar mais efetividade à norma constitucional, foi elaborada a Lei 8069/90, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que estabeleceu novas regras para a adoção, a qual está em vigor até os dias de hoje, no entanto, sofreu alterações evolutivas no tocante à adoção, nos termos da Lei 12010/2009. Tais alterações serão abordadas no desenvolvimento do presente.

A título de esclarecimento, havia, no Código Civil Brasileiro de 1916, algumas disposições regulamentando a adoção de maiores de 18 anos, todavia, com o advento da Lei 12010/2009, todos os dispositivos do diploma legal citado, em relação à adoção, artigos 1619º ao 1628º, foram revogados, passando a adoção a ser regulada tão somente pelo código menorista ECA (Lei 8069/90). Com isso, extinguiram-se as discussões

---

<sup>65</sup> Artigo 227 da Constituição Federal Brasileira: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, *ou por adoção*, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (grifei)

doutrinárias acerca das omissões contidas no Código Civil brasileiro acerca da adoção, uma vez que agora todas as modalidades são regulamentadas pelo ECA.

Com efeito, pode-se dizer acerca das leis existentes que, de uma maneira global e, especialmente no Brasil e em Portugal, se verifica que as atuais alterações legislativas e jurisprudenciais foram efetivadas no sentido de tentar perfectibilizar a adoção e para que se pudesse ampliar o instituto, o que, por certo, proporcionou uma maior humanização deste, na medida em que se voltou o olhar da adoção ainda mais para o melhor interesse da criança. As mudanças presentes nos termos do artigo 1974, n. 1 do Código Civil português<sup>66</sup> e artigos 41 e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro<sup>67</sup> enfatizam que se a adoção não trazer reais e efetivas vantagens para o adotando, possivelmente esta não será autorizada administrativamente, tampouco chancelada judicialmente.

Feita essa primeira abordagem no tocante a recente evolução histórico/legislativa do instituto, passamos, de forma breve, para a sua conceituação e natureza jurídica.

#### **2.2.4. Adoção: conceito e natureza jurídica**

Inicialmente se destaca que *a filiação biológica trata-se de um fato natural, que se dá com o nascimento. Já a filiação adotiva, por consequência, tratar-se-á de um fato jurídico*<sup>68</sup>, o qual se constitui através da adoção, estabelecendo um vínculo legal entre adotante e adotado. *A adoção é destacada, no plano sistemático do diploma legislativo, como uma das fontes das relações jurídicas familiares depois do casamento, do parentesco e da afinidade. E é para caracterizá-la, entre as demais fontes das relações*

---

<sup>66</sup> ARTIGO 1974º do Código Civil Português

1. A adoção apenas será decretada quando apresente reais vantagens para o adoptando, se funde em motivos legítimos, não envolva sacrificio injusto para os outros filhos do adoptante e seja razoável supor que entre o adoptante e o adoptando se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação.

<sup>67</sup> Artigo 41 do ECA: A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Artigo 43 do ECA: A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

<sup>68</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. 4ªed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 426.

*jurídicas familiares, que (ainda no núcleo das disposições gerais aplicáveis ao direito de família) o artigo 1586º a define como «vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973º e seguintes».*<sup>69</sup> Tem-se ainda pormenorizada conceituação.<sup>70</sup>

Trata-se, de acordo com Helena Bolieiro e Paulo Guerra<sup>71</sup>, de *acto jurídico complexo de feição privada (a manifestação de vontade de adoptar, os vários consentimentos) e a pública (a prolação de uma sentença)*. Neste sentido, para se perfectibilizar a adoção é indispensável o trânsito em julgado da sentença que a constituiu, atendidos os prévios requisitos legais que são exigidos.

Já nas palavras da doutrinadora brasileira, Maria Berenice Dias, adoção é um *ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada a uma chancela judicial*<sup>72</sup>. Ou seja, apenas irá produzir efeitos legais a partir do trânsito em julgado da sentença em que constituiu a adoção (eficácia constitutiva da sentença). Com descrições diferenciadas, sendo o mesmo instituto, percebemos ainda que possuem conceitos semelhantes e, principalmente, com a mesma carga jurídica.

---

<sup>69</sup> LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. **Código Civil Anotado**. Volume V (Artigos 1796.º a 2023.º). Coimbra Editora 1995.

<sup>70</sup> Apesar de enquadrarmos as famílias adoptivas nas novas formas de família, o conceito de adoção é quase tão antigo como a história da humanidade. No antigo Testamento é-nos dado conta que Moisés foi retirado de um canavial pela filha de um faraó, que em seguida o adoptou.

Nos nossos dias, a imagem da maternidade e da paternidade encontra-se extremamente valorizada. Ter um filho tornou-se quase uma exigência no sistema de representações do indivíduo e da família. Símbolo da perenidade da espécie, um filho é também, muitas vezes, símbolo da identidade sexual, da integridade física e da integração social do indivíduo e do casal. Daí o desejo de ter um filho (Leandro, 1987).

Adultos querem crianças, crianças precisam de pais. A questão parece ser simples, mas, tal como em qualquer outra relação humana, a adopção significa uma grande complexidade de emoções, necessidades e interacções.

Num esforço para defender a criança, durante muito tempo advogou-se a inexistência de qualquer diferença entre famílias biológicas e adoptivas. Porém conclui-se que estas, apesar de terem um funcionamento idêntico ao das famílias não adoptivas, apresentam algumas especificidades com as quais é preciso saber lidar. A adopção é uma decisão que afecta todos os seus intervenientes. Pais e crianças, ninguém fica indiferente a esta forma de constituir família.

RELVAS, Ana Paula e ALARCÃO, Madalena. Coordenação. *Novas Formas de Família*. Coleção Psicologia e Psiquiatria. 2ª Ed. Março de 2007. Editora Quarteto. P. 125.

<sup>71</sup> BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A criança e a família – uma questão de direito(s)*, Coimbra Editora, 2009, p. 327.

<sup>72</sup> Op cit, fl. 426.

Sabemos que está totalmente em desuso o conceito contratual anteriormente atribuído à adoção, uma vez que, anteriormente, a adoção poderia ser estabelecida através de escritura pública, sem qualquer intervenção do Estado/Juiz, o que conferia um *status* extremamente privado ao instituto, na medida em que somente dependia da vontade das partes. Atualmente, se tem muito mais a busca de uma família através do afeto, a qual estará submetida a rigorismos judiciais, para que transcenda de uma mera relação contratual entre adotante e adotado.

Superada esta questão de que a adoção poderia ser instituída através de escritura pública, e hoje, somente através de uma sentença judicial, vê-se que estão respeitados todos os requisitos legais exigidos. Verificamos que mais do que “vinculação” de uma criança a uma família, se busca a sua proteção perante o seu estado de extrema vulnerabilidade anterior, proporcionado por sua própria família biológica, a qual, via de regra, não possui condições de exercer o ônus das responsabilidades parentais, na sua plenitude<sup>73</sup>. Desta forma, a criança passa a estar vinculada a uma família (adotante) que, em tese, possui estas condições. Estas condições são previamente e criteriosamente analisadas. Inicialmente, de forma administrativa pelos órgãos sociais e, posteriormente, no Judiciário de acordo com a modalidade, a fim de se estabelecer a adoção através da via judicial. Sabemos, também, que as vias judiciais podem ser de tipos e modalidades diferentes e estas diferenças serão abordadas no item a seguir.

---

<sup>73</sup> Neste sentido há entendimento jurisprudencial: Promoção e protecção de menores. Confiança para adopção.

I – Os pais que têm influência decisiva na organização do Eu da criança. E quem exerce as funções parentais deve prestar os adequados cuidados e afectos com vista a estruturação harmoniosa da personalidade da criança.

II – Em regra e por força do primado da família biológica há que apoiar as famílias disfuncionais, quando se vê que há possibilidade destas encontrarem o seu equilíbrio.

III – Quando tal já não é possível, ou pelo menos já não o é em tempo útil para a criança, quer porque a família biológica é ausente ou apresenta disfuncionalidades tais que comprometem o estabelecimento de uma relação afectiva gratificante e securizante para a criança é imperativo constitucional que se salvguarde o interesse da criança, designadamente desencadeando os mecanismos legais com vista à adopção. Ac. do TRE de 06.12.2007 Proc. 2256/07-3. Relator: Pires Robalo.

### 2.2.5. Modalidades, requisitos e efeitos da adoção

Em Portugal há dois tipos/modalidades de adoção, a plena e a restrita, as quais podem ser conjuntas ou singulares. Será conjunta quando a adoção é feita pelo casal, de forma conjunta, como o próprio nome diz, o qual podem viver em união de fato ou serem casados, desde que possuam sexos diferentes. Será singular, denominação também autoexplicativa, quando efetuada por apenas uma pessoa, individualmente, singularmente, a qual pode ser casada, viver em união estável ou ser solteira.

Pode haver uma combinação entre elas, ou seja, a plena pode ser conjunta ou singular e, de igual forma, a restrita também poderá ser conjunta ou singular, o que faz com que tenhamos a sensação de existirem quatro tipos de modalidades.

No Brasil, fazendo um comparativo com Portugal, poderia se dizer que há somente uma modalidade, a plena, a qual poderá ser singular ou conjunta. Contudo, no Brasil dizemos que possuímos dois tipos de adoção, a conjunta e a unilateral (singular em Portugal), ambas equivalentes à plena.

É através da **adoção plena**<sup>74</sup> que a criança, ao ser adotada, rompe totalmente os vínculos com a família biológica. Esta decisão é constituída através de sentença judicial, após criteriosa avaliação e preenchimento de determinados requisitos, sendo irrevogável. Dessa forma, se estabelece o vínculo de filiação entre adotante e adotado, sem qualquer diferença entre os filhos biológicos e adotivos em relação ao parentesco, obrigações e deveres recíprocos entre pais e filhos, assim como em relação à família estendida. Assim, a relação de filiação jurídica, embora sem origem biológica, se aproxima ao máximo da relação de filiação natural, mas por certo, independentemente dos vínculos de sangue.

A **adoção restrita**<sup>75</sup> está em desuso pela facilitação em relação à adoção plena. Será constituída através de sentença judicial, no entanto, nesta hipótese, o adotando não rompe totalmente os vínculos com o a família biológica, de modo que os progenitores continuam com as suas responsabilidades sucessórias e vinculados, conseqüentemente, à obrigação da prestação de alimentos, mantendo o adotando os seus direitos e deveres em

---

<sup>74</sup> Grifo nosso.

<sup>75</sup> Grifo nosso.

relação à família biológica. Estes aspectos vão ao encontro do artigo 1996 presente no Código Civil Português<sup>76</sup> e trata-se de uma espécie de “guarda”<sup>77</sup> dos adotantes perante o adotando. Embora os termos do artigo 1997<sup>78</sup> do Código Civil Português determinem que caberá, exclusivamente ao adotante, todos direitos e obrigações dos pais em relação ao exercício do poder paternal. Cabe ressaltar que a adoção restrita, a qualquer tempo, poderá ser revertida para a forma de adoção em plena, a pedido dos adotantes, nos termos do artigo 1977 n. 2 do Código Civil Português.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> O adotado, ou seus descendentes, e os parentes do adoptante não são herdeiros legítimos ou legitimários uns dos outros, nem ficam reciprocamente vinculados à prestação de alimentos. (Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11)

<sup>77</sup> A guarda de uma criança deve ser concedida a quem apresentar melhores condições de criá-la, educá-la e ampará-la, tanto material como afetivamente. Para o deferimento ou para alteração da guarda de menor, há que se levar em consideração a inúmeras circunstâncias. Há que se buscar sempre o melhor interesse da criança, concedendo sua guarda a quem melhor atender às suas necessidades materiais, morais, afetivas, etc, a fim de lhe proporcionar uma vida digna e um desenvolvimento pleno e sadio, como é direito de toda criança ou adolescente, nos termos da Constituição Federal Brasileira e do Estatuto da Criança e do Adolescente. O instituto da Guarda é regulamentado no direito brasileiro, através do artigo 1584 do Código Civil, que define: A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

<sup>78</sup> Artigo 1997 do Código Civil Português: Cabe exclusivamente ao adoptante, ou ao adoptante e seu cônjuge, se este for pai ou mãe do adoptando, o exercício do poder paternal, com todos os seus direitos e obrigações dos pais, salvo o disposto no artigo anterior. (Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11).

<sup>79</sup> Artigo 1977 n. 2: A adopção restrita pode a todo o tempo, a requerimento dos adoptantes, ser convertida em adopção plena, desde que se verifiquem os requisitos para esta exigidos. (Redacção do Dec. – Lei 496/77, de 25-11)

Sabemos que existem diversas modalidades de adoção, mas existem **requisitos**<sup>80</sup> que lhes são comuns, os quais devem ser observados independentemente do tipo de adoção que se está pleiteando.

O instituto da adoção visa, conforme já dito, acima de qualquer outro requisito, preservar e atender o melhor interesse da criança, de modo que o adotando tenha uma convivência familiar e comunitária com a família adotante, apresentando reais e efetivas vantagens a este indivíduo. Tendo em vista que a criança somente está sendo colocada em família substituta em razão da negligência da sua família natural (que a rejeitou) e que consentiu a sua adoção, ou por terem sido os pais inibidos das suas responsabilidades parentais (no Brasil, denominados de destituídos do exercício do poder familiar) por não possuírem as mínimas condições de prestar ao filho(a) os cuidados que lhe são necessários.

Para submeterem-se à adoção existem requisitos objetivos e subjetivos, devendo os adotantes apresentarem-se ao organismo de segurança social, local em que devem comunicar a sua intenção de adotar. Para que, a partir desta comunicação, se possam tomar as providências legais acerca do processo administrativo e judicial, o qual consiste na entrega aos prete0nsos adotantes de um certificado de comunicação e respectivo registro, tanto em relação aos adotantes como para os adotandos, de forma que possam ser analisados os critérios estabelecidos para que a adoção se proceda.

Em relação a quem pode ser adotado, encontra-se a regulamentação legal nos artigos 1980 a 1984 e artigos 1990 e 1991 do Código Civil Português<sup>81</sup>. Ainda, constam

---

<sup>80</sup> Grifo nosso.

<sup>81</sup> o artigo n. 1980, que refere n. 1: “Podem ser adotados plenamente os menores filhos do cônjuge do adoptante e aqueles que tenham sido confiados, judicialmente ou administrativamente, ao adoptante.” n. 2: “O adoptando deve ter menos de 15 anos à data da petição judicial de adopção; poderá, no entanto ser adotado quem, a esta data, tenha menos de 18 anos e não se encontre emancipado quando, desde idade não superior a 15 anos, tenha sido confiado aos adoptantes ou a um deles quando for filho do cônjuge do adoptante.” (Redação do Dec. – Lei 185/93, de 22-5) \*(Decreto-Lei n°120/98, de 8-05); artigo n. 1981 n.

1. Consta que: *É necessário para a adopção o consentimento:*

a) Do adoptando maior de 12 anos; \*

b) Do cônjuge do adoptante não separado judicialmente de pessoas e bens;

c) Dos pais do adoptando, ainda que menores e mesmo que não exerçam o poder paternal, desde que não tenha havido confiança judicial.

d) Do ascendente, do colateral até ao 3º grau ou do tutor, quando, tendo falecido os pais do adoptando, tenha este a seu cargo e com ele viva. \*

como critérios objetivos para os adotantes estarem habilitados para a candidatura, os constantes nos artigos 1979 e 1992 do Código Civil Português<sup>82</sup>, os quais se referem à adoção plena e restrita, respectivamente.

Realizada a análise dos critérios objetivos, passamos à análise dos critérios subjetivos. Para, após, serem avaliados se estão aptos a proceder com a adoção. Entendemos que a aprovação da candidatura dos adotantes traz como efeito a possibilidade de aplicação de medida de promoção e proteção de confiança à pessoa selecionada para a adoção<sup>83</sup> (a rejeição da candidatura tem a possibilidade de recurso ao Tribunal Competente).

---

2. No caso previsto no n.º 2 do artigo 1978º, tendo a confiança fundamento nas situações previstas nas alíneas c), d) e e) do n.º 1 do mesmo artigo, não é exigido o consentimento dos pais, mas é necessário o do parente aí referido ou do tutor, desde que não tenha havido confiança judicial. \*

3 - O tribunal pode dispensar o consentimento:

a) Das pessoas que o deveriam prestar nos termos dos números anteriores, se estiverem privadas do uso das faculdades mentais ou se, por qualquer outra razão, houver grave dificuldade em as ouvir; \*

b) Das pessoas referidas nas alíneas c) e d) do n.º 1 e no n.º 2, quando se verificar alguma das situações que, nos termos das alíneas c), d) e e) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 1978., permitiriam a confiança judicial; \*

c) Dos pais do adoptando inibidos do exercício do poder paternal, quando, passados 18 ou 6 meses, respectivamente, sobre o trânsito em julgado da sentença de inibição ou da que houver desatendido outro pedido, o Ministério Público ou aqueles não tenham solicitado o levantamento da inibição decretada pelo tribunal, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 1916.º \*

(Redacção do Dec.-Lei 185/93, de 22-5)

\* (Decreto-Lei n.º 120/98, de 8-05)

<sup>82</sup> ARTIGO 1979º do Código Civil Português:

1 - Podem adoptar plenamente duas pessoas casadas há mais de 4 anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, se ambas tiverem mais de 25 anos.

2 - Pode ainda adoptar plenamente quem tiver mais de 30 anos ou, se o adoptando for filho do cônjuge do adoptante, mais de 25 anos.

3 - Só pode adoptar plenamente quem não tiver mais de 60 anos à data em que o menor lhe tenha sido confiado, salvo se o adoptando for filho do cônjuge do adoptante.

4 - Excepcionalmente, quando motivos ponderosos o justifiquem, pode adoptar plenamente quem tiver menos de 60 anos à data em que o menor lhe tenha sido confiado, desde que não seja superior a 50 anos a diferença de idades entre o adoptante e o adoptando ou, pelo menos, entre este e um dos cônjuges adoptantes.

(Redacção do Decreto-Lei n.º 120/98, de 08-05)

ARTIGO 1992º

1 - Pode adoptar restritamente quem tiver mais de 25 anos.

2 - Só pode adoptar restritamente quem não tiver mais de 50 anos à data em que o menor lhe tenha sido confiado, salvo se o adoptando for filho do cônjuge do adoptante.

(Decreto-Lei n.º 120/98, de 08-05)

<sup>83</sup> Será colocado sob medida de protecção aqueles menores que estejam sob negligência familiar.

Menores. Processo de protecção e promoção. Confiança para adopção

I – Ser progenitor, de corpo inteiro, implica dar carinho, atenção, protecção, segurança e ter capacidade para formar, tratar e cuidar dos filhos. Se o(s) mesmo(s) apesar dos apoios que lhe(s) foi(ram) dado(s) por terceiros e de se ter verificado algum esforço feito naquele sentido, o que é de louvar, e das boas intenções,



Desta forma, após a manifestação de vontade dos adotantes acerca da sua intenção, e aprovada a candidatura, o candidato adotante poderá ter o menor sob sua responsabilidade mediante confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção nos termos do artigo 8º, nº1, do Decreto-Lei nº185/93, na redação que lhe deu a Lei nº31/2003.

Na fase da confiança, que pode ser administrativa ou judicial, é o momento em que o candidato adotante pode tomar o menor à sua responsabilidade, com vista à futura adoção, conforme artigo 1982, nº3 do Código Civil Português<sup>84</sup>. Após, atendidos os requisitos para confiança, o candidato que tenha tomado o menor sob sua responsabilidade poderá postular judicialmente o exercício da tutela do menor, com vista à futura adoção, estando o menor, neste momento, já em contato com os adotantes.

No Brasil, a grande diferença em relação aos critérios objetivos para a candidatura à adoção são as idades, tanto para quem pode adotar como para quem irá ser adotado, pois, no Brasil, não há idade limitante para ser adotado, embora conste no artigo 40 do ECA<sup>85</sup>, que somente podem ser adotados, quem possuir até dezoito anos à data do pedido. Há, no Código Civil brasileiro, expressa previsão legal, no artigo 1619<sup>86</sup>, o que prevê a adoção de pessoas maiores de dezoito anos; artigo não revogado do Código que regulamenta a adoção a maiores de dezoito anos.

---

é(são) e continua(m) a ser incapaz(es) de desempenhar tais tarefas e funções, terá necessariamente de se arranjar um substituto, capaz de, com vantagens evidentes para o menor, as exercer.

II – A incapacidade de exercer a paternidade ou maternidade responsável pode configurar uma situação que pode qualificar-se de maus-tratos. Na realidade, por maus-tratos não se entende só a agressão física ou psicológica, mas também “o insucesso na garantia do bem-estar material e psicológico da criança, necessário ao seu desenvolvimento saudável e harmonioso”.

III – Nestes casos justifica-se e impõe-se a tomada de medidas protectoras, designadamente a do afastamento ou ruptura com a família biológica, com vista a integração noutra família que ame e proteja a criança.

IV – Para a verificação da situação prevista na alínea d) n.º1 do art.º1978.º CC, não é de exigir que a mesma se impute aos pais a título de culpa, bastando a sua objetiva ocorrência.

Ac. do TER de 03.03.2010. Proc. 997/08.2TMFAR.E1 Relator: Bernardo Domingos.

<sup>84</sup> Artigo 1982º do Código Civil Português

nº 2. O consentimento pode ser prestado independentemente da instauração do processo de adopção, não sendo necessária a identificação do futuro adoptante.

<sup>85</sup> Art. 40. O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

<sup>86</sup> Art. 1.619 do Código Civil Brasileiro: A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Assim, em que pese eventual divergência em relação aos dois dispositivos legais, podem ser adotadas, inclusive, as pessoas que já atingiram a maioridade. Devem apenas serem atentadas as diferenças de idade entre adotantes e adotado, pois deve ser observada a diferença de dezesseis anos. Demais requisitos impeditivos estão nos termos do artigo 42 do ECA e em seus parágrafos <sup>87</sup>.

Salientamos que o principal **efeito**<sup>88</sup> da adoção é o fato do adotando adquirir o *status* de filho do casal adotante (após a sentença que constituir a adoção) ou do adotante singular e, com isso, todas as consequências legais, direitos e deveres decorrentes da filiação. Todos os efeitos estarão existentes nesta nova relação que se estabelece, nos termos do artigo 1986 do Código Civil Português.<sup>89</sup>

Existe uma exceção com relação a desvinculação total para com a família biológica, pois se mantém, de certa forma, o adotando 'vinculado' à família biológica no que diz respeito aos impedimentos matrimoniais, os quais são mantidos também em relação a família biológica, mesmo sem a manutenção de qualquer relação de filiação, a qual se rompe através da adoção plena.

---

<sup>87</sup> Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

<sup>88</sup> Grifo nosso.

<sup>89</sup> Artigo 1986 do Código Civil Português

n. 1. Pela adopção plena o adoptado adquire a situação de filho do adoptante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adoptado e os seus ascendentes e colaterais naturais, sem prejuízo do disposto quanto a impedimentos matrimoniais nos artigos 1602º a 1604º.

n. 2. Se um dos cônjuges adopta o filho do outro mantêm-se as relações entre o adoptado e o cônjuge do adoptante e os respectivos parentes. (Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11)

Considerando este desligamento do adotado da família biológica, se estabelece que o adotando perde os apelidos de origem e toma os apelidos dos adotantes, conforme orientações estabelecidas em lei, podendo, de acordo com o Decreto-Lei n. 185/93, a requerimento do adotante, excepcionalmente, alterar o nome próprio do menor, respeitado o direito à identidade pessoal deste, o que será analisado judicialmente, caso a caso, nos termos do artigo 1988, n. 2 do Código Civil Português. Também ressaltamos que, sendo o menor adotado por um casal português, ele passa a obter a nacionalidade portuguesa, por aquisição.

Transitada em julgado a sentença que constituiu a adoção plena, esta será irrevogável. Ademais, se tem como efeito da adoção a expressa proibição de se estabelecer filiação natural do adotando fora do casamento, nos termos do artigo 1987 do Código Civil Português<sup>90</sup>.

E, por fim, de certa forma podemos dizer que um dos efeitos da adoção é a possibilidade de revisão de sentença, o que parece contraditório quando acabamos de mencionar a sua irrevogabilidade, no entanto, há previsão para casos em que existem vícios de vontade, a qual poderá ocorrer nas hipóteses previstas no artigo 1990, n° 1 do Código Civil Português.<sup>91</sup>

Feitas estas breves e gerais considerações sobre o instituto da adoção, de forma que tenhamos uma perspectiva da sua conceituação, seus efeitos e seu enquadramento

---

<sup>90</sup> ARTIGO 1987° (Estabelecimento e prova da filiação natural)

Depois de decretada a adoção plena não é possível estabelecer a filiação natural do adoptado nem fazer a prova dessa filiação fora do processo preliminar de publicações. (Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11)

<sup>91</sup> ARTIGO 1990 ° do Código Civil Português (Revisão da sentença)

1. A sentença que tiver decretado a adoção só é susceptível de revisão:

- a) Se tiver faltado o consentimento do adoptante ou dos pais do adoptado, quando necessário e não dispensado;
- b) Se o consentimento dos pais do adoptado tiver sido indevidamente dispensado, por não se verificarem as condições do n° 3 do artigo 1981°;
- c) Se o consentimento do adoptante tiver sido viciado por erro desculpável e essencial sobre a pessoa do adoptado;
- d) Se o consentimento do adoptante ou dos pais do adoptado tiver sido determinado por coacção moral, contanto que seja grave o mal com que eles foram ilicitamente ameaçados e justificado o receio da sua consumação; Se tiver faltado o consentimento do adoptado, quando necessário.

2. O erro só se considera essencial quando for de presumir que o conhecimento da realidade excluiria razoavelmente a vontade de adoptar.

3. A revisão não será, contudo, concedida quando os interesses do adoptado possam ser consideravelmente afectados, salvo se razões invocadas pelo adoptante imperiosamente o exigirem.

(Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11)

legal, passaremos, neste momento, à análise de um instituto que se faz pertinente à presente reflexão, que são os casos e possibilidades de apadrinhamento civil.

### 2.3. Instituto português denominado apadrinhamento civil

Em que pese ser um instituto jurídico que comporte uma análise pormenorizada, se fará apenas uma abordagem sistemática a fim de fazer uma diferenciação do instituto da adoção, bem como, por estar sendo, em Portugal, muito incentivada a sua utilização para casos em que não estão preenchidos os requisitos para se estabelecer juridicamente uma adoção, o qual, inclusive, é um dos requisitos para que seja instituído o apadrinhamento. Ainda, se faz pertinente para o esclarecimento de um caso concreto e recente em que um casal de homossexuais está apadrinhando um menor, em Portugal. Muito embora exista da doutrina portuguesa a interpretação de que não há possibilidade de homossexuais utilizarem-se do presente instituto, por analogia à impossibilidade expressa para adotar, mesmo que não conste tal impedimento na lei do apadrinhamento civil.<sup>92</sup>

O apadrinhamento civil é regulamentado através da Lei 103/2009 de 11 de Setembro e constitui, nos termos do artigo segundo da referida lei; *uma relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e que com ele estabeleçam vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento, constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo civil*. Outrossim, trata-se de um instituto formal que, para ser concretizado, para além do já referido, deve

---

<sup>92</sup> Na obra **Poder parental e responsabilidades parentais**, escrita por diversos Juízes Portugueses, há a interpretação de que não seria viável casais homossexuais se utilizarem do instituto do apadrinhamento civil, justificando da seguinte forma: “No que respeita à possibilidade de casais homossexuais, unidos pelo matrimónio ou a viverem em união de facto poderem apadrinhar, hipótese que foi equacionada na sequência de a lei do apadrinhamento não conter qualquer impedimento a tal, veio agora a ser afastada pelo diploma regulador da habilitação dos padrinhos, o DL 121/2010, de 27 de outubro. O art. 3.º, n.º4, afasta, em definitivo, essa possibilidade, determinando a aplicação da habilitação dos padrinhos no disposto no art.º 3.º da Lei 9/2010, de 31.05, onde se consagra a impossibilidade de adopção por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo.” LEAL, Ana Teresa. *et al*. **Poder Paternal e responsabilidades parentais**. 2ª Edição, actualizada e aumentada, 2010. Editora Quid Juris? – Sociedade Editora Limitada.

atender diversos requisitos formais, objetivos e subjetivos, os quais, alguns nos moldes da adoção, mas com as peculiaridades do instituto, como idade do afilhado e dos padrinhos habilitação perante o organismo competente da segurança social, dentre outros expressos na lei.

Desta feita, será estabelecido o apadrinhamento civil naqueles casos em que não há o preenchimento legal dos requisitos para a adoção ou nos casos em que deixaram de existir eventuais requisitos, após ter sido confiada a criança a determinado casal, com vista a futura adoção, mas sempre com o intuito de preservar o melhor interesse da criança, especialmente daqueles que estejam em vulnerabilidade social e afetiva, conforme artigo 5<sup>o</sup><sup>93</sup> da referida Lei.

Trata-se de um vínculo menos rígido que a adoção restrita e mais comprometido que a tutela<sup>94</sup>, entretanto, sem que haja vínculos sucessórios e obrigacionais entre padrinhos, madrinhas e afilhados, tampouco lhe é facultada a adoção dos seus apelidos (sobrenome). Sendo que a obrigação alimentar dos padrinhos para com os seus

---

<sup>93</sup> Desde que o apadrinhamento civil apresente reais vantagens para a criança ou o jovem e desde que não se verifiquem os pressupostos da confiança com vista à adoção, a apreciar pela entidade competente para a constituição do apadrinhamento civil, pode ser apadrinhada qualquer criança ou jovem menor de 18 anos:

- a) Que esteja a beneficiar de uma medida de acolhimento em instituição;
- b) Que esteja a beneficiar de outra medida de promoção e protecção;
- c) Que se encontre numa situação de perigo confirmada em processo de uma comissão de protecção de crianças e jovens ou em processo judicial;
- d) Que, para além dos casos previstos nas alíneas anteriores, seja encaminhada para o apadrinhamento civil por iniciativa das pessoas ou das entidades referidas no artigo 10.

<sup>94</sup> Em relação a adoção restrita, há neste mesmo capítulo os seus requisitos e especificações, a tutela, no ordenamento jurídico Português, nos termos do n.º.3 do artigo 7.º (da Lei n.º 103/2009) dispõe que: quando os pais da criança ou jovem estiverem falecido, ou estiverem inibidos do exercício das responsabilidades parentais ou se forem incógnitos, são aplicáveis, os artigos 1943.º e 1944.º do CC. LEAL, Ana Teresa. D'OLIVEIRA, Felicidade. MELO, Helena Gomes de. RAPOSO, João Vasconcelos. CARVALHO, Luís Baptista. BARGADO, Manuel do Carmo. **Poder Paternal e responsabilidades parentais**. 2ª Edição, actualizada e aumentada, 2010. Editora Quid Juris? – Sociedade Editora Ld.ª, fl. 253, em outras palavras Tutela no ordenamento jurídico brasileiro, que trata-se de: “instituto pelo qual uma pessoa maior e capaz é investida dos poderes necessários para a protecção do menor. A tutela é utilizada quando o menor não tem pais conhecidos ou forem falecidos e quando os genitores forem destituídos do pátrio poder. (...) Os tutores assumem o exercício do poder familiar, sempre que, por qualquer razão, os pais estejam ausentes ou incapacitados de fazê-lo. Desaparecendo a a incapacidade e estando presente qualquer dos pais, em princípio cessará a tutela.” VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 5 edição. São Paulo, Editora Atlas, 2005 (coleção de Direito Civil, vol.6), p. 457-458.

apadrinhados será subsidiária, sempre mantendo a obrigação principal em relação aos pais, os quais mantêm-se obrigados das suas responsabilidades parentais.<sup>95</sup>

O apadrinhamento pode ser realizado por uma pessoa singular, madrinha ou padrinho, ou familiar, não sendo impedimento expreso a pessoa singular ser homossexual, ou ainda, a família que pretende apadrinhar ser homoafetiva. O que deve sempre ser levado em consideração é se o instituto irá apresentar reais e efetivas vantagens ao afilhado, com total inclusão afetiva por parte de todos.

Neste segundo capítulo pretendeu-se apenas explicitar as formas possíveis de reprodução e de constituição da filiação viáveis para casais homoafetivos, ainda que não pacificadas juridicamente em diversos aspectos, de forma a possibilitar a análise das consequências jurídicas para as relações homoparentais após a concretização dos seus projetos parentais, que se deram ou através de algumas das técnicas de reprodução assistida ou através da adoção. Pois o cerne da pesquisa não corresponde à análise jurídica de como se estabeleceram as relações homoparentais. O meio utilizado por casais homoafetivos para concretizar o seu projeto parental não deve influenciar a forma como se desenrola a parentalidade posterior destas relações homoparentais.

Embora pudesse ser eventualmente despicienda a pormenorizada caracterização do instituto da adoção, tem-se o seu destaque para a compreensão e percepção da seriedade do instituto, de forma a priorizar sempre e, independente do sexo dos pais, o melhor interesse da criança. Logo, já estabelecida esta relação homoparental, passamos à efetiva preocupação e cerne da questão, a qual será analisada no próximo e último capítulo.

---

<sup>95</sup>(...) os padrinhos assumirão o papel que geralmente lhes está associado na linguagem corrente: são pessoas que não se confundem com os pais, que não assumem o estatuto de pais, mas que desempenham as funções de pais sempre que estes não possam fazê-lo. No fundo, em linguagem corrente, o padrinho identifica-se com “aquele que acolhe” ou “aquele que protege”. Observatório Permanente da Adopção. Centro de Direito de Família. **Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil**. Primeira Edição, março de 2011. Coimbra Editora, p. 6, 8 e 64.

### **CAPÍTULO 3: REFLEXOS JURÍDICOS DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NO TOCANTE ÀS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS DE CASAIS HOMOSSEXUAIS NO PANORAMA LUSO-BRASILEIRO**

Historicamente, a humanidade é permeada por preconceitos e discriminações acerca daquilo que é determinado como diferente ou desconhecido, tal como os preconceitos em relação aos negros e as mulheres, contudo, é preciso evoluir e tal ação inclui a legislação. Aos poucos e a passos lentos isso já vem ocorrendo, pois para se ter a evolução legislativa almejada deve, necessariamente ocorrer uma quebra de paradigmas e uma adequação jurídica às transformações sociais. Entendemos que são acontecimentos que demoram um tempo para serem amadurecidos até que se consigam concretizar.

Neste sentido, vale destacar que as Cartas Constitucionais já asseguram a igualdade a todos os indivíduos, independente do sexo e/ou da sua opção sexual, nos termos do artigo 5º da CFB<sup>96</sup> e artigo 13 da CRP<sup>97</sup>. Além disso, no âmbito infraconstitucional, já existe em Portugal legislação permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo desde o ano de 2010, como mencionado no segundo capítulo, o que por certo também se trata de um enorme avanço nesta luta pelo reconhecimento das famílias homoparentais e tratamento isonômico. E, recentemente, houve um projeto de Lei<sup>98</sup> junto à Assembleia da República Portuguesa, que embora tenha sido rejeitado<sup>99</sup>, foi uma tentativa de regulamentar a co-adoção por casais do mesmo sexo, o que ensejou

---

<sup>96</sup> Artigo 5º da Constituição Federal Brasileira: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>97</sup> Artigo 13.º (Princípio da igualdade)

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. **Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.** Grifo nosso.

<sup>98</sup> Cuida-se do projeto n.º 278/XII, entretanto, após muito debate, foi rejeitado pela Assembleia da República, sem querer ter ido a referendo.

<sup>99</sup> Conforme notícia referida no site <http://www.publico.pt/politica/noticia/coadopcao-chumbada-por-cinco-votos-1628292#/0>, acesso em 08/09/2014

diversos debates, inclusive com a possibilidade de um referendo popular<sup>100</sup>, donde se pode destacar que estas questões já estão vindo à tona na seara da corte legislativa, conferindo aspectos muito positivos para o enfrentamento do tema, mesmo que no projeto não tenha sido tratada da adoção na sua forma genuína, pois esta possibilidade era ventilada somente para quando um do casal já possuísse filho<sup>101</sup>.

Com efeito, importante destacar que estamos numa época de constantes, permanentes e intensas alterações sociais e mudanças comportamentais; logo, o Direito deve adequar-se a estas circunstâncias, a fim de estar regulamentando o que a sociedade está constantemente vivenciando. O que de certa forma já vem ocorrendo, conforme já referido sobre as previsões constitucionais acerca da igualdade. Mesmo assim, ainda há muito o que adequar e prever no campo da lei infraconstitucional a fim de legitimar estas mudanças e alterações sociais, especialmente no tocante à legitimação do direito de filiação por casais homossexuais.

Fazemos esse destaque tendo em vista que uma destas mudanças comportamentais/evolutivas relaciona-se com o fato de pessoas do mesmo sexo estarem, cada vez mais, vivendo em família, no sentido jurídico do instituto, a fim de constituir um lar afetivo, o que inclui a existência de filhos. E quando se faz a referência sobre a vivência familiar, se está mencionando a busca destas pessoas em legitimar os seus anseios como pessoas inseridas e formadoras da sociedade.

Nesse sentido, embora haja esta legitimação na República Portuguesa, no reconhecimento de casamento de pessoas do mesmo sexo, destaca-se que apenas cuida-se de uma etapa em que, ainda com dificuldades, os homossexuais têm conseguido para quebrar preconceitos e se mostrarem cada vez mais inseridos no meio social, sem que

---

<sup>100</sup> Discutiu-se inclusive a constitucionalidade do mencionado referendo, o que ensejou, o doutrinador Português João Carlos Loureiro a escrever sobre a temática, conforme se verifica no artigo: Adoção, procriação, movimento lgbt e leituras (pós-)queer em “tempos líquidos” nótula sobre a questão da (in)constitucionalidade de uma proposta de referendo, disponível em: [http://apps.uc.pt/mypage/files/fd\\_loureiro/608](http://apps.uc.pt/mypage/files/fd_loureiro/608), acesso em 07/08/2014.

<sup>101</sup> Não será genuína pois não há o rompimento com a família biológica para ser inserida a criança em uma família substituta, no caso da co-adoção, será mantido o vínculo normalmente com a mãe, e o seu companheiro ou companheira que lhe será facultado adotar, ou seja passará a constar como pai ou mãe no registro de nascimento, juntamente com a mãe já existente, haverá um acréscimo e não uma substituição.



sejam taxados como grupo de risco ou qualquer outro rótulo que os menosprezem. Mas está longe de ser uma total inclusão.

No Brasil, legislativamente menos evoluído que Portugal, há apenas o reconhecimento pela Corte Suprema, conforme já referido no segundo capítulo (o que não podemos menosprezar, pois de igual sorte é um grande passo para o reconhecimento pretendido). Dessa forma, entendemos que o país também está longe de se ter uma total e igualitária inclusão.

Entretanto, a problemática não cinge no reconhecimento constitucional dos direitos igualitários para as minorias homossexuais, pois isso já se vê de forma crescente no cenário legislativo mundial<sup>102</sup>, embora lentamente já existente com a sua aplicação e reconhecimento. Assim, dentro do que já possuímos, há que se repensar sobre a ausência e/ou limitação legislativa em regulamentar as relações de filiação pretendidas por casais do mesmo sexo.

As abordagens já realizadas, no tocante ao enquadramento acerca da temática da homossexualidade, foram efetuadas para poder-se chegar à discussão de como estão se concretizando as situações acima referidas e como os casais homossexuais têm feito para efetivamente colocarem em prática o seu direito de procriar e constituir família e, principalmente, após a constituição familiar quais as consequências para os menores. Pois, como já mencionado, embora seja, de certa forma, inviável legalmente a constituição das famílias homoparentais, tanto no Brasil como em Portugal, o que se tem é que elas existem e carecem de diversas regularizações, nomeadamente para poder salvaguardar o melhor interesse da criança que está inserida nestas famílias. Mormente, por também já existir muita legislação no sentido de, cada vez mais, assegurar o melhor interesse das crianças para que possam, antes de mais, ter um desenvolvimento adequado<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Contributo especial para o reconhecimento da igualdade dos direitos os homossexuais foi a criação dos **Princípios de Yogyakarta**, que são os Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, disponível em [http://www.clam.org.br/pdf/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf), acesso em 07/08/2014. Grifo nosso.

<sup>103</sup> A evolução legislativa e a preocupação corrente com o bem estar e o melhor interesse da criança estão sendo, mundialmente, reconhecidas, ficando latente diversas questões. Nesse sentido se tem o doutrinador espanhol, Professor Catedrático de Direito Civil que refere: *“La relevancia que ha adquirido el interés del menor y la correspondiente eclosión legislativa –em forma semejante, en otros ordenamientos- no es gratuita. Conocida es la importancia que el Derecho, como otras disciplinas extrajurídicas relativas a la*

Com efeito, a existência destas famílias homoparentais que, em alguns casos, são chanceladas pelo Poder Judiciário, ainda estão permeadas por diversas omissões que fazem com que haja certa fragilidade perante a relação pais e filhos, mães e filhos. Especialmente quando há divergência e litigiosidade, que são os momentos que se fazem mais necessárias a aplicação do manto legal para assegurar a isonomia de direitos e garantias, sempre buscando proteger a parte hipossuficiente, que nestes casos serão os menores.

Outrossim, embora tenhamos refletido sobre o direito dos homossexuais, o que se pretende é verificar o direito e como as relações homoparentais têm sido enfrentadas. Especialmente diante da já referida eclosão legislativa de proteção dos interesses dos menores que, embora existentes, são pouco enfrentadas quando colocadas sob a perspectiva homoparental.

Diante do exposto, pretendemos argumentar que em nada se diferencia, legalmente, uma família homoparental de uma família heteroparental, como referido nas questões constitucionais levantadas em relação ao direito da igualdade. Desta forma, devem ser afastadas as lacunas existentes da nova figura familiar perante a constituição com o enfrentamento dos casos concretos e com a aplicação da legislação já vigente em relação às relações paterno-filiais. E, porque não, com uma criação legislativa prevendo expressamente a inclusão de pais e mães do mesmo sexo.

---

*persona, ha dado a la infancia y a los menores en años recientes, como resultado de estudios de Psicología (sobre todo) y expresión de una sensibilidad nueva de la sociedad en esta época, que en el orden jurídico se ha traducido en una potenciación de los valores personales y del niño, en contraste con lo que ocurrió en otros tiempos no tan lejanos, en que la situación jurídica del menor quedaba institucionalizada meramente como estado civil (simple minoría de edad). Se trata de lo que se ha llamado «revalorización del menor en su calidad de persona»; y en particular, su perspectiva de futuro: el niño o adolescente actual, futuro adulto y ciudadano; su minoría, una etapa fundamental de la evolución personal e identidad individual”* HERNÁNDEZ, Francisco Riveiro. **El interes del menor**. 2ªed. Editora Dykinson, S.L. Madrid, 2007. p. 37-38

### 3.1. Breve definição dos deveres e direitos acerca do poder familiar/responsabilidades parentais

Antes de mais, para se ter uma noção do que são as responsabilidades parentais e como se estabelecem é importante retomar o conceito de família e verificarmos as relações de parentesco. Pois sabemos que só irá existir determinada vinculação oriunda do poder familiar/responsabilidades parentais, se estivermos diante de um já estabelecido vínculo familiar – concretizado pela relação de filiação – conforme exposto no primeiro capítulo, o que consubstancia-se nas relações de parentesco<sup>104</sup>. Estas relações podem ser tanto biológicas como afetivas<sup>105</sup>, tendo em mira que podem ser decorres de vínculos genéticos, bem como também em razão da adoção e da afetividade.

---

<sup>104</sup> Está regulamentado nos artigos 1591 a 1595 do Código Civil brasileiro, e estabelecem:

Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

<sup>2º</sup> Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

<sup>105</sup> No Brasil há bastante tempo já se tem o reconhecimento das relações chamadas de filiações socioafetivas, as quais são permeadas pelo afeto, sem que seja previamente estabelecido um vínculo biológico ou jurídico. Propulsora da tese temos a doutrinadora Maria Berenice Dias: “*A filiação que resulta da posse do estado de filho constitui modalidade de parentesco civil de ‘outra origem’, isto é, origem afetiva (CC 1.593). A filiação socioafetiva corresponde a verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo fato biológico ou por força de uma presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.*” *op cit*, p. 367.

Ainda nesta temática sobre parentesco além do biológico temos as palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que referem, “*São superadas, em definitivo, as distinções impostas no parentesco em razão da origem casamentária, ou não da relação, bem como são afastadas, peremptoriamente, diferenças entre parentes consanguíneos e parentes não ligados pela biologia, mas sim pelo afeto. A relação de parentesco não mais suporta discriminações ou distinções que terminam por criar diferentes categorias de pessoas humanas (e não somente parentes), privilegiando uns e detrimento de outros.* FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Direito das Famílias**. Volume 6. 5ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Editora Jus Podivm, Salvador, 2013, p. 606.

Mesmo com conceitos distintos, para referirmo-nos a “parentesco” e “família”, ambas definições são importantes para a estruturação do que se pretende verificar. O primeiro consubstancia-se em uma das fontes jurídicas das relações familiares, pois parentesco cuida-se da *relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo*<sup>106</sup>. Podemos então considerar que a família poderá ser formada por diversas linhas de parentesco, ao se ter em conta a verdade biológica e as ficções legais<sup>107</sup>.

Não obstante, ao existirem diversos núcleos familiares com diferentes graus de parentesco, não podemos deixar de considerar a família denominada estendida, a qual agrega estes diversos núcleos e, na dinâmica atual da família contemporânea, pode ser perfeitamente enquadrada no conceito de família, cujo parentesco será inter-relacionado.<sup>108</sup>

Dito isso sobre os conceitos de família e parentesco, importa-nos destacar que dentro destas definições insere-se a filiação, a qual é o mais importante vínculo de parentesco e destaque para a estrutura familiar, especialmente a que se quer analisar. Logo, indispensável destacarmos as responsabilidades parentais, assim denominadas em Portugal e, poder familiar, no Brasil.

---

<sup>106</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 17ª. ed. 5º.vol, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 431.

<sup>107</sup> Nas palavras de Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira. **Curso de Direito da Família**, vol. I, Coimbra Editora, 2001, p. 46: “*por oposição ao parentesco natural, que é o verdadeiro parentesco, a adoção é assim um parentesco legal, criado à semelhança daquele. Não quer isso dizer, porém, que se trate de uma ficção da lei. O que acontece é que a adoção assenta em outra verdade, uma verdade afetiva e sociológica, distinta da verdade biológica em que se funda o parentesco*”.

<sup>108</sup> Dentro desta dinâmica atual sobre parentesco, temos as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que referem: “*Como se pode notar, o conceito de parentesco apresentado ao longo dos tempos funda os seus esforços, basicamente, na ideia de relação entre pessoas que descendem umas das outras e entre um dos cônjuges e os parentes do outro, além da relação decorrente da adoção. Não é difícil perceber a insuficiência de tal ideia para atender às diversas situações existentes nas relações de parentesco no mundo contemporâneo. Efetivamente, a evolução da engenharia genética e das técnicas de reprodução medicamente assistida somada à presença marcante do afeto em determinadas relações humanas permitem enxergar um novo conceito para o parentesco. Múltiplo. Aberto. Sem limitações ou preconceitos. É preciso propor uma definição de parentesco no sentido mais amplo, de modo a considerar todas essas relações (decorrentes de vinculobiológico-sexual, biológico-reprodutivo assistido, adotivo, afetivo...), bem assim como as relações mantidas com entre um e outro parceiro no casamento e na união estável (as chamadas relações de afinidade). Melhor, então, sustentar o parentesco como o vínculo, com diferentes origens, que atrela determinadas pessoas, implicando em efeitos jurídicos diversos entre as partes envolvidas.*” FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Direito das Famílias**. Volume 6. 5ª Ed. Revista, ampliada e atualizada. Editora Jus Podivm, Salvador, 2013, p. 610.

Considerando o antigo e secular sistema patriarcal, o pai tinha, literalmente, poder sobre os filhos, dado que deu origem à inicial nomenclatura, “pátrio poder”<sup>109</sup>, contida no sistema jurídico do já revogado código civil brasileiro de 1916. Não se tratava do que temos hoje nas relações de responsabilidades parentais ou poder familiar, as quais são ligadas no cuidado e bem-estar do filho, com a participação igualitária da mãe, sendo um dever de ambos os pais, no sentido de tratarem os filhos como sujeitos de direitos e não objeto de propriedade do pai, como antes era feito pelo patriarca despótico<sup>110</sup>. O sistema mundial de proteção à criança não permite mais que as crianças sejam objetos dos pais ou de qualquer adulto que lhe esteja prestando os devidos cuidados.<sup>111</sup> No sistema jurídico português estão definidos os deveres e direitos relativos às responsabilidades parentais, mais precisamente nos artigos 1877º e seguintes do Código Civil, estabelecendo o limite temporal em que os filhos menores permanecem sob a responsabilidade dos pais, questões pertinentes à saúde, ao sustento, desenvolvimento físico, intelectual, dentre outros aspectos essenciais para o crescimento e desenvolvimento saudável de uma criança. Definir deveres

---

<sup>109</sup> A denominação pátrio poder, como referida no texto, é arcaica pois vincula o patriarca, e somente este, para exercer o poder sobre os filhos. No entanto, diante da evolução legislativa, a alteração da nomenclatura no Brasil não foi, de acordo com a doutrina a mais adequada, tendo em vista que manteve a palavra poder, já que passou a se chamar poder familiar, embora com a legitimação da mãe e tornando o instituto um *múnus*, não foi recebida a expressão com muito entusiasmo. Nesse sentido, mais um vez o sistema jurídico português nos é exemplar ao denominar responsabilidades parentais, para determinar e definir os deveres que os pais tem perante os filhos, sem que seja um poder e sempre a incluir ambos os genitores nos papéis de responsabilidade perante a sua prole.

<sup>110</sup> Neste sentido explica Paulo Luiz Netto Lôbo: “*A redução do quantum despótico do antigo pátrio poder foi uma constante, na história do Direito. O pátrio potestas dos romanos antigos era muito extenso, ao início abrangia o poder de vida e de morte, mas gradativamente restringiu-se, como se vê em antigo aforimo, enunciando que o pátrio poder deve ser exercido com afeição e não com atrocidade. (...) A evolução gradativa deu-se no sentido da transformação de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos, como pessoas dotadas de dignidade, no melhor interesse deles e da convivência familiar. Essa é de sua atual natureza. (...) Assim o poder familiar sendo poder e mais dever, converteu-se em um múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias que não se pode fugir. O poder familiar dos pais é um ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude de circunstâncias da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do múnus não é livre, mas necessário no interesse de outrem.*” LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar. Direito de Família e o novo código civil**. Coordenadores Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira. 3ªed. revista, atualizada e ampliada. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2003, p. 179-180.

<sup>111</sup> Inclusive no direito Brasileiro há a expressa previsão no Código Menorista, ECA de infração legal, suscetível de multa para aqueles pais que descumprirem os seus deveres como genitores, nos termos do artigo 249 do diploma legal citado. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª Ed. revista, atualizada e ampliada. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010, p. 418.

e direitos em relação ao poder familiar e definir responsabilidades parentais é o que norteia uma família para poder atrelar o vínculo biossociológico com a criança que faz parte do seu núcleo familiar, seja ela seu filho biológico ou não. De modo que normalmente se ressaltam esses deveres/direitos quando há uma separação (rompimento da união) dos cuidadores, podendo ensejar uma organização mais efetiva do papel que cada um exerce perante o filho. Existente também é a lei de proteção à criança e jovens em perigo (Lei 147/99 de 1 de setembro) que, embora seja para casos em que crianças e adolescentes estejam carecendo de proteção especial, cinge na fragilidade da relação entre pais e filhos, e quando deve o Estado intervir para promover a proteção que não está sendo prestada devidamente pelos próprios pais.

Assim como no direito português, no sistema jurídico brasileiro também é dever dos pais proporcionarem aos filhos, quando ainda não atingida a maioridade, todos os cuidados inerentes para o seu saudável desenvolvimento, seja físico, psíquico, de ordem obrigacional ou lazer, ou seja, adequado para a situação peculiar de pessoa em desenvolvimento, sempre relacionado com o seu direito à vida, saúde, desenvolvimento, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, convivência familiar, liberdade. No Brasil, estão regulamentados nos dispositivos legais, tanto no Código Civil, quanto no ECA, nos artigos 1634º e seguintes e 155º e seguintes, respectivamente. Entretanto, cumpre mencionar que os dispositivos legais no Brasil são complementares, tendo em vista que o Código Civil é descritivo sobre exercício do poder familiar e quais as suas prerrogativas, ao passo que ao Código Menorista (ECA) foi atribuída à função de regulamentar os casos de perda do poder familiar (inibição das responsabilidades parentais) em que não são observados os dispositivos do Código Civil. Por isso diz que são complementares, pois ambos regulamentam uma face do que é e como deve ser exercido o *múnus*.

Importante destacar que, embora as questões referentes aos poderes parentais sejam, na maioria das vezes, levantadas e discutidas quando da separação dos pais, não há divisão destes poderes/deveres dos mesmos em relação aos seus filhos. Por mais que a guarda seja unilateral, as responsabilidades serão de titularidade conjunta, cujo exercício

pode ser eventualmente feito por apenas um dos pais, em casos de urgência em que seja de difícil ou impossível comunicação prévia dos pais.

Não nos cabe aqui, discutir a forma como as responsabilidades parentais são exercidas, o importante é destacarmos que, quando uma criança está sob os cuidados de um casal homossexual, estes devem harmonicamente exercer a suas responsabilidades parentais, a fim de atingir o objetivo que é proporcionar ao filho um sadio e adequado desenvolvimento. A partir do momento que um par homossexual pretende e também passa a exercer na plenitude os seus deveres parentais, em nada deve ficar à margem do que já está definido como responsabilidades parentais. O obstáculo é serem reconhecidos como pais ou mães, titulares de deveres e responsabilidades perante seus filhos.

### **3.2. Formas de estabelecimento da relação homoparental – formalidade *versus* realidade**

Logicamente que, de forma natural/biológica é inviável a reprodução entre pessoas do mesmo sexo, dessa forma, necessitam de impreterivelmente recorrer a outros meios que não os naturais para estabelecerem relações homoparentais. Logo, em tese, só poderão criar vínculos de filiação, como já referido, com a utilização das técnicas de reprodução assistida ou recorrer ao instituto da adoção. Com efeito, para colocar em prática os anseios de constituição familiar com a existência de filhos de um casal do mesmo sexo, dentro dos sistemas jurídicos (português e brasileiro), estaremos por certo sem qualquer amparo legal. Formalmente é inviável constituir qualquer vínculo de filiação e é nesse aspecto que encontramos a maior barreira para que seja efetivado o desejo de constituir família com a presença de filhos, tendo em vista que não há, como já dito, qualquer legitimidade destes casais para possuírem filhos.

Considerando a hipótese de adotar, no caso de Portugal, consta no artigo 7.º da Lei da 7/2001 de 11 de Maio, que a adoção conjunta somente será reconhecida a pessoas de

sexos diferentes<sup>112</sup> e o artigo 3.º da Lei 9/2010 de 31 de Maio<sup>113</sup>, refere a impossibilidade de adoção por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo. Embora para alguns exista a interpretação que não há vedação expressa, trata-se de algo deveras subjetivo e que vai depender muito da forma como o artigo da lei será interpretado.<sup>114</sup> Mas objetivamente, de acordo com a legislação existente, o que temos é que conjuntamente casais do mesmo sexo, em Portugal, não poderão adotar.

No Brasil, embora não haja de forma expressa vedação legal para que casais do mesmo sexo possam adotar e também não é autorizado. Entretanto, se tem interpretado a nova Lei da Adoção de forma extensiva, no sentido de que casais do mesmo sexo possam vir a adotar, devido à referida omissão, pois a contrário *sensu* não há menção nenhuma na legislação de que pessoas do mesmo sexo não possam adotar como casal, embora repisamos que é ausente a previsão legal expressa autorizando. Somente há previsão legal de que pessoas singulares possam adotar, não havendo restrição à opção sexual do adotante singular o que, de certa forma, tem permitido este tipo de interpretação, de que casais homossexuais possam adotar. Podemos facilmente encontrar na jurisprudência brasileira decisões que autorizam casais homoafetivos a adotarem conjuntamente.

Mesmo considerando o avanço jurisprudencial, especialmente no Brasil, não é pacificado o entendimento pela jurisprudência da possibilidade de pares do mesmo sexo adotarem, pois ainda o que encontramos no cenário legislativo luso-brasileiro é a impossibilidade. No caso de Portugal é a impossibilidade expressa e no caso do Brasil dá-se através da omissão. Dessa forma, vê-se a dificuldade em colocar em prática qualquer

---

<sup>112</sup> Artigo 7.º da Lei da 7/2001 de 11 de Maio, que adopta medidas de protecção das uniões de facto. Disponível em [http://www.dgap.gov.pt/upload/legis/2001\\_1\\_7\\_11\\_05.pdf](http://www.dgap.gov.pt/upload/legis/2001_1_7_11_05.pdf), acesso em 20/08/2014.

Nos termos do actual regime de adopção, constante do livro IV, título IV, do Código Civil, é reconhecido às pessoas de sexo diferente que vivam em união de facto nos termos da presente lei o direito de adopção em condições análogas às previstas no artigo 1979.º do Código Civil, semprejuízo das disposições legais respeitantes à adopção por pessoas não casadas.

<sup>113</sup> Lei que regulamenta o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2010/05/10500/0185301853.pdf>, acesso em 10/03/2014.

<sup>114</sup> Artigo 3.º Adopção

1 — As alterações introduzidas pela presente lei não implicam a admissibilidade legal da adopção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo.

2 — Nenhuma disposição legal em matéria de adopção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior.



projeto parental para constituir uma família por pessoas do mesmo sexo, seja através do instituto da adoção, ou através de métodos de procriação medicamente assistidas.

Observamos que, quando se fala em viabilidade hipotética de adoção de crianças por casais homossexuais, certamente que pensamos que estes casais, antes de qualquer aproximação com as possíveis crianças que possam ser adotadas, sejam submetidos, como qualquer outro casal, ou pessoa que pretende adotar, a todos os procedimentos e requisitos que são exigidos para a adoção, tanto os objetivos como os subjetivos, como vimos de forma criteriosa, no segundo capítulo. O fato de serem casais homossexuais não deve, de forma nenhuma, os diferenciar dos demais casais que estão à espera de uma criança para adotar. Logo, uma vez atendidos todos os requisitos legais exigidos para a adoção, por um determinado casal do mesmo sexo, podemos dizer que é possível uma criança ser lhes entregue à confiança judicial, com vista à futura adoção, já que estarão respeitados os direitos subjetivos do infante e assegurados os seus direitos diante da sua peculiar situação de pessoa em desenvolvimento, de acordo com a lei.

No que tange a utilização de métodos artificiais para a constituição da filiação, formalmente para os homossexuais, é uma barreira ainda maior a ser enfrentada. Pois, em Portugal são vedadas as reproduções medicamente assistidas por pares de mesmo sexo, como já referido no segundo capítulo, bem como, inviável por pessoas singulares independente da sua opção sexual. E, no caso do Brasil, como visto, embora exista a previsibilidade de serem efetuadas estas técnicas por casais do mesmo sexo, isto é autorizado apenas por uma resolução administrativa, sem qualquer regularização legal para tal.

Conforme exposto no decorrer da presente dissertação, embora não seja viável formalmente e legalmente a existência de filhos constituídos de pares do mesmo sexo, de fato eles existem. Como consabido, tanto no Brasil (em que não há legislação) e em Portugal (que há legislação restringindo), os casais homoafetivos acabam encontrando uma maneira de, ao fim e ao cabo, colocar em prática o seu desejo de concretizar o seu projeto parental.

Assim, para constituir a filiação quando os casais pretendem adotar, na maioria dos casos, em ambos os países, o que acabam por fazer é solicitar uma adoção singular, a

qual é plenamente possível em ambos os ordenamentos jurídicos e omitem o fato de serem casados ou viverem em união de fato para conseguirem obter sucesso e habilitarem-se à adoção. Embora possível e legítima a adoção singular, mesmo a casais homossexuais casados perante a lei, no caso dos portugueses, o fato é que por serem homossexuais poderá gerar certa dificuldade em concretizar esta adoção singular, por esbarrarem ainda em preconceitos em face da sua opção sexual. Logo, de certa forma o que irá acontecer é que formalmente irá se estabelecer uma adoção singular, se concretizada e na prática uma adoção em conjunto.

Claro que em Portugal, por ser permitido casamento entre pessoas do mesmo sexo, a omissão deste dado acaba sendo mais difícil, pois mesmo que um membro do casal opte por querer adotar singularmente, deverá ter o consentimento do seu cônjuge, momento em que será verificado pelo organismo responsável que se trata na realidade de um casal de pessoas do mesmo sexo, o que poderá inviabilizar a adoção, mesmo singular e é neste momento em que mais se verificam as dificuldades.

Para a utilização de métodos de procriação medicamente assistida, considerando que a maternidade de substituição é a forma viável para que os casais homossexuais masculinos possam exercer o seu direito de procriação, os cidadãos portugueses acabam indo para além das fronteiras do seu país para buscar a concretização através da maternidade de substituição, já que é vedada nos termos da LPM e também para os casais femininos, já que em Portugal a utilização de forma singular é proibida, tampouco permitida para casais do mesmo sexo. Com isso, passam a concretizar a filiação no estrangeiro.

A partir desde momento, já tendo um vínculo afetivo com a criança, no Brasil, conseguem o reconhecimento judicial conjunto das responsabilidades parentais e, por vezes, com o respectivo registro de nascimento de ambos os adotantes ou do casal, que gerou o filho artificialmente, como pais registrais. Já havendo casais a efetuarem registros de crianças que tenham sido geradas através de inseminações artificiais, com a utilização de técnicas medicamente assistidas, para serem considerados filhos legítimos destes casais, com base na utilização e respaldo da resolução do Conselho Federal de Medicina. O que será exemplificado mediante casos concretos posteriormente.

Em Portugal, em face de um rigorismo maior quanto ao reconhecimento destas relações parentais sem previsão legal, não se consegue visualizar jurisprudência no sentido do chancelar a adoção ou vinculação afetiva, existente após um estabelecimento prévio de vínculo apenas de fato e afetivo dos pais e/ou das mães para com as crianças. Quando não há vínculo prévio e ausente amparo legal, difícil verificarmos demandas judiciais para se estabelecer vinculação jurídica através da dupla paternidade ou dupla maternidade, como é recorrente no Brasil.

Ainda sobre as formas possíveis da concretização da parentalidade por parte de casais homossexuais, cumpre destacarmos que, para além das técnicas artificiais reprodutivas e da adoção, existem aqueles casos em que o casal homossexual possuía anterior relação heterossexual que resultou um filho, de forma biológica e natural, mas que, no entanto, após rompimento deste relacionamento passa a criança a fazer parte desta família homoparental, em face na nova opção de relacionamento dos pais. E que também nestes casos será carecedora de amparo legal.

### **3.3. Vínculos jurídicos que são estabelecidos entre dois pais e duas mães e seus filhos**

Se não há previsão legal de se estabelecer famílias homoparentais com a existência de filhos, conseqüentemente, o vínculo jurídico existente entre pais/mães e filhos de fato será precário, ou até mesmo inexistente, na medida em que somente estará legalmente estabelecido o vínculo com apenas um pai ou uma mãe, ou seja, o vínculo será com aquele que adotou singularmente, ou para a mulher que gestou o filho oriundo de uma inseminação artificial<sup>115</sup> adaptando-se para o contexto do Brasil e Portugal de acordo com

---

<sup>115</sup> Tanto no Brasil como em Portugal há a presunção da maternidade certa “*matersemper certa est*” a qual está expressa no artigo 1796 do Código Civil Português e vigora no Brasil pela estabelecimento de que maternidade resulta do nascimento. Tal presunção é um dos obstáculos para o enfrentamento da utilização do útero de substituição. Nesse sentido, fala Ana Amélia Ribeiro Sales em sua dissertação de Mestrado intitulada de **A possibilidade jurídica da dupla maternidade ante as técnicas de procriação medicamente assistida**: “o estatuto jurídico da maternidade deixou de ser uma certeza jurídica e passou também a ser questionável. Presume-se que a mãe é aquela que ‘dá a luz’ à criança; entretanto, nos casos de maternidade de substituição ou de uso de técnicas de PMA, a mãe genética poderá ser diversa daquela que teve o parto – podendo, ainda, a mãe afetiva ser uma terceira mulher.” p. 106.

a legislação vigente. Não podendo se falar em vínculo de parentesco juridicamente estabelecido, embora haja uma família de fato. Todavia, já reconhecida como família a união entre duas pessoas do mesmo sexo, como já destacado.

O filho somente irá conseguir legitimamente vínculo jurídico familiar com um dos pais ou uma das mães, o outro pai ou mãe não terá juridicamente qualquer ingerência legal na vida do filho. Embora constituído um vínculo de filiação afetivo, não estará habilitado legalmente para salvaguardar qualquer interesse deste filho afetivo, tampouco lhe poderá ser exigida qualquer atitude de amparo e cuidado para com este, visto que, as relações parentais de responsabilidade somente serão estabelecidas entre pais e filhos.

Com o reconhecimento das uniões de pares do mesmo sexo como instituições familiares legítimas, até se figura um contrassenso não poder estabelecer uma relação homoparental dentro das famílias, para aqueles que querem optar em agregar a sua família a existência de filhos. Pois, como visto a todos é assegurada a garantia constitucional a constituir família.

Até podemos imaginar como uma “solução” a possibilidade de assegurar garantias às crianças que estejam sobre os cuidados de pares homossexuais, como por exemplo, atribuindo responsabilidades parentais, a exemplo do instituto do apadrinhamento civil, sem que seja atribuído o vínculo de filiação, mas ao mesmo tempo assegurando determinadas garantias e direitos ao infante. Mas, apenas continuaria a mascarar o real intuito que é a constituição familiar, com a legítima filiação e tudo que lhe é inerente.

Acreditamos que questões básicas e aparentemente rotineiras podem levar à fragilidade da manutenção da ordem familiar ante a ausência de relação jurídica pré-estabelecida, como por exemplo, representação na escola e responsabilização perante terceiros. Embora plenamente sedimentada a relação de pai ou mãe cuidadora com o filho, quanto não reflète a terceiros poderá influenciar negativamente na vida e educação da criança que vivencia estas experiências.

### 3.4. Regulamentação da tutela, guarda e visitas em caso de morte e/ou separação

Quando falamos no instituto da tutela, tanto no Brasil<sup>116</sup> como no caso de Portugal<sup>117</sup>, queremos dizer que quando os menores serão colocados sob os cuidados de terceira pessoa quando da morte de ambos os pais, inibição das responsabilidades parentais/destituição do poder familiar, ou ausência legal destes. Será o momento em que estas terceiras pessoas irão exercer praticamente todos os deveres inerentes às

---

<sup>116</sup> Está regulamentado o instituto da tutela no Código Civil Brasileiro, nos termos dos artigos que seguem:

Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela:

I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes;

II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.

Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto.

Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.

Art. 1.730. É nula a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar.

Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem:

I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;

II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.

Art. 1.732. O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor:

I - na falta de tutor testamentário ou legítimo;

II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela;

III - quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário.

Art. 1.733. Aos irmãos órfãos dar-se-á um só tutor.

§ 1º No caso de ser nomeado mais de um tutor por disposição testamentária sem indicação de precedência, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro, e que os outros lhe sucederão pela ordem de nomeação, se ocorrer morte, incapacidade, escusa ou qualquer outro impedimento.

§ 2º Quem institui um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou tutela.

Art. 1.734. As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>117</sup> Nos termos do Código Civil Português os filhos serão postos sob tutela quando, nos termos do artigo 1921º (Menores sujeitos a tutela)

1. O menor está obrigatoriamente sujeito a tutela:

a) Se os pais houverem falecido;

b) Se estiverem inibidos do poder paternal quanto à regência da pessoa do filho;

c) Se estiverem há mais de seis meses impedidos de facto de exercer o poder paternal;

d) Se forem incógnitos.

2. Havendo impedimento de facto dos pais, deve o Ministério Público tomar as providências necessárias à defesa do menor, independentemente do decurso do prazo referido na alínea c) de número anterior, podendo para o efeito promover a nomeação de pessoa que, em nome do menor, celebre os negócios jurídicos que sejam urgentes ou de que resulte manifesto proveito para este.

responsabilidades parentais<sup>118</sup>, para proporcionar ao menor a manutenção dos seus cuidados, pois para além da defesa dos interesses patrimoniais decorrentes de eventual direito sucessório que toca ao menor, caberá ao tutor zelar pelos interesses existenciais e personalíssimos do órfão, assim declarado legalmente, devendo para isso ser observado a ordem estabelecida na lei.

Ao nos referirmos a órfão declarado legalmente é para que não nos esqueçamos de que poderemos estar falando também da criança que passa a ser declarada órfã e perdeu ou o pai ou a mãe que constava no seu registro de nascimento. Pois por pertencer a uma família homoparental, possuía dois pais ou duas mães, um afetivo e outro registral, uma vez que, na maioria das vezes, somente haverá vínculo legal com um deles. Por outro lado, o que se pretende levantar nestas questões é que poderá nos casos de homoparentalidade, mesmo sem que a criança tenha vínculo jurídico com ambos, acabar, nos casos de morte do progenitor ser tutelada pelo pai ou mãe afetivo sobrevivente, que já exercia os cuidados conjuntamente com o seu progenitor legal.

Considerando que na determinação legal há possibilidade dos próprios pais nomearem tutor para o caso de sua morte, vê-se assim uma grande possibilidade da manutenção da criança com o cuidador, ou seja, com o progenitor afetivo sobrevivente (nos casos de casais homossexuais). Ao estar vinculado legalmente com apenas um dos pais/mães vê-se plena legitimidade e capacidade para se estabelecer que, em caso de morte, quem passará a exercer os cuidados do filho, através do instituto da tutela, é o pai/mãe afetivo. Tal possibilidade está expressa no artigo 1729º do CCB e artigo 1928º do CC, o que por certo incluirá o seu cônjuge ou companheiro(a).

Poderá ainda, nestes casos em que há morte do pai/mãe que consta do registro, o Magistrado poderá nomear como tutor, nos casos de ausência de indicação, pessoa que seja

---

<sup>118</sup> Diz-se praticamente os deveres inerentes ao poder familiar, por ter que o tutor zelar pelo bem estar e cuidados do infante como se estivessem a exercer tal *múnus*, entretanto, vale lembrar que não tratar-se-á do exercício efetivo das responsabilidades parentais, visto que, conforme ensina Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *op. Cit*, p. 980: “É fundamental que esteja absolutamente claro que a tutela não confere ao tutor a representação ou assistência dos interesses existenciais do tutelado, que podem ser exercidos diretamente pelo seu titular. Resta, pois, evidenciado que a tutela não tem o mesmo alcance e dimensão do poder familiar. Até porque ‘falta-lhe, principalmente, o envolvimento afetivo decorrente de uma relação paterno-filial”.

capaz e apta para exercer o encargo, o que também abre a possibilidade do cuidador (pai/mãe sobrevivente) ser nomeado para o exercício da tutela. Consideraremos que sempre irá, de qualquer sorte, beneficiar a criança em casos de maior gravidade (a morte, por exemplo) para mantê-la vinculada à pessoa que sempre a cuidou. Muito embora os deveres do tutor sejam diferenciados daqueles atribuídos através das responsabilidades parentais.

O que ressaltamos é que na morte de um dos pais, sendo somente o falecido vinculado ao infante, o outro do par homossexual não terá legitimidade para obter tal vinculação automaticamente e somente estará salvaguardando os direitos do filho após processo judicial. Se fôssemos pensar nos casos de morte de um dos pais em que o casal é heterossexual, as responsabilidades parentais e cuidados inerentes ao filho é mantida ao sobrevivente de forma automática, estando ambos os pais no pleno exercício das suas responsabilidades parentais.

Claro que se formos pensar nos casos clássicos de tutela em que há morte de ambos os pais, sempre deverá existir um processo judicial prévio para se determinar quem exercerá a tutela, mas isso no caso de morte ou impossibilidade de ambos.

Na Assembleia da República Portuguesa há o projeto de Lei n.º 607/XII/3.<sup>a</sup> para alterar o CC, a fim de promover o alargamento do regime de exercício de responsabilidades parentais em caso de ausência, incapacidade, impedimento ou morte de um progenitor e, com isso, possibilitar ao cônjuge do sobrevivente que, na sua impossibilidade do exercício das responsabilidades parentais, estas sejam exercidas em conjunto com o seu novo cônjuge. Não havendo qualquer menção restritiva no referido projeto com relação a orientação sexual destes, podendo, inclusive, ser requerido judicialmente por ambos, para o exercício conjunto.

No entanto, acreditamos que os casos nos quais o projeto de lei pretende amparar são aquelas que se enseja o alargamento das responsabilidades parentais. São aqueles casos em que um membro do casal já possuía filho (de relacionamento anterior) e poderá, através desta nova possibilidade de lei, atribuir responsabilidades parentais ao seu novo cônjuge, com os mesmos requisitos que ensejam a tutela. Isto poderá contribuir para a inclusão do

novo cônjuge homossexual nos deveres e responsabilidades parentais da criança que esteja sob seus cuidados.

De outro modo, uma das questões mais dramáticas, mas que deve ser observada, é no caso de morte do progenitor legal, quando não se consegue estabelecer a tutela em relação ao pai/mãe afetivo e, por não ter o vínculo parental com o sobrevivente, o infante é colocado sob os cuidados de quem nunca os prestou antes. Pelo fato de terem vínculos de parentesco, como tios e avós, acabam estes por serem responsabilizados quando aquele pai/mãe afetivo que sempre o cuidou não poderá continuar a fazê-lo. Para reverter esta situação terá que lutar imenso tempo para comprovar a existência do vínculo paterno perante o Judiciário e somente obterá êxito, se o posicionamento do julgador, assim desejar.

Podemos imaginar o trauma e a transformação para uma criança que está diante da perda de um dos pais, passar a ser cuidada por um parente que nunca teve contato (o que pode ser até por preconceito em relação a opção sexual dos pais desta criança) e que somente poderá restabelecer o contato com o seu pai ou sua mãe mediante um moroso e delicado processo judicial, quando nem se sabe se poderá ser reestabelecido. Ainda se pode levantar a ideia de que o cônjuge/companheiro sobrevivente não queira que seja estabelecida a tutela, mas sim vínculo certo de filiação, para que ampla e irrestritamente o pai afetivo da criança continue a exercer o seu projeto parental, o que ensejará, de igual forma um processo judicial.

Por outro lado, quando se fala em estabelecer guarda e visitas, já não estamos diante do falecimento do pai ou mãe que possuía o vínculo e sim quando há quebra/rompimento do relacionamento dos cuidadores e ambos permanecem vivos. A ausência de vínculo jurídico entre ambos os pais e/ou ambas as mães dificultará um pouco mais o estabelecimento da guarda e das visitas em caso de separação, quando na realidade, não há qualquer vínculo legal entre um do casal, o qual será apenas de fato o pai ou mãe deste infante.

Salta aos olhos a necessidade de ser regularizada para a criança tal situação, pois nem sempre o pai biológico/legal terá as melhores condições para o exercício da guarda, no caso de ser estabelecida de forma unilateral. Por hipótese de separação de um casal que



pode ou não estar vinculado através do matrimônio, a criança, filha do casal, estará vinculada juridicamente somente a um deles, que por óbvio é a este que toca o exercício e titularidade exclusiva das responsabilidades parentais, com a respectiva guarda, mas se esta pessoa não for capaz de sozinha promover todos os cuidados que são inerentes ao bom desenvolvimento da criança, a vinculação da criança com o pai afetivo por certo irá depender da intervenção, também de um processo no judiciário (para a verificação da existência de vínculo com criança), o que nem sempre poderá estar de acordo com o que se está na realidade vivenciando. Na maioria das vezes em que há rompimento de uma união a litigiosidade é, infelizmente, comum.

Nesse sentido, como consabido, destaca-se que a guarda de uma criança deve ser concedida a quem apresentar melhores condições de criá-la, educá-la e ampará-la, tanto material como afetivamente. Pois para o deferimento ou para alteração da guarda de um menor, há que se atentar a inúmeras circunstâncias, não se podendo levar em consideração tão somente o aspecto biológico e legal – nos casos em que somente terá vínculo de parentesco um dos pais/mães –. Precisamos buscar sempre o melhor interesse da criança, para que sua guarda seja concedida a quem melhor atender às suas necessidades materiais, morais, afetivas, etc, a fim de lhe proporcionar uma vida digna e um desenvolvimento pleno e sadio, como é direito de toda criança ou adolescente, nos termos das legislações que protegem os interesses do infante.

Percebemos que a doutrina luso-brasileira tem defendido que a guarda seja exercida de forma conjunta, ou seja, a chamada guarda alternada ou compartilhada<sup>119</sup>. Esta visa a manutenção das relações paternas da criança, onde a separação dos pais na interfira o menos possível na rotina da criança, para que seja mantido o vínculo com ambos os cuidadores. Devemos ainda assim e, principalmente nestes aspectos, atentar-se para a manutenção do vínculo do infante com ambos os pais/mães. Ademais, assim como quando se estabelece a guarda, as visitas ou convívio com o não guardião deve ser regulamentadas da forma que melhor atenda os interesses dos envolvidos, com a manutenção tanto quanto possível do mesmo ritmo de vida levado pelo infante antes da ruptura dos cuidadores.

---

<sup>119</sup> Em Portugal é prioridade tentar-se inicialmente a guarda compartilhada, e no Brasil está em tramitação um projeto de Lei para que seja estabelecida a guarda prioritariamente neste mesmo sentido.

Diante do referido, para a manutenção do bem-estar do filho com as mesmas circunstâncias que eram vivenciadas antes da ruptura dos cuidadores, é importante que exista um vínculo além do afetivo, pois se sabe que as responsabilidades parentais envolvem cuidados e proteção à criança e que não podem ficar a mercê de vínculos voláteis. Mas como saber o que se passa na realidade desta família quando não se pode ter um vínculo jurídico pré-estabelecido? Nestes casos tudo deverá ficar a título da interpretação do judiciário para poder vincular ou manter o vínculo da criança com os seus cuidadores originais, em prol da manutenção dos seus cuidados essenciais. São esses os casos que nos causam maior preocupação e temeridade, a partir do momento que se busca o melhor interesse da criança, a ausência de legislação poderá privá-la deste convívio essencial para o seu desenvolvimento.

### **3.5. Dever de alimentos**

Seria muito difícil descrever de forma sintética e em poucas palavras a estrutura completa e toda a dinâmica da obrigação alimentar, tendo em vista toda a universalidade de aspectos que podem ser abordados dentro desta temática. Assim, interessa-nos falar do dever de alimentos somente dentro das relações de parentesco, especialmente do dever dos pais. Embora já referido, quando da definição das responsabilidades parentais, um dos aspectos do exercício destas se destaca por contribuir, de forma direta, com a subsistência da criança e cumprimento de vários outros pontos do próprio exercício do poder familiar. Daí que importa mencionar que o direito aos alimentos decorre do dever alimentar dos pais para com os filhos menores que, por sua vez, é consequência do dever de sustento (artigo 229, primeira parte, da CFB<sup>120</sup> e artigos 1.566, inciso IV, e 1.634, inciso I, ambos do Código Civil<sup>121</sup>) inerente às responsabilidades parentais/poder familiar.

---

<sup>120</sup> Artigo 229 da Constituição Federal Brasileira: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

<sup>121</sup> Artigo 1.566 do Código Civil Brasileiro: São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

Desta feita, mostra-se importante destacar a forma como se origina, como é devido e como vincula devedor de alimentos àquele que possui o crédito e o que é necessário para que isso seja aplicado em benefício daquelas crianças que estão sob os cuidados de pares homossexuais para salvaguardar o seu direito.

Para além de uma obrigação alimentar dos pais para com os menores, importante referirmos que as necessidades dos filhos menores são sempre presumidas e, em face da própria menoridade são evidentes, tendo em vista a inviabilidade de proverem o seu próprio sustento e, por necessitarem, como toda criança, de vestuário, alimentação, atendimentos médicos, educação, etc. Necessidades que devem ser providas por seus pais, os quais queremos que sejam incluídos os homoafetivos, pois são os adultos responsáveis pelo desenvolvimento e provimento do melhor interesse da criança, para que esta tenha um saudável e adequado desenvolvimento.

Quando estão ambos os pais/mães (em conjunto) exercendo as responsabilidades parentais, ainda que apenas um seja o responsável legal (no caso dos pares do mesmo sexo, por certo) ambos acabam por despender parte de seus rendimentos em prol dos filhos, sem que isso seja um problema para o desenvolvimento do infante, mas, quando há harmonia entre o casal, não estarão evidentes ou sequer existirá qualquer problema desta natureza. Porém, quando há rompimento do par, ambos devem permanecer com a contribuição no dever de sustento dos filhos.

Nos casos das famílias heteroparentais<sup>122</sup>, quando há a separação dos genitores, automaticamente o guardião terá a legitimidade como representante legal do menor em

---

Artigo 1.634 do Código Civil Brasileiro: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

<sup>122</sup> Sobre essa temática, J.P. Remédio Marques leciona em obra **Algumas notas sobre alimentos (devidos a menores)** “Nas eventualidades em que a comunhão de vida perdura entre os *cônjuges-progenitores* e os filhos comuns, os alimentos diluem-se no conteúdo do *poder paternal* e do dever de *assistência* (sustento, manutenção, educação, segurança, saúde) de pais para filhos, nos termos do art. 1879 do CC: aí, o custeamento das despesas decorre do dever de cada um dos cônjuges contribuir para os encargos da vida familiar (art.1676º/2, *idem*); também no caso de os progenitores não se encontrarem ligados pelo vínculo matrimonial, a vida em comum e os *poderes-deveres parentais* legitimam o nascimento da obrigação (legal) de prover a satisfação das necessidades consignadas no referido art. 1879.º Encontrando-se pendente acção

postular alimentos perante o outro genitor, de modo que não se discutirá a obrigação do pai ou mãe perante a criança. É automático e inerente do próprio poder familiar, dar condições de desenvolvimento ao filho, com o fornecimento de alimentos.

Nos casos que estamos levando em consideração, que são as famílias homoparentais que não possuem a legitimidade legal de possuírem um filho, o menor não poderá, através de seu representante legal, que será somente um do par, postular auxílio alimentar ao outro de forma direta, pois sequer estar-se-á perante qualquer vínculo de parentesco que pudesse ensejar solidariedade nos termos da lei a fim de fundamentar uma demanda de alimentos. Neste sentido, quando não estamos diante de uma presunção legal, escapa da condição privilegiada de se postular em uma demanda própria. Como podemos ver, no caso do Brasil, há um rito especial e uma lei que permite agilidade na tramitação em face da urgência e necessidade da prestação alimentar<sup>123</sup>.

Não se estando diante de uma relação legal de pais e filhos, nada disso será aplicado. Primeiro, deverá ser intentada uma ação ordinária para declarar e reconhecer a paternidade e/ou maternidade com o consequente vínculo de filiação, para somente após se pensar em estabelecer as obrigações alimentares. E, neste ínterim, quem fica a mercê e sem qualquer amparo é o infante.

A legislação portuguesa, entretanto, possibilita, nos casos de pares do mesmo sexo que já tiveram filho de uma relação anterior, que a criança estará vinculada somente a um membro do casal. Em face disso e, por ser padrasto ou madrasta, também poderá ser responsabilizado para a contribuição no dever de alimentos. Desta forma, em Portugal poderíamos, com este dispositivo legal, suprimir a ausência de regulamentação da prestação alimentícia daquele pai afetivo cuidador mas esta disposição é quando o pai

---

de regulação do exercício do poder parental ou *ação autónoma* de alimentos, pode suceder que, devido, não raras vezes, à morosidade do processo, o menor completa 18 anos. O que deve fazer-se? Extinguir, *uno actu*, a instância? Preceituando o art. 1884.º/1, que o pai não unido pelo casamento à mãe do filho, é obrigado, desde a data do estabelecimento da filiação, a prestar-lhe alimentos relativos ao período de gravidez e ao primeiro ano de vida do filho, coloca-se o problema de saber qual a extensão desta obrigação do pai e a respectiva titularidade. Por último, se a filiação só estiver estabelecida relativamente a um dos progenitores, a fixação judicial de alimentos só ocorre se esse progenitor colocar em perigo a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação do menor – quer haja, ou não, lugar a inibição do exercício do poder paternal.”

<sup>123</sup> Lei 5478, de 25 de julho de 1968. **Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm), acesso em 09/09/2014.

biológico já tenha falecido que, embora não conste no registro da criança por ser padrasto, terá obrigações alimentares, nos termos do art. 2009º, nº 1, al. f.<sup>124</sup>

No entanto, a “solução” ou “brecha” existente na legislação portuguesa será para casos particulares em que há morte de um progenitor e o sobrevivente já esteja vivendo em uma nova relação. Se esta relação se romper poderá o infante, cujos laços de afetividade com o padrasto ou madrasta irão permitir que, de acordo com a lei, seja resguardado o direito do menor postular alimentos.

E os outros tantos casos em que a relação original é a homoparental, e que não há qualquer vínculo anterior com o progenitor a fim de atrelar aos casos expressos da lei, ficam sem respaldo legal. Nestas condições quem sai mais prejudicada é a criança, que deveria estar sendo preservada de qualquer omissão por parte de quem as deve proteger. É justamente isso que se quer evitar e preservar, mais do que os vínculos entre os pares do mesmo sexo, é a proteção das crianças que estão sob os seus cuidados.

### **3.6. Estabelecimento da linha sucessória**

Como é sabida a sucessão somente é estabelecida dentro de duas linhas possíveis: a natural/legal e a testamentária. A natural, que consiste na ausência de testamento que é quando no caso de morte é transmitido os bens patrimoniais amealhados durante a vida do

---

<sup>124</sup> ARTIGO 2009º do CC (Pessoas obrigadas a alimentos)

1. Estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicada:

a) O cônjuge ou o ex-cônjuge;

b) Os descendentes;

c) Os ascendentes;

d) Os irmãos;

e) Os tios, durante a menoridade do alimentando;

f) O padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste.

2. Entre as pessoas designadas nas alíneas b) e c) do número anterior, a obrigação defere-se segundo a ordem da sucessão legítima.

3. Se algum dos vinculados não puder prestar os alimentos ou não puder saldar integralmente a sua responsabilidade, o encargo recai sobre os onerados subsequentes.

(Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11)

*de cujos*, para os seus herdeiros legítimos, resultando de determinação legal<sup>125</sup>. Ou seja, descendentes, ascendentes, cônjuge/companheiro e parentes colaterais até quarto grau, pois *a sucessão legal encontra-se inarredavelmente ligada à verificação de parentalidade que possa existir entre o finado e o suscetível*<sup>126</sup>.

A testamentária que é quando no limite da herança disponível o testador poderá dispor dos seus bens a quem lhe aprouver, dizemos limite da herança quando há herdeiros necessários, a estes deverá ser resguardado metade do patrimônio, obrigatoriamente.

Logo, se estivermos diante de uma família homoparental, sem que o filho tenha qualquer vínculo jurídico com os pais ou ao menos com algum dos pais, ao filho não caberá nada, salvo se houver testamento. Mas estará concorrendo com os demais herdeiros necessários, mas se fosse considerado filho legítimo e descendente; possuiria prioridade na vocação hereditária.

Neste item, em que a família se desestrutura pelo rompimento dos laços dos pais por morte de um deles, é que se vê claramente que o filho afetivo do pai *gay* ou da mãe lésbica não terá direitos sobre o patrimônio amealhado com o seu pai biológico. Somente servirá de respaldo e garantia financeira para a família sobrevivente, no caso de ser o relacionamento dos pais legítimo e reconhecimento juridicamente<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> No Código Civil Brasileiro estão estabelecidas as linhas gerais da sucessão a partir do artigo 1784 e seguintes os quais seguem:

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Art. 1.785. A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.

Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

<sup>126</sup> MAGALHÃES, Sandra Marques, conforme obra **Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem**, p. 97.

<sup>127</sup> Faz-se esta referência pois ainda existem casais do mesmo sexo que não possuem o seu relacionamento legalizado, especialmente no Brasil, onde não há o reconhecimento do instituto do casamento e não há o

Embora possa se pensar que, no caso de Portugal, em que é regulamentado o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o pai biológico do menor herdando seria suficiente para garantir a perpetuação da continuação do patrimônio em favor da família, mas e no Brasil em que isso não é possível. Estaremos sempre pendendo de um reconhecimento judicial prévio para se estabelecer qualquer herança.

Logo, o que vai destacado é que embora seja viável a garantia perante a via testamentária, mesmo assim, poderá ser o menor prejudicado em face das circunstâncias fáticas de cada caso. Não há garantia de que, por ser filho de um casal, será seu herdeiro legítimo.

### **3.7. Relações homoparentais e o princípio do melhor interesse da criança**

Quanto referimos, de forma assertiva, que as famílias homoparentais existem, (embora no presente trabalho seja inexistente qualquer pesquisa direta para comprovar), entendemos que tais afirmações se fazem com base em todo o movimento legislativo mundial sobre essa temática, bem como em face de todas as mobilizações que ensejam a atuação dos Tribunais para sanar as questões que surgem diante da ausência da legislação sobre a temática homoparentalidade. Donde se pode extrair sem qualquer receio de que estas relações efetivamente existem e que carecem de regularização, mormente diante dos apontamentos que são ora feitos.

Estabelecido e regulamentado o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com o reconhecimento jurídico destas famílias, não podemos privar estas pessoas de estabelecerem vínculos de filiação, pois a característica primordial da união de pessoas ronda a constituição familiar, o que engloba na maioria dos casos a existência de filhos, o chamado e já referido projeto parental. Entretanto, lhes está sendo negado tal direito. Privação esta que poderá tangenciar a inconstitucionalidade destes dispositivos legais, pois assim como não se pode discriminar os filhos, não deveríamos discriminar formas de família, já que constitucionalmente garantido o direito de procriar.

---

reconhecimento da união estável. Necessariamente, deverá o casal postular perante ação judicial, o que intimida e acaba incentivando a manutenção da clandestinidade.

Também importante destacar a partir do mencionado por Canotilho e Vital Moreira, destacado no primeiro capítulo no que toca a constituição das famílias, referindo que não há distinção constitucional da filiação decorrente daqueles que se unem de fato e não possuem estatuto de cônjuge, dito isso se reforça a ideia de que os filhos havidos ou não dentro de um matrimônio, homo ou heterossexual, devem, de acordo com a constituição possuírem os mesmos direitos e deveres inerentes a qualquer relação de filiação.

Retirando-se a ideia de que a família homoparental deve e tem o seu *status* plenamente amparado por os dispositivos constitucionais existentes, sendo que para que sua existência seja concretizada devem os casais do mesmo sexo terem plena legitimidade e acesso aos institutos e técnicas que possibilitem-lhes concretizar o seu projeto parental.

No que toca a adoção, acerca de eventuais experiências negativas que uma adoção por pessoas do mesmo sexo possa gerar ao desenvolvimento de um infante, o que, em tese, justificaria esta dificuldade em admitir o instituto, já existem estudos na França e nos Estados Unidos da América que concluíram que crianças educadas por casais homossexuais não tem mais problemas psicológicos do que as crianças criadas por casais heterossexuais.<sup>128</sup> Claro que se tratam de pesquisas isoladas e pouco divulgadas, mas já é um começo para que se possa pensar que não há nenhum mal em pessoas que queiram adotar e que possuem como opção sexual a homossexualidade. Tendo em vista que se tratam de pessoas que desejam um filho, no entanto, não possuem condições bio-fisiológicas de gerá-los.

Neste sentido, buscando a constituição familiar e que a filiação também faz parte desta conceituação e tendo em vista que a adoção por casais homossexuais sequer estaria colocando em risco um desenvolvimento sadio dos infantes que lhes são dados à responsabilidade, deve-se priorizar o melhor interesse da criança para inseri-las nestas novas formações de famílias.

---

<sup>128</sup> LACROIX, Xavier. **A confusão dos géneros. Respostas a algumas perguntas sobre o casamento e a adoção homossexual.** Título Original: La confusion des genres, 2005, Bayard Éducation – Paris. Tradução: Alberto Júlio Silva. Ed Paulinas, 2009. p. 108.



Mesmo que o melhor interesse da criança seja um conceito jurídico com caráter subjetivo e dinâmico, já que deve se adaptar de acordo com o caso concreto de cada criança, por certo que estar a criança em um lar em que foi desejada e que, após análise de profissionais foi constatado que este par de pais ou mães possuem condições para exercer com naturalidade e regularidade todos os exercícios inerentes às responsabilidades parentais, por certo irá atender o mais próximo possível deste conceito de melhor interesse da criança.

Se pudéssemos comparativamente verificar quem tem mais condições de atender estes cuidados, a depender da situação, poderíamos afirmar que um casal homossexual, que tanto se submeteu a adoção ou à técnicas de procriação medicamente assistida, muito possivelmente terá melhores condições, ao menos psicológicas de amparar os seus filhos do que um casal heterossexual. Explicamos, um casal heterossexual, para colocar em prática seu projeto parental, não precisa submeter-se a rigoroso processo de avaliação psicológica, salvo se tratar-se de adoção, logo, poderá este casal que pensa estar preparado para assumir as responsabilidades de um filho, na realidade não estar, por não ter sido assistido por profissionais que pudessem avaliar.

Nos casos dos homossexuais em qualquer das modalidades que optem por colocar em prática o seu projeto parental serão ambos amplamente avaliados. Outrossim, em face do enfrentamento do preconceito em relação a sua própria opção sexual, quando opta por tentar constituir a filiação, normalmente se observa que já estão seguros e com maturidade para o que vão enfrentar a ponto de não colocar em risco o desenvolvimento do filho.

Ainda que possamos imaginar que o instituto da adoção foi criado na tentativa de aproximar-se o mais perto possível da filiação natural, e com isso pressupondo a existência de um casal heterossexual exercendo os papéis de pai e mãe. Tal conceituação, diante da dinâmica atual, pode-se ser considerada ultrapassada, pois a formalidade e o rigorismo já não devem fazer parte das novas formas de famílias. Muito embora, trata-se de um argumento muito forte, deve ser relativizado sempre em prol da aplicabilidade do melhor interesse da criança. Ademais, muito embora a adoção seja tida como uma forma diferenciada da constituição da filiação, pois as crianças que serão adotadas, quase na sua

totalidade, já foram expostas a diversas negligências, passa-se a ter mais cautela em relação a quem poderá adotar. Mesmo que esta cautela deva existir, não se pode limitar as pessoas que podem e tem condições de proporcionar a estas crianças um lar amoroso e afetuoso, tão somente por sua opção sexual, quando, na realidade possuem condições para tanto.

Desta maneira, proporcionar aos casais homossexuais a possibilidade de possuir um filho e com isso exercer o seu papel na sociedade, nada mais é do que estar aplicando as normas infraconstitucionais às constitucionais já existentes que asseguram a igualdade formal a todos os indivíduos. Especialmente quando se está buscando o melhor interesse da criança ao proporcionar um lar com amparo e amor de forma efetiva.

Assim, no momento em que se tem uma modernização das famílias, poderemos admitir que um casal homossexual adote uma criança ou que gere através de técnicas de procriação medicamente assistida e que a ausência de figura materna -feminina-, no caso de adoção por casais homossexuais masculinos e vice-versa no caso de casais femininos na ausência masculina, seja suprida por uma figura pertencente a sua família estendida, como por exemplo uma tia ou tio ou os avós, tendo em vista a possível e cada vez mais frequente expansão da família, deixando de ser estritamente nuclear (pai-mãe-filho) para pertencer a toda a família estendida. Ademais, vem aumentando o número de pessoas que são comprometidas com o trabalho de forma intensa o que, inevitavelmente, faz com que tanto casais homossexuais como heterossexuais, passem a ter ajuda da sua família estendida para dar conta das suas obrigações cotidianas relacionadas aos filhos. O que estaria, dentro deste quadro de convivência com a família estendida, porventura minimizando a ausência da figura do sexo oposto, por parte dos cuidadores principais e nucleares.

Na realidade não se busca, com estes argumentos, admitir que seja efetivamente e definitivamente saudável para uma criança ser colocada em uma família homoparental, tendo em vista a escassez de estudos científicos nesta ceara para demonstrar que eventual convívio de uma criança com pais e/ou mães homossexuais não irão lhe trazer eventuais prejuízos psicológicos, considerando, especialmente sua bagagem de vida normalmente já traumática (nos casos de adoção), mormente por estar este tipo de conclusão muito mais

afeta a área da psicologia do que jurídica. Mas, devemos fazer uma severa reflexão no sentido de ampliar as possibilidades jurídicas, por já que existem casais do mesmo sexo que estão aptos a colocarem em prática o seu projeto parental, assim como existem crianças que certamente estão prontas para serem adotadas por eles.

Com efeito, consideramos que devem ser muito bem analisada as possibilidades de estes casais poderem adotar, tendo em vista o volume de crianças que estão, desesperadamente, a espera de um lar. Crianças que foram, por vezes, brutalmente rejeitadas por seus pais biológicos, violentadas, negligenciadas e que podem ser amorosamente acolhidas por casais homossexuais, na sua forma plena. Mas claro que, estas crianças somente devem ser colocadas à responsabilidade de determinadas pessoas após estas pessoas serem submetidas a todos os requisitos legais que são exigidos para qualquer casal adotante. Tendo em vista a peculiar situação de desenvolvimento da criança que esta por ser adotada.

Outrossim, há de se ter em conta que tratam-se de pessoas que devem estar habilitadas em todos os sentidos para proporcionar a criança um lar com afeto e carinho, especialmente considerando que tratam-se, na maioria dos casos, de crianças que são, literalmente carentes destas expressões do amor, cujos pais biológicos não possuem as mínimas condições de exercerem suas responsabilidades parentais.

Importante destacar que consabido que a grande origem destas crianças que são colocadas à adoção são fruto de uma gravidez indesejada, não planeada e que, por conta disso são abandonadas ou sofrem maus tratos e, por óbvio são originárias de relações heterossexuais, já que estes casos não tendem a acontecer com casais homoafetivos<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> Apesar de já preconceituoso o enfrentamento de adoções por casais homossexuais, há ainda um maior ainda por parte dos homens homossexuais, pois historicamente e fisiologicamente tem-se a mulher no papel maternal, o que a tornaria mais propícia para o enfrentamento sozinha da maternidade, independente do acompanhamento de outra mulher ou não. O que já é amplamente existente nas famílias monoparentais, nas chamadas mães solteiras. Dentro desta temática explicam e exemplificam Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi: *“Parece que os papéis de gênero geram bastante confusão quando relacionados à capacidade de assumir o cuidar de uma criança e podem influenciar nas decisões dos profissionais do Judiciário. Na pesquisa realizada por Uziel, em que foram analisados 8 processos de pedido de adoção por homossexuais, foi verificado que nos casos em que o casal homossexual era feminino não houve oposição do Ministério Público, diferentemente de alguns casos em que o requerente era homossexual do sexo masculino e explicitava a existência de um companheiro. Um dos argumentos contra os requerentes gays era o fato de a lei não prover esse tipo de família. Concepção sobre gêneros pode ter influenciado as diferentes posturas*

Muito embora eventualmente possa existir casos de rejeição, por certo que são menores e menos significativos do que os que fazem lotar as instituições de crianças abandonadas e vítimas de maus tratos, como é no caso do Brasil.

Com as colocações feitas, embora as questões familiares sejam muito dinâmicas, podemos afirmar sem receio de que a família homoparental está preparada para atender e preservar o melhor interesse da criança, especialmente devemos buscar a preservação do melhor interesse da criança que já está inserida nesta família.

### **3.8. Análise da jurisprudência brasileira, portuguesa e do TEDH sobre a matéria**

Como já referido no item anterior o que também ensejou a presente pesquisa foi a quantidade de casos concretos que aportam ao Poder Judiciário a procura de soluções para as suas realidades, sendo muito recorrente os casos em que pares homossexuais buscam a legitimação do seu projeto parental<sup>130</sup>.

---

*adotadas pelo Ministério Público, visto que ainda hoje prevalece a ideia de que as mulheres seriam dotadas naturalmente de características mais afetivas e cuidadosas que os homens."*

<sup>130</sup> Acórdão paradigmático do Recurso Especial de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da terceira Turma do STJ, com julgamento em 18/12/2012, em que decido acerca de uma co-adoção (assim denominada em Portugal) em que a companheira da mãe biológica da criança predente adota-la, cuja emenda diz: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.

I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.

II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado.

III.A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável.

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

V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando".

Em que pese a ausência de previsão legal e o tema ser muito polêmico, já existem casos, no Brasil e em Portugal de casais homossexuais que foram beneficiados com a possibilidade de estarem sob a responsabilidade de crianças. Nalguns casos já há um vínculo biológico da criança com um dos pares do casal, como por exemplo, nas hipóteses de co-adoção, cuja sistemática no Brasil já está sendo juridicamente aceite na jurisprudência, ou quando inexistente qualquer vínculo biológico prévio.

Em Portugal há um caso que foi muito discutido e polêmico em que houve a discussão da guarda da filha de um casal divorciado, em que o pai passou a viver, após o divórcio, com outro homem, sendo a homossexualidade do pai sempre demonstrada no processo, o que ensejou a discussão acerca da homoparentalidade, melhor interesse da menor, entre outros aspectos relacionados com o fato do pai ter assumido sua homossexualidade e ter condições em criar e educar a filha na companhia do seu par. Quando do divórcio dos pais da infante, ficou estabelecido que a guarda ficaria com mãe, entretanto o pai postulou a alteração da guarda e foi o que gerou a presente discussão, as quais foram analisadas nos Tribunais Portugueses, indo a discussão parar no TEDH.<sup>131</sup>

---

VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...)têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais nãoapresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76).

VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.

VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO. Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=homossexuais&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=homossexuais&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO), acesso em 20/08/2014.

<sup>131</sup> **CASE OF SALGUEIRO DA SILVA MOUTA v. PORTUGAL** (*Application no. 33290/96*) JUDGMENT, STRASBOURG, 21 December 1999, disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58404#{\"itemid\":\[\"001-58404\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58404#{\) acesso em 21/08/2014.

Sobre o caso acima referido, o autor da ação somente buscou a solução perante o TEDH por ter sido reformada a decisão do Tribunal de Primeira instância pelo Tribunal da Relação de Lisboa, o autor Silva Mouta, por entender que estava tendo os seus direitos humanos violados diante de uma aparente decisão preconceituosa da Segunda Instância da Corte Judicial Portuguesa, recorreu ao Tribunal Europeu, que por sua vez entendeu que sim, o argumento do Tribunal que estava fundamentando a decisão com base no melhor interesse da infante apenas mascarava a real tendência ainda preconceituosa de deferir a custódia de uma menor aos cuidados do pai homossexual. Por fim, o Estado Português restou condenado e fez-se jurisprudência com o caso concreto para demonstrar que a opção sexual do genitor não deve determinar se uma criança será ou não devidamente cuidada. Quebrado-se as antigas concepções de que o convívio de uma criança com progenitores *gays* ou lésbicas fosse prejudicial para o adequado desenvolvimento físico e psicológico do filho.<sup>132</sup>

Também existe um caso em Portugal, mais recente, de uma situação em que uma criança foi entregue a um casal de pessoas do mesmo sexo como medida de confiança a

---

<sup>132</sup> Sobre como decorreu o caso, referem Cecília MacDowell Santos, Ana Cristina Santos, Madalena Duarte, Teresa Maneca Lim que menciona: “ O Estado português implicitamente justificou o acto discriminatório como sendo necessário para garantir o “melhor interesse da criança” e o bem-estar desta, indo mais longe ao afirmar que o Tribunal da Relação visara um fim legítimo necessário numa sociedade democrática. Em suma, o Estado português concluiu que o Tribunal da Relação não tinha discriminado Silva Mouta em função da sua orientação sexual, tendo apenas agido no interesse da menor. A posição do TEDH, por sua vez, refere que o art. 14.º da CEDH proíbe tratar de modo diferente, salvo justificação objectiva e razoável. Na análise dos factos, o TEDH não negou que o Tribunal da Relação tenha tido em conta o interesse da menor na apreciação dos vários dados. Contudo, ao anular a decisão do Tribunal de Primeira Instância e atribuir o poder parental à mãe em detrimento do pai, o Tribunal da Relação introduziu um novo elemento, o facto de Silva Mouta ser homossexual e viver com um homem. Para o TEDH existiu uma diferença de tratamento entre Silva Mouta e sua ex-mulher, que não se baseou numa justificação objectiva e razoável, ou seja, não se perseguiu um objectivo legítimo e não existiu uma relação de razoável proporcionalidade entre os meios empregues e o fim visado.

A decisão do TEDH veio ao encontro das alterações a nível jurídico relativamente à homossexualidade. Para Borrillo (2005: 68), passou-se da penalização da homossexualidade à penalização da discriminação dos/as homossexuais. Esta mudança é entendida, segundo Hale (2005), como um reconhecimento jurídico e gradual da homossexualidade. Borrillo e Hale explicam que os primeiros passos desta mudança foram dados ao nível do direito penal com a despenalização das relações sexuais entre homens adultos, passando-se depois para o campo do direito civil, com a proibição da discriminação contra homossexuais no emprego e, por fim, para o campo do direito de família, com o aparecimento de leis aplicáveis a casais homossexuais e o reconhecimento de relações parentais entre pais e mães homossexuais e os seus filhos. De acordo com Hale (2005), estas mudanças têm contribuído para a igualdade de tratamento entre casais heterossexuais e casais do mesmo sexo. Disponível em [http://www.ces.uc.pt/cesfct/md/RCCS\\_87\\_CMDS,\\_ACS,\\_MD,\\_TML.pdf](http://www.ces.uc.pt/cesfct/md/RCCS_87_CMDS,_ACS,_MD,_TML.pdf), acesso em 22/08/2014.

pessoa idônea, situação que se aproxima de um apadrinhamento civil, o que embora não seja uma adoção, aproxima-se mais da discussão que enfrentamos do que no caso Silva Mouta em que o próprio pai busca a guarda da filha, após estabelecer uma relação homossexual, após o divórcio. Pois neste caso não há vínculo de parentesco prévio entre os cuidadores e o menor. Mesmo que sem que se tenha conseguido, por ora, um vínculo de filiação, por certo trata-se de uma medida vanguardista que confere uma abertura jurisprudencial Portuguesa, que ainda não há como colacionar por tratar-se de segredo de justiça e por tratar-se de processo ainda em tramitação.

No Brasil, houve casos de adoção propriamente dita a casal homossexual, em que judicialmente fora deferida a Adoção<sup>133</sup>. O Poder Judiciário brasileiro, no Tribunal de

---

<sup>133</sup> EMBARGOS INFRINGENTES. PEDIDO DE HABILITAÇÃO. ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Sendo admitida, pela jurisprudência majoritária desta corte, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, possível admitir-se a adoção homoparental, porquanto inexistente vedação legal para a hipótese. Existindo, nos autos, provas de que as habilitandas possuem relacionamento estável, bem como estabilidade emocional e financeira, deve ser deferido o pedido de habilitação para adoção conjunta. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70034811810, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2010) APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006)

Confirmada pelo STJ -  
[http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=ado%E7%E3o%20e%20casal%20homossexual](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=ado%E7%E3o%20e%20casal%20homossexual)

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. ADOÇÃO HOMOPARENTAL. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO. Embora a controvérsia na jurisprudência, havendo possibilidade de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante precedentes desta Corte, igualmente é de se admitir a adoção homoparental, inexistindo vedação legal expressa à hipótese. A adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança. Estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitandas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos do § 2º do art. 42 do ECA, com a redação dada pela Lei

Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tem admitido que casais do mesmo sexo se habilitem para as listas de adoções a fim de se submeterem como qualquer outro casal heterossexual.

Além dos já existentes e numerosos casos de habilitação de pares do mesmo sexo para adoção no Brasil, tem surgido também no Judiciário grande número de pessoas que buscam que seja estabelecido o vínculo de filiação após a utilização de métodos de reprodução medicamente assistida. Julgado no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, um processo em que são autores um par homossexual masculino, que buscava o reconhecimento da dupla paternidade. Após ir a uma clínica de fertilização e ter solicitado para a irmã de um deles ser para ser o útero de substituição para gerar o filho, através de IA, com material genético de um do par, foi realizado o procedimento e nasceu a criança, com base nas prerrogativas do CFM. Com procedimento judicial, ao final a sentença foi de procedência, sendo deferido pelo Judiciário, para determinar a dupla paternidade, constando ambos como progenitores da infante recém-nascida.<sup>134</sup>

No Estado do Rio de Janeiro, houve uma decisão deferindo a adoção a casal homoafetivo, após a destituição do poder familiar da mãe, já que ausente pai registral e a mãe sequer possuía maiores informações desse, momento em que a criança rompeu totalmente os vínculos de parentesco com a família natural/biológica para ser adotada pelo par do mesmo sexo. Neste caso, a Juíza que julgou procedente a demanda em sua argumentação destacou que a relevância no caso estava que, a presente adoção atendia e preservava o melhor interesse do infante. Mencionou ainda que a questão da homossexualidade do par adotante não deveria ser determinante quando apresentados todos os requisitos exigidos para perfectibilizar a adoção, o que estava concretamente

---

12.010/2009. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70031574833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/10/2009)

<sup>134</sup> Disponível o inteiro teor da sentença prolatada em: [http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1389\\_\\_1d4255881a61fdb3938c9149f9ac31aa.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1389__1d4255881a61fdb3938c9149f9ac31aa.pdf), acesso em 20/08/2014.



demonstrado nos pareceres efetuados pelas equipes de psicólogos e assistentes sociais do processo<sup>135</sup>.

Dessa forma, se pode verificar que, com estes casos concretos, timidamente as decisões tem procurado estabelecer uma forma mais justa de assegurar o melhor interesse das crianças, sem que isso importe em discriminações em relação às opções sexuais que os cuidadores/pais adotivos possam optar. Pois, observamos que nestas decisões paradigmáticas o importante é a vinculação dos pais com os seus filhos. Embora não seja a solução para as questões levantadas, caso a caso, se tem visto que já existente certa segurança as famílias homoparentais existentes, sendo com isso assegurado o reconhecimento dos seus direitos e obrigações, mesmo inexistente legislação para regulamentar os pormenores inerentes a uma relação de parentesco homoafetiva.

---

<sup>135</sup> Inteiro teor da sentença está disponível em [http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1233\\_\\_d678b743bb80c1127c3e2ef1c631de37.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1233__d678b743bb80c1127c3e2ef1c631de37.pdf), acesso em 22/08/2014.

## CONCLUSÃO

A família homoparental, aquela composta por um par do mesmo sexo e seus filhos, tem demonstrado de maneira heroica, perante o enfrentamento e reflexão sobre o tema e diante de todo o preconceito e dificuldade no seu reconhecimento, -quando da concretização do seu projeto parental-, que são capazes de cumprir e preservar o melhor interesse da criança quando colocadas sob os seus cuidados, seja a partir de uma adoção ou de uma técnica de procriação medicamente assistida. Não havendo qualquer consequência negativa para o desenvolvimento psicológico infantil quando colocados sob os cuidados de pais do mesmo sexo.

Mesmo que os reflexos negativos da ausência de legislação para estas relações incidam diretamente sobre os direitos dos menores que fazem parte delas, os mesmos não conseguem ofuscar os benefícios da união familiar, pois estas famílias são, na maioria das vezes, planejadas e estruturadas para atenderem a um projeto parental sólido e coerente, que busca preservar todo e qualquer aspecto afetivo familiar.

Veja-se que no Brasil, por exemplo, há mais de 80 mil crianças institucionalizadas<sup>136</sup> e/ou abandonadas a espera de um lar para serem amadas e cuidadas. Sabemos que existem pessoas em perfeitas condições de receber estas crianças e que somente não lhes são entregues em face da sua opção sexual, mesmo sendo indivíduos que estariam habilitados, nos termos da lei, a uma adoção. Logo, não podemos considerar justo privarmos estas crianças de serem formalmente adotadas, simplesmente por ser o pretense casal adotante pessoas do mesmo sexo, deixando as citadas crianças institucionalizadas. Acreditamos não ser justa esta privação, uma vez que estas situações de fato já existem. Entendemos que somente se estaria salvaguardando os direitos que essas crianças poderiam vir a possuir, se houvesse a formalização do vínculo de filiação, estabelecido nestes casos somente através da filiação.

Nesse sentido, verificada a possibilidade de pessoas do mesmo sexo se candidatarem à adoção de crianças, de acordo com todos os requisitos estabelecidos para

---

<sup>136</sup> DIAS, Maria Berenice. **O lar que não chegou.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/527> acesso em 08/07/2013.

a adoção, não há razão para ser-lhes negado tal direito. Pois estarão, neste caso, garantidos os efeitos e todas as demais consequências da filiação, ainda que seja uma criança adotada por um casal do mesmo sexo, o que, para a criança até irá atribuir maior segurança do que estar sendo apenas cuidada de fato, embora já seja para a criança um enorme ganho, visto que inserida em uma família, deixa de fazer parte da estatística de crianças institucionalizadas.

A ausência de previsão legal e legitimação sobre o tema faz com que existam, de qualquer forma, casos de crianças que são cuidadas e estão inseridas em famílias de casais homossexuais. Mas, como já referido, a regularização do instituto para casais do mesmo sexo estaria, garantindo a estas crianças todos os direitos que possam vir a possuir legalmente caso sejam declaradas filhas deste casal. Tal fato pode ser-lhes negado caso não possuam vinculação legal para com aqueles que consideram como família. Logo, a reflexão maior é no sentido de positivar a adoção por casais homossexuais a fim de possibilitar que, cada vez mais, crianças abandonadas e privadas de amor e carinho possam ter uma segunda oportunidade de serem felizes e amadas, estando inseridas em uma família na qual são cuidadas e amparadas.

Entretanto, por outro lado, em que pese a defesa do argumento, na realidade não estamos diante de uma ausência de legislação, pois as relações parentais há muito já estão estabelecidas e devidamente legisladas, tanto constitucionalmente como infraconstitucionalmente, podendo, desta forma, com a aplicação do direito da igualdade perante as relações homoparentais apenas garantir-lhe a total aplicabilidade, independentemente se estivermos diante de um casal homo ou heteroparental. Mas, o que tem sentido é que tais argumentos não tem sido suficientes para a segurança jurídica nas relações homoparentais, apenas com a aplicação das normas pré-existentes. Isso justifica a reflexão sobre a ausência de legislação para inclusão legal das relações entre pais do mesmo sexo e seus filhos, de forma que possa assegurar todos os direitos que lhes são inerentes.

Claro que toda esta temática de conceitos e evoluções sociais que estamos abordando é muito recente diante de todo um contexto histórico. As novas constituições, tanto brasileira quanto portuguesa, ainda não possuem cinquenta anos, mesmo assim se

está avançando de forma a assegurar as mudanças que a sociedade está requerendo, o que deve por certo incluir as relações homoparentais. Então, podemos dizer que existem duas possíveis soluções para a ausência de legislação para a regulamentação das relações homoparentais, de forma que se possa minimizar os reflexos negativos que tal ausência implica para as crianças. A primeira seria a necessidade de se passar a ter uma interpretação sistemática a fim de incluir a totalidade das disposições acerca da filiação nas relações homoparentais para que seja, sem qualquer restrição, aplicado à todos aqueles que tem o direito a constituir a filiação, tendo em vista que já existem diversos dispositivos legais que visam a proteção da criança quando sob a proteção de um progenitor e seu cônjuge, dentre outras tantas situações para que seja atendido e preservado o melhor interesse do filho.

Mas ainda, não se conseguindo a referida aplicabilidade, se deve a partir deste momento pensar-se numa outra possível solução, em uma legislação específica e expressa para que assegure todos os direitos dos pais homossexuais e seus filhos, tudo isso tendo em conta os argumentos constitucionais existentes, especialmente para que consigam colocar em prática os seus projetos parentais. Tendo em vista que é onde se encontra a maior ausência legislativa. A partir do momento em que já se pode estabelecer que casais do mesmo sexo tenham plena legitimidade de terem filhos, já existiria legislação para regularizar estas relações homoparentais, quando equiparadas às heteroparentais.

Sabemos que, embora ainda precário, já existe um dispositivo legal em Portugal que, de certa forma, busca salvaguardar os direitos de crianças que vivem sobre os cuidados de casais homoparentais. Este dispositivo está voltado para os casos de pares que já possuem filhos de relação heterossexual anterior, como é o caso do artigo 2099 do CC. Bem como, o projeto de lei que pretende ampliar as responsabilidades parentais ao padrasto ou madrasta, sendo que, em ambos os casos sem qualquer restrição em relação ao sexo dos cuidadores. Assim, se tem um ganho muito grande em possibilitar que casais homossexuais possam exercer conjuntamente as responsabilidades legais perante os filhos que efetivamente já cuidam. Embora seja ainda somente em casos que podemos denominar como secundários visto que não são crianças oriundas de um projeto parental

homossexual, entretanto, estará a caminho de um reconhecimento destas relações, o que já é muito importante.

Portanto, vê-se que ausência de previsão legal nas relações paterno-filiais decorrentes de relações entre pessoas do mesmo sexo gera ao menor muita instabilidade jurídica, o que poderá se refletir de forma prejudicial para o seu adequado desenvolvimento. O fato de já estar inserido em uma família diferenciada pode-lhe gerar conflitos e inseguranças, estar sem respaldo no tocante as questões levantadas como guarda, visitas e direitos sucessórios. Isto poderá lhe proporcionar reflexos negativos, o que se deve evitar, considerando a situação peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Além disso, quando todos os movimentos constitucionais e evolutivos são no sentido de proteger a criança e estão caminhando para o mesmo sentido (como, por exemplo, quando assegurado constitucionalmente a igualdade entre os filhos) como é possível diferenciar e dar tratamento distinto aos filhos de casais do mesmo sexo, quando possuem, perante a lei os mesmos direitos, proteções e deveres.

Procuramos, nesse sentido, refletir sobre a proteção das crianças que estão sob os cuidados de pares do mesmo sexo quando a tendência é que as famílias homossexuais sejam cada vez mais reconhecidas e inseridas na sociedade. Bem como, procuramos destacar a insegurança jurídica que estas crianças são submetidas quando ausente amparo legal para garantir os seus direitos, eis que incapazes e presumidamente hipossuficientes perante os adultos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil Teoria Geral**. Volume I. Introdução as pessoas os bens. Coimbra Editora, 1997.

BRASIL Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

BRASIL, Lei 5478, de 25 de julho de 1968. **Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências.**

BRASIL, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.**

BOLIEIRO, Helena. GUERRA, Paulo. **A criança e a família – uma questão de direito(s)**. Coimbra Editora, 2009.

CAMPOS, Diogo Leite de. **A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre dador – ou a onnipotência do sujeito**. Separata da Revista da Ordem dos Advogados Ano 66, III – Lisboa, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4ª ed, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª. Ed. Editora Livraria Almedina

CHAVES, João Queiroga. **Casamento Divórcio e União de Facto (de acordo com as Leis n.ºs 29/2009, 103/2009, 9/2010 e Decreto-Lei n.º 121/2010)**. *Casamento entre pessoas do mesmo sexo, responsabilidades parentais, alimentos apadrinhamento civil*

*jurisprudência*. 2.<sup>a</sup> edição. revista, actualizada e aumentada. Quid Juris Sociedade Editora, 2010.

COELHO, Francisco Pereira. OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de direito da família, direito da filiação, estabelecimento da filiação, adopção**. Volume II, Tomo I, Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito da Família**, Volume I, Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito de Família**. Volume I. Introdução ao direito matrimonial. 4.<sup>a</sup> ed. Com a colaboração de Rui Moura Ramos. Coimbra Editora, 2008.

COSTA, Amélia. **Perspectiva Jurídica de um Acto de Amor**. A Procriação Assistida. Universidade Autónoma de Lisboa, 2000.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12.<sup>a</sup> ed. ver. e act. (Manuais universitários). Editora Livraria Almedina, 2009.

COSTA, Marta. **Convivência *More Uxorio* na Perspectiva de Harmonização do Direito de Família Europeu: Uniões homossexuais**. Coimbra Editora S.A, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4.<sup>a</sup>ed. revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. 6.<sup>a</sup> Ed. revista, atualizada e ampliada. Editora: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **União Homossexual – aspectos sociais e jurídicos**. <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30790-33002-1-PB.pdf>, acesso em 16/06/2014.

\_\_\_\_\_. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça.** 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **A democratização do Casamento.**  
[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/A%20democratiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20casamento.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20democratiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20casamento.pdf), acesso em 27/03/2014.

\_\_\_\_\_. **O Lar que não chegou.**  
<http://www.ibdfam.org.br/artigos/527/O+lar+que+n%C3%A3o+chegou>, acesso em 27/03/2014.

DINIZ, Débora. BUGLIONE, Samantha. **Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes Perspectivas do direito brasileiro.** Editora Letras Livres. Brasília, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 17ª ed. 5º.vol, São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **O estado atual do biodireito.** 3ªed aumentada e atualizada conforme o novo Código Civil (Lei10.206/2002) e a Lei 11.105/2005, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Direito das Famílias.** Volume 6. 5ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais sob o olhar da psicologia jurídica.** Curitiba: Juruá, 2009.

FONTES, Ludmylla Andrade. **Acesso às novas tecnologias reprodutivas conceptivas: uma análise à luz dos princípios constitucionais.** Monografia Final do Curso de



Graduação em Direito. Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2009.

GUIMARÃES, Anibal. **Sexualidade heterodiscordante no mundo antigo. *Diversidade sexual e Direito homoafetivo***. Coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27-44.

LOUREIRO, João Carlos. **Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação medicamente assistida heteróloga**. Revista Lex Família. n° 3, p. 05-47.

LOYOLA. Maria Andréa. **Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Editora Letras Livres. Rio de Janeiro/Brasília, 2005.

HERNÁNDEZ, Francisco Riveiro. **El interes del menor**. 2ªed. Madrid: Editora Dykinson, 2007.

HESSEL, Renata. **Adoção por casais homossexuais: Reconhecimento do afeto como fonte das relações familiares**. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do 2º. Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Secção: Ciências Jurídico-Civilísticas Área de especialização Direito Civil. Coimbra, 2012.

LACROIX Xavier. **A confusão dos géneros. Respostas a algumas perguntas sobre o casamento e a adopção homossexual**. Título Original: La confusion des genres, 2005, Bayard Éduition – Paris. Tradução: Alberto Júlio Silva. Ed Paulinas, 2009.

LEAL, Ana Teresa, *et al.* **Poder Paternal e responsabilidades parentais**. 2ª ed, actualizada e aumentada, 2010. Editora Quid Juris? – Sociedade Editora Ld. <sup>a</sup>

LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. **Código Civil Anotado**. Volume V (Artigos 1796.º a 2023.º). Coimbra Editora, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Do poder familiar.** *Direito de Família e o novo código civil.* Coordenadores Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira. 3ªed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

LOUREIRO, João Carlos. **Adoção, procriação, movimento lgbt e leituras (pós-)queer em “tempos líquidos” nótula sobre a questão da (in)constitucionalidade de uma proposta de referendo.** Disponível em: [http://apps.uc.pt/mypage/files/fd\\_loureiro/608](http://apps.uc.pt/mypage/files/fd_loureiro/608), acesso em 07/08/2014.

MAGALHÃES, Sandra Marques. **Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem.** Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do 2º. Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Secção: Ciências Jurídico-Civilísticas Área de especialização Direito Civil. Publicada pelo Centro de Direito de Família, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2010.

MARQUES, J.P. Remédio. **Algumas notas sobre alimentos (devidos a menores).** 2ª. ed revista. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Publicada pelo Centro do Direito da Família. Coimbra Editora, 2007.

Observatório Permanente da Adopção. Centro de Direito de Família. **Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil.** 1ª ed. Coimbra Editora, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Direitos Reprodutivos.** *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, nº 3, 2005, p. 111-131.

RAPOSO, Vera Lúcia. PEREIRA, André Dias. **Primeiras notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei N.º 32/2006, de 26 de Julho)** *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 3, n.º 6, 2006, p. 89-104.

REIS, Rafael Luís Vale e. **O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, 2006.

RELVAS, Ana Paula e ALARCÃO, Madalena. Coordenadoras. **Novas Formas de Família**. Coleção Psicologia e Psiquiatria. 2ª ed. Editora Quarteto, 2007.

RIOS. Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SALES, Ana Amélia Ribeiro. **A possibilidade Jurídica da Dupla Maternidade ante as Técnicas de Procriação Medicamente Assistida**. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do 2.º. Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Secção: Ciências Jurídico-Civilísticas Área de especialização Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011.

SANTOS, Cecília MacDowell.*et al.* **Homoparentalidade e desafios ao direito: O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos**. Disponível em [http://www.ces.uc.pt/cesfct/md/RCCS\\_87\\_CMDS,\\_ACS,\\_MD,\\_TML.pdf](http://www.ces.uc.pt/cesfct/md/RCCS_87_CMDS,_ACS,_MD,_TML.pdf), acesso em 22/08/2014.

SIMIONI, Fabiane. **Monoparentalidade e Tecnologias Reprodutivas. Direito à Reprodução e à Sexualidade: Uma Questão de Ética e Justiça**. Organizadoras: Samantha Buglione e Miriam Ventura. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. SALES, Ana Amélia Ribeiro. **Reprodução Assistida Heteróloga: uma escolha pós-moderna no âmbito do planejamento familiar.** *Lex Medicinæ*. Ano 8, nº15, 2011, p. 139-158.

VASCONCELOS. Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil.** 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina (manuais universitários), 2012.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos.** Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 5ª.ed. (coleção direito civil; v.6). São Paulo: Atlas, 2005.